This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

EY
LSX
QTO
V. 5

SAMUELIS STRYKII

JC.

COM. PALAT. CAES. SERENISS. ET POTENTISS. ELECT.

BRANDENB. CONSILIARII, FACULTAT. JURID. ORDINARII

ET DECRET. P. P.

DISSERTATIONUM JURIDICARUM FRANCOFURTENSIUM

EX

JURE PUBLICO, PRIVATO, FEUDALI ET STATUTARIO

MATERIAS EXHIBENS

VOLUMEN V.

FLORENTIÆ
APUD JOSEPHUM CELLI
MDCCCXXXVIII.

DISPUTATIO PRIMA

DE DELEGATO PRINCIPIS.

D. XIV. MARTII, ANNO MDCLXXXIV.

PRO LICENTIA

D. GEORGIUS GRUBE, MEMELA BORUSS.

PRÆFAMEN.

Monitum illud doctorum discentibus suppeditari solitum: esse inprimis illa addiscenda tractandaque, quae sunt utilia et communi hominum commercio maxime proficua, exemplo legumlatorum, qui ad id inprimis referunt leges, quod ut plurimum fieri, insuper habentes, quod raro contingere solet *l.* 3. *et seq. ff. de legib.* mihi quoque in mentem venit. Postquam enim legitima sustinui examina, concessa est mihi a magnifico jureconsultorum ordine, pro obtinendis summis in utroque jure honoribus, dignitatibus ac privilegiis doctoralibus, rite ac solemniter consequendis, disputandi licentia. Diu deliberanti vero, quam disputationis loco elaborarem materiam, eamque publicae eruditorum censurae exponerem, placuit tandem eligere materiam de principis delegato, a nullo hactenus, in quantum mihi constat, specialiter exhibitam; licet non diffitear, de delegatis a doctoribus nonnulla esse proposita, extare quoque Rutgeri Rulandi tractatum elegantissimum de commissariis, materiam tamen hanc levi vix penicillo adumbratam deprehendi. Utilitas materiae, cum ipsa se ostendat, prolixa commendatione non indiget *l.* 1. *pr. ff. de in integr. restit.* ut hinc largiori manu, accuratiorique industria pertractari meruisset, ni temporis penuria, injunctaque praeter opinionem discedendi necessitas id prohibuisset. Quapropter hisce contentus, benevole lector, lapsus si quos in copiosi thematis hujus explanatione animadverteris, imbecillitati, quae naturaliter mortalibus inest, adscribere velis. Deum t. o. m. ardentibus interim sollicito precibus, velit gratia Spiritus sancti conatibus meis adesse, quo laborem hunc susceptum ad felicissimum finem perducere queam. Tu Deus ergo esto principium, medium et finis. *novell.* 109. *pr.*

CAPUT I.

De delegato principis in genere.

SUMMARIA

Ingressus. n. 1.
Etymologia. n. 2.
Homonymia. n. 3.
Jcti quidam putant, vocabulum delegare minus latinum esse. n. 4.
Definitio delegati principis. n. 5.
Distinctio delegatorum. n. 6.
Delegati ad universitatem causarum. n. 7.
Delegati ad certam causam. n. 8.
Differt delegatus principis a legato. n. 9. *et seqq.*
Differt a deputato. n. 15. *et seq.*
An differat a commissario quaeritur? n. 17.
Rulandus pro iisdem haberi posse asserere videtur. n. 18.
Contrarium probatur. n. 19. *et seqq.*
Differt ab austregis. n. 23. *et seq.*
Differt ab arbitris. n. 25. *et seqq.*
Differt a delegato inferioris magistratus. n. 28. *et seqq.*
Differt a judice ordinario. n. 32. *et seqq.*
Est differentia inter delegatum et judicem pedaneum sive datum. n. 40. *et seqq.*
An differat a mandatario jurisdictionis? n. 43. *et seqq.*
Unde cognosci possit, an aliquis sit creatus ordinarius an delegatus? n. 51.

Quamvis neminem mihi vitio versurum credam, si exemplum Justiniani imperatoris nostri sequutus omissis iis, quae circa etymologiam, homonymiam et synonymiam vocis proponi solent, statim me ad ea contulissem, quae in ipsis rerum obtinent argumentis §. 3. *prooem. instit.* ne tamen communi doctorum calculo approbatam viderer turbare methodum, nominis prius, antequam ad rem ipsam me accingerem, aliquam habendam esse rationem duxi. Et quidem vocis delegati 2

originem quod attinet, componitur illa ab ejus primitivo *legare verschicken* et praepositione *De von*, ut hinc delegare sit quasi *abschicken, einen von sich* 3 *verschicken.* Verum non una hujus vocabuli acceptio reperitur, accipitur enim aliquando pro remittere sive rejicere quem ad aliquem, qua ratione τῷ *relegare* utimur. Sic Cornel. Nep. *in Catone. c.* 3. *in fin. Quare studiosos Catonis ad illud volumen relegamus.* Delegare deinde idem est ac vice sua alium debitorem creditori dare; e. g. debeo Titio mille thaleros, cum autem non habeam, unde solvere possim, adeo debitorem meum Cajum, et jubeo, ut ipse Titio solvat; sic debitor meus Cajus substituitur, ut solvat creditori meo vice mea, *l.* 26. §. *ult. ff. de jurejur.* Sic *in l.* 17. *ff. de novat. et deleg.* dicitur. Delegare scriptura vel nutu ubi fari potest, debitorem quis suum valet; et in hoc sensu vocabuli hujus mentio fit *in l.* 45. §. *penult. ff. mandat. l.* 8. §. 3. *ff. ad sctum vellej. l.* 48. §. *ult. ff. de pecul. l.* 18. §. 1. *ff. de m. c. donat. l.* 4. §. 21. *ff. de dol. mal. et met. except.* Seneca *lib.* 6. *de beneficiis. c.* 5. *delegationem et verbis solutionem perficere* dixit *durch Anweisung zahlen*, item delegationem recipere, *Anweisung annehmen.* Idem *epist.* 26. *debitores nobis delegat deos, precaturque ut illi pro se gratiam referant.* Eodem vocabulo usus est Symmach. *lib.* 1. *epist.* 6. quando inquit: *ago igitur atque habeo gratias, et meam vicem quia solvendo par non sum, coelestibus delego virtutibus.* Hinc dicitur delegare nomen *l.* 1. §. 12. *ff de collat. l.* 9. *ff. de praescript. verb.* delegare creditori pensiones sibi debitas *l.* 88. §. 15. *ff. de legat.* 2. Si creditori suo patronum suum delegaverit *l.* 37. §. 4. *ff. de oper. libert.* vid. *l. Nesennius* 41. *pr. ff. de re judic. l.* 21. *pr. ff. de donat. l.* 4. *ff. de novat. et delegat. l.* 12. *ff. l.* 13. *ff. eod. l.* 96. *pr. ff. de solut.* Delegare porro eamdem aliquando notationem sortitur quod cedere; sic delegare actionem dicitur in *l.* 1. *c. de contr. judic. tut.* Quandoque eamdem, quam decernere, constituere ac assignare, ut in *l.* 2. *ff. ad l. jul. pecul.* dicitur: *lege julia de residuis tenetur, qui publicam pecuniam delegatam in usum aliquem retinuit, neque in eum consumpsit.* Interdum usurpatur pro eo, quod mandare, committere, imponere, *auferlegen, aufftragen.* Sic delegare alicui curam, officium, laborem, provinciam frequenter usi sunt Cicero et Quintilianus passim. Item Jctus Paulus *in l.* 2. *ff. si mensor. fals. mod. l.* 32. §. 16. *ff. de recept. arbit.* Pariter Ulpianus *in l.* 8. §. 3. *ff. de administr. tut.* delegare testamento tutelam dixit, *in l.* 1. *ff. de damn. infect.* dicitur delegare jurisdictionem. Hinc delegatus judex. *l.* 5. *l.* 16. *c. de judic.* exercitio delegata, *l.* 1. *pr. ff. de offic. ej. cui mand.* delegatum munus. *l.* 12. §. 4. *ff. de relig. et sumpt. fun.* Quapropter delegare idem hic denotat, quod potestatem, quam quis habet causas cognoscendi et judicandi, in alium transferre, sive ea una sit, sive etiam causarum universitas: quae acceptio hujus loci propria est. Zoes. *ad decret. tit. de offic. et potest. jud. del. n.* 1. Suthold. *de jurisdict. n.* 343. Paurmeist. *de jdict. l.* 1. *c.* 24. *n.* 1. Matth. Stephani *de jurisdict. lib.* 1. *c.* 15. *n.* 3. unde veteribus delegatoriae dicebantur in specie. Carol. de Fresne *in Glossario ad script. med. latin.*

4 Notandum hic obiter, jureconsultos quosdam non infimae sortis esse, existimantes vocabulum delegare minus latinum esse, neque veteres Jctos voce illa in hoc nostro sensu usos esse, et ponunt rationem in eo, quia dici debuisset delegatarius, exemplo mandatarii, cui similis est delegatio *l.* 6. *ff. de jurisdict.* ne ergo soloecismum committerent, maluerunt uti hac circumscriptione; cui mandata est jurisdictio; vel, cui commissa causa; aut, qui ex delegatione cognoscit, prout videre est in *l.* 32. §. 3. *c. de appellat.* Verum tempore imperatorum, quo proprietas latini sermonis degenerare coepit, vocare consueverunt judicem delegatum. *l.* 5. *l.* 16. *c. de judic.* vid. Alciat. *ad rubr. de offic. ei. cui mand. n.* 1. Rutg. Ruland. *de commiss. lib.* 1. *c.* 2. *n.* 11.

Cum autem definitio non tantum quid res sit, o- 5
stendat, sed etiam eamdem ab aliis omnibus discernat, quapropter videndum erit, quid sit delegatus; et omissis aliis definitionibus, ita eum describo, quod delegatus sit persona, cui sine magistratu officiove vel hujus non habita ratione jurisdictio concessa: vel causa aliqua judicialis alterius vice et auctoritate cognoscenda demandata est: ita ut jurisdictionem habeat derivatam a committentis jurisdictione. Aug. Barbosa *ad rubr. X. de offic. et potestat. jud. del.* Layman. *ibid.* Marsnta *in specul. aur. part.* 4. *dist.* 5. *n.* 4. Dicitur notanter *sine magistratu officiove*, ad constituendam differentiam inter hunc et judicem ordinarium, utpote qui jurisdictionem habet jure alicujus officii seu magistratus; delegatus vero habet jurisdictionem immediate et principaliter jure delegationis sibi factae; ut ita intelligatur phrasis sive modus loquendi *l. more majorum* 5. *ff. de jurisdict. ibi. alieno beneficio.* item *l.* 1. §. 1. *ff. de offic. ei. cui mand. ibi: proprium nihil habet. et l.* 3. *ff. eod. et l.* 16. *ff. de jurisdict.* Cum enim delegatio nihil aliud sit quam aliena concessio, recte dicitur, eum, qui jurisdictionem aliunde non habet quam ex delegatione, nihil proprium habere, et alienam jurisdictionem non pro suo imperio, sed pro ejus, cujus mandato jus. dicit. exequi. *l.* 1. §. 1. *ff. de offic. ei cui. mand.* Addidi vero in descriptione; *vel hujus non habita ratione*: hoc est, si alicui utut alias jurisdictionem habenti, a superiori in certa causa jurisdictio delegetur: nullum enim dubium est, etiam judicem ordinarium certo modo delegatum esse posse. Unde quando princeps senatui civitatis causae dijudicationem committit, pro delegato principis habendus erit. Nisi forte causa coram inferiore jam pendente, princeps per promotoriales aliquid injungat, hoc enim pro delegatione non habendum, uti caute monet. Mev. *p.* 5. *dec.* 203. *in med.*

Varii autem sunt delegati, alii dicuntur delegati 6
a principe *l.* 5. *c. de judic.* alii ab aliis magistratibus *tot. tit. ff. de offic. ei. cui mand. l.* 3. *c. de pedan. judic.* Et horum iterum alii delegati ad uni- 7
versitatem causarum, scil. quibus omnes causae, quae in certo districtu decidendae, occurrunt, committuntur, quales hodie sunt praesid s provinciarum, vel praefecturarum, quos etiam Baillif vos appellant, Germ. *Landes. und Ampts-Haupt-Leute.* vid. *l.* 16. *ff. de jurisdit. ibi. Solet praetor jurisdictionem mandare, et aut omnem mandat. l.* 17. *ff. eod. ibi. praetor sicut universam jurisdictionem alii mandare potest. l.* 4. *ff. de offic. ei. cui. mand.* Du-

Praeses *in praelect. publ. ad Desselii erotemata jur.*
8 *canon. tit. de offic. et potest. jud. del. qu.* 3. Dn. Ziegl. *ad Lancellot. lib.* 3. *tit.* 1. §. 11. Alii ad certam causam quibus superior suam potestatem tradit, sed non ad quasvis causas, verum eamdem ipsis limitat et restringit ad certas *d. l. solet.* 16. *ff. ibi; aut speciem unam.* item. *l.* 17. *ff. eod ibi. ita et in personas vel de una specie potest.* Emeric. a Rosbach. *process. civil. tit.* 2. *n.* 25. *et seqq.* Strauchius *ad univers. jus justinian. dissert.* 20. *aphor.* 3.

9 Non tamen confundendus est delegatus principis cum legato, qui germanice appellatur *ein Gesandter*, utpote qui est publicus mandatarius solemniter missus ab eo, qui potestatem mittendi habet ad exteram remp. ob publicum aliquod negotium perficiendum. D. Classen. *in compend. polit. lib.* 3. *c.* 9. *th.* 6. Speidel.
10 *in specul. sub voce Gesandte.* Delegatus vero est judex datus inter personas imperio delegantis subjectas ad causas privatas cognoscendas et decidendas. Speidel. *diet. tract. loc. all.* Deinde jus mittendi legatos
11 competit tantum illis, qui jura majestatis habent. Illustr. dn. Rhetius consiliarius serenissimi elect. nostri intimus *lib.* 2. *instit. jur. publ. tit.* 23. §. 1. Heider. *systemate philosoph. polit. c.* 2. *tit. de legat. et legationib. p. m.* 461. Quamquam in imperio roman. germanico jus legationis communicatum quoque illis, qui jure superioritatis territorialis gaudent, ita ut status non tantum ad ordinem imperii alium, aut principem extraneum, sed imperatorem ipsum quoque jus mittendi habeant; vid. magn. dn. Rhetius. *lib.* 2. *institut. jur. publ. tit. alt.* §. 2. Add. Dn. de Wicquefort *in elegantiss. tract. de ambassiator. lib.* 1. *c.* 4. ubi in praecedentibus differentiam inter legatos cum
12 charactere seu ambassiatores, et ablegatos seu legatos secundi ordinis, Gallis Envoyes dictos, accurate exponit, et recentissimis Europaeorum regnorum exemplis abunde declarat, quorsum lectorem remittimus. Delegatos vero constituendi facultas omnibus, qui subditos habent et jurisdictionem ordinariam exercent, est concessa. Matth. Stephani. *de jurisdict. lib.* 1. *c.* 16. *n.* 1. Paurmeister. *de jurisd. lib.* 1. *c.* 23. *n.* 20. Zoes. *ad decretal. tit. de offic. et potestate jud.*
13 *del. n.* 3. Legatus porro alium in locum suum substituere nequit *l.* 4. §. 4. *ff. de legationib.* nisi filium, et hunc quidem habilem, cujus mores probe novisse praesumitur, (quamvis putem, hoc ad legatos prin-
14 cipis ad principem non esse extendendum, quod jus romanum circa legatos subditorum disposuit) quod tamen delegato principis non denegatum. *l.* 5. *c. de judic. c. super quaest.* 27. *X. de offic. et potestate jud. del.*
15 *vid. cap. III. infra n.* Differt quoque a deputato, quia deputati ab inferiori ad superiorem mittuntur,
16 quorsum pertinet *tot. tit. ff. de legation.* Delegatio vero fit a superiori ad inferiores.

17 An vero a commissario quoque differat, dubitatur. Rutg. Ruland. *de commissar. lib.* 1. *c.* 3. *n.* 1. hos
18 pro iisdem haberi posse videtur statuere, dum dicit; parum abest, quin omnia, quae de delegatis traduntur, in commissariis etiam locum obtineant, idque adeo verum esse adjicit; ut nonnulli haec vocabula commissariorum et delegatorum non tantum confundant et unum pro altero capiant, sed etiam a delegato ad commissarium validum deduci argumentum posse tradant. vid. Chotman. *respons. jur. respons.* 17. *n.* 86. *et seqq.* Ast quantum intersit inter illos duos, 19
patet primo, quod commissarius a superiori ad alterutrius partis instantiam ad hoc ordinetur, ut negotium vel causam commissam amicabili compositione determinet, *Dass. die Partheyen auff eine gewiss Zeit und Whalstatt fürgefodert, und dieselbe alsdann nach bester Mögligheit zur Güte errinnert und disponiret werden.* Speidel. *in Specul. juridico polit. sub. voce* commission. vid. Rutger. Ruland. *l. all. n.* 5. hinc formula talis esse solet. *Wir befehlen Euch, dass. jhr die Partheyen gegen einander vernehmet, unter denenselben gütliche Handlungen pfleget, oder in Entstehung derselben Bericht abstattet.* Dn Praeses *in praelect. publ. ad Dessel. erotem. jur. can. tit. de offic. jud. del qu.* 2. Delegatus principis autem non 20
tantum ad concordiam partes hortari potest, quod et cuilibet judici facere incumbit, non solum in principio litis, sed etiam in quavis judicii parte ex constitut. noviss. recess. imp. *de anno* 1654. §. 110 *Zwotens soll der Richter erster Instantz die Parteyen in zweiffelhafftigen Sachen nicht allein vor angefangenen Rehtstand und* litis contestation, *sondern auch* in quacumque parte judicii *durch alle dienliche Mittel. und Wege auch schiedliche Erinnerungen in der Güte voneinander zu setzen, auch hiedurch alle weitlaeufftige Kostspieltige Rechtfertigung zu erhalten sich befleissigen.* vid. Gail. *de pace publ. lib.* 2. *c.* 18. *n.* 9. Dn. Joh. ab Andler. *in jurisprud. qua publ. qua privat. lib.* 2. *tit.* 4. *n.* 4. *et seq.* sed et causam decidere, et per sententiam definitivam finem processui imponere valet. Secundo com- 21
missarius sententiam a se latam exequi nequit, sed executio ejus ad superiorem spectat: nam statim postquam commissarius pronunciavit, functus est officio suo et ordinario executionem relinquit, Gail. *lib.* 1. *obs.* 1. *n.* 53. Delegatus autem principis ipse sen- 22
tentiam suam non tantum exequi, sed et ordinarium judicem ad exequendam eam cogere potest. *c. quaerenti* 26. X. *c. significasti* 7. X. *de offic. jud. del. c. pastoralis.* 28. §. *quia vero* X. *eod.* vid. plurib. cap. III. n. Distinguuntur quoque delegati ab ma- 23
gistris, qui sunt judices certorum ordinum imperii ad cognoscendum de litibus inter subjectos imperio immediatos denominati Speidel. *diet. tract. sub voce Austraege.* Et hi habent jurisdictionem ordinariam ob receptum per publ. imperii leges judicium: vid. *disputatio de process. Austregarum habita sub* dn. Praeside *vol.* 1. *disp.* 13. *th.* 5. *et seqq.* Blum. *in proc. cameral. tit.* 27. *n.* 12. *et seqq.* Seubart. *de Austreg. c.* 6. *n.* 121. *et seqq.* Delegatis vero mandata competit 24
jurisdictio. *tot. tit. ff. de offic. ei. cui. mand.*

Distinguuntur porro delegati ab arbitris, cum hi 25
nullam habeant jurisditionem, utpote consensu privatorum assumti ad decidendam controversiam. Jam autem privati publicam auctoritatem, qua ipsi destituuntur, aliis communicare non possunt. *l.* 3. *c. de jurisdict.* Delegati vero jurisdictionem habent, i. e. publicam judicandi auctoritatem. Blum. *in processu cameral. tit.* 27. *n.* 13. Wesembec. *in paratitl. de juris dict. n.* 9. Matth. Stephan. *de jurisdict. l.* 1. *c.* 23. *n.* 5. *et* 11. Rittershus. *ad novell. part.* 9. *c.* 7. *n.* 24. Deinde coram delegato reconventio locum habet: 26
quia jurisdictionem accipit, et veras constituitur judex

Dn. Zeigler. *ad Lancellott. lib.* 3. *tit.* 4. §. 4. *vid.*
27 *cap. III.* Coram arbitris vero reconventio institui non potest. Strauch. *ad univers. jus. Justinian. dissert.* 24. *aph.* 21. Carpzov. *part.* 1. *c.* 7. *d.* 5. Brunnem. *ad. l.* 22. *ff. de judic.* Rittershus. *ad novell. part.* 9. *c.* 17. *n.* 9. quia arbitri judicare non valent, nisi de his tantum, super quibus in eos extiterit compromissum. uti docet *text. c. cum dilectus.* 6. *X. de arbitris.* vel nisi ita cohaereant, ut causa sine iis expediri commode nequeat *in Sachen die einander anhangen, aus einander fliessen, oder sonsten Verwandniss haben.* Glossa *ad c. all. verb. nisi de his.* Zoes. *ad ff. tit. de re jud. n.* 32: Idem *ad lib.* 1. *decretal. tit. de arbitris. n.* 11. Struv. *Exercit.* 21. *th.* 32. Blum. *in process. cameral. tit.* 40. *n.* 1. Rittershus. *in explicat. novell. p.* 9. *c.* 10. *n.* 68. Perez. *ad tit. c. de sentent. et interlocut. n.* 18. Mindan. *de continent. causa. c.* 1. *n.* 7 Matth. Stephan. *de jurisdict. lib.* 1. *c.* 32. *n.* 7. *et seqq.* Richter. *ad autent.. et consequenter n.* 23.

28 Differt ulterius a delegato inferioris magistratus; delegatus principis facultatem habet coercendi absque restrictione territorii, eo quod princeps delegans absque ejusmodi restrictione ubicumque in territorio suo jurisdictionem exercere possit. *c. cuncta c.* 9.
29 *quaest.* 3. non ita delegatus inferioris, cujus jurisdictio ad subjectos jurisdictioni restringitur *c. pernicio-*
30 *sum.* 1. *X. de offic. jud. ordin.* Delegatus inferioris judicis alteri subdelegare nequit. *l.* 5. *c. de judic.* Paurmeister. *de jurisdict. lib.* 1. *c.* 24. *n.* 20. Zoes. *ad lib.* 1. *Decretal. tit. de offic. jud. del. n.* 4. Me-
31 ranta *in specul. aur. p.* 4. *distinct.* 5. *n.* 25. Delegato tamen principis id concessum. *c. super quaestionum.* 27. §. *porro. X. de offic. jud. del. l.* 5. *c. de jud.* Marant. *dict. loc.*

32 Item a judice ordinario, quod is propriam jurisdictionem habere censeatur, ideoque etiam suo jure causas cognoscere ac definire queat *l.* 5. *ff. de juris-*
33 *dict.* Delegatus vero non suo jure, sed alieno utatur.
34 *l.* 1. §. 1. *ff. de offic. ei. cui mand.* Judex ordinarius quando citat, non tenetur mittere copiam rescripti, neque facere fidem de sua jurisdictione. Sufficit enim ipsum esse in possessione jurisdictionis. Mynsing. *cent.* 3. *obs.* 1. *n.* 8. Maranta *in specul.*
35 *aur. p.* 4. *distinct.* 5. *n.* 59. Delegatus vero principis illud facere debet, alias citatio nullo gaudet effectu.
36 Huc accedit, quod in judiciis ordinariorum large proceditur, quia sunt favorabilia. *c. p. et c.* 40. *X. de offic. et potest jud. del.* Schrader. *tract. feud. part.* 10. *sect.* 3. *n.* 87. *et sect.* 11. *n.* 36. S bast. Vant. *de nullit. process. tit. de sentent. nullit. ex defect. jurisd. del. n.* 1. Maranta *d. tract. loc. all. n.* 30.
37 In judiciis vero delegati stricte proceditur, quia sunt
38 odiosa. Marant. *d. l.* Praeterea delegatus principis, si subdelegat causam, revocare eam ad se postea nequit. *c. quamvis.* 6. *de offic. jud. del. in* 6. *c. super quaestionum.* 27. *X. eod.* nam censetur officio suo functus et jurisdictione privatus, postquam alteri vi-
39 ces suas commisit. Ea tamen ordinarius, si delegat, se non privat, sed potius quotiescumque libuerit, de illa causa cognoscere potest. *l.* 58. *ff. de judic. ibid.* Glossa *clem.* 2. *de rescript.* vid. Alciatus *ad rubr. de offic. ei cui mand. n.* 36. Maranta *in spec. aur. l. all. c.* 23. *et seqq.*

Est quoque differentia inter delegatum principis et 40
judicem datum sive pedaneum, quia huic nulla competit jurisdictio, sed tantum fungitur munere judiciario i. e. notionem dumtaxat habet. *l.* 5. *ff. de re judic. l. ult. c. ubi et ap. quem* seu cognitionem. *l. un. c. qui pro sua jurisdict.* Dn. Praes. *in dictat. ad dissertat. Strauch. diss.* 20. *aph.* 3. idem *ad Desselii erotemata jur. canon. tit. de offic. et pot. jud. del. quaest.* 3 Rittershus. *ad nov. part.* 9. *c.* 6. *n.* 27. Dn. Ziegler. *ad Lancelot. lib.* 3. *tit.* 1. §. 12. Non obstat inscriptio *tit. de jurisdict. omnium jud.* Re- 41
sp. ibi per judices non intelligi judices pedaneos, sed magistratus, ut ita rubrica ista intelligenda sit de jurisdictione omnium magistratuum; nam magistratus quoque judicis nomine venire apparet ex *l.* 2. *ff. Si quis in jus vocat l.* 1. *ff. de jurisdict. l.* 81. *ff. de judic. l.* 3. *c. ubi et ap. quem.* Cum itaque non habeat jurisdictionem nec judicati executionem, quae pars est jurisdictionis, facultate sententiam suam exequendi destituitur, sed is, qui eum dedit, illud, quod judex datus pronunciavit et judicavit, exequitur *l.* 15. *pr. ff. de re jud. l. ult. c. ubi et ap. quem* Matth. Stephani. *lib.* 1. *de jurisdict. c.* 16. *n.* 35. *et seqq.* Magnif. dn. Rhetius *in praelectionib. publ. ad Dessel. erotemata jur. canon. tit. de offic. jud. del. quaest.* 2. Delegatus vero principis et notionem et jurisdi- 42
ctionem habet *l.* 5. *c. de judic. l. un. c. qui pro sua jurisd. c. sane quia* 11. X. *de offic. jud. del. c. ex literis* 29. *eod.* imo potestate sententiam exequendi est instructus *l.* 1. §. 1. *ff. de offic. ei. cui mand. e. significasti* 7. X. *de offic. et potest. jud. del.* vid. cap. 3. infra. Zoes. *ad lib.* 1. *decretal. tit. de offic. jud. del. n.* 2.

An vero differat a mandatario jurisdictionis, inqui- 43
rendum; Strauch. *ad univers. jus. Justin. diss.* 20. *aph.* 3. asserit, doctores ex mandatario jurisdictionis et judice dato fecisse novum ens delegati; unde colligit, hos duos toto coelo inter se differre. Sed opi- 44
nionem ejus infirmo admodum niti talo cuilibet patet. Siquidem non insolitum est, jureconsultos vocabulo delegare uti pro mandare, committere, uti appareat *ex l.* 3. §. 3. *ff. de administr. tut.* ibi; *quamvis autem ei potissimum se tutelam commissurum praetor dicat, cui testator delegavit.* Item. *ex l.* 2. *ff. si mens. fals. mod. dixerit.* ibi *sed si ego tibi, cum esses mensor, mandaverim, ut mensorem agri ageres, et tu id Titio delegaveris.* vid. sup. n. 3. Hinc quoque fluit, 45
quod jus civile justinianeum eum appellet vice mandantis fungi, seu qui mandatam habet jurisdictionem, quem canones vocant delegatum, in quem tota est translata jurisdictio, et quem II. appellant datum judicem, huic canones tribuere nomen delegati, cui aliqua jurisdictio est concessa. Goedd. *de sequestrat. c.* 1. *n.* 65. Deinde mandatarius jurisdictionis eamdem 46
potestatem habet, sententiam suam exequendi, quam delegatus principis, nam mandata jurisdictione etiam imperium mixtum, quod jurisdictionis deferendae et exequendae gratia comparatum est, transmittitur. *l.* 1. §. *ult. ff. de offic. ei. cui mand. l. ult.* §. 1. *ff. eod. l.* 2. *ff. de jurisd.* Arnold. Vinn. *de jurisdict. c.* 9. *n.* 10. Bachov. *ad treutl. vol.* 1. *disp.* 3. *th.* 2. *lit. b.* Dn. Ziegler. *ad Lancelott. lib.* 3. *cit.* 1. §. 12. Matth. Stephani *de jurisdiction. lib.* 1. *cap.* 16. *n.* 42. Accedit, quod 47
mandatarius jurisdictionis, perinde ut delegatus, in

casu ubi universitas causarum mandata, i. e. ubi omnes causae, quae in certo districtu occurrunt, alicui commissae, alteri mandare jurisdictionem possit. Dn. Praes. *in dictat. ad Strauch. dissert.* 20. *aphor.* 3. Matth. Stephani *de jurisdict. l.* 1. *c.* 16. *n.* 72. Bachov. *ad Treutl. vol.* 1. *disput.* 3. *th.* 2. *lit. b.* Sichard. *ad l.* 5. *c. de judic. n.* 6. Gail. *lib.* 1. *obs.* 97. *n.* 8. Zoes. *ad*
48 *ff. tit. de jurisdict. n.* 18. Idem *ad decretal. tit. de offic. et potestate jud. del. n.* 8. Paurmeister. *de jurisdictione lib.* 1. *c.* 24. *n.* 20. Quamvis Strauch. *cit. loc.* mandatario jurisdictionis non tantum dicto casu, sed etiam in casu, ubi in specie ipsi mandandi potestas per primum mandantem fuerit concessa, facultatem submandandi deneget; rationem posterioris dicit esse,
49 quia nihil proprii habet. Verum contrarium verius esse patet ex *l.* 16. *ff. de jurisdict.* ubi dicitur: *is, cui mandata est jurisdictio, fungitur vice mandantis.* Si ergo vicem mandantis repraesentet, sequitur, eum perinde ut primus mandans alteri mandare posse. Probatur hoc porro ex *l.* 12. *ff. de judic.* ubi judicem dandi potestatem illis competere dicitur, quibus vel scto vel constitutione vel lege conceditur. Princeps vero est νόμος ἔμψυχος; lex animata in terris *nov.* 105. *c.* 2.
50 §. 4. *circa fin.* Ad rationem a Strauchio adductam respondeo; quamvis mandatarius jurisdictionis nihil proprii habeat, attamen nec proprio jure mandat, sed jure primi mandantis, qui hoc casu per mandatarium submandasse videtur. Dn. Praes. *in annot. ad Stauch. dissert. all.* Zoes. *ad lib.* 1. *decretal. tit. de offic. jud. del. n.* 7. glossa *ad cap. is cui* 11. *eod. verb. per alium.* Dn. Ziegl. *ad Lancellott. lib.* 3. *tit.* 1. §. 12. non aliter ac procurator, quia ante litem contestatam substituere nequit, quod si tamen a domino substituendi alium ipsi fuerit concessa potestas, sine dubio poterit. *c. non indiscretae* 1. §. *licet autem. de procurat.* 6. *et c. quamvis procurator.* 2. *eod.* vid. *c. licet.* 2. *cum in generali* 3. *de offic. vicarii* 6. *c. si quis justo.* 46. §. *porro de elect.* 6. *c. officii nostri.* 1. *de offic. legati* 6. Ultimo 51
loco quaeritur, unde cognosci possit, an aliquis sit creatus ordinarius an vero delegatus? Respond. dijudicandum esse ex verbis commissionis, videlicet si in rescripto dicatur; *procedas auctoritate nostra*, vel: *delego, committo tibi talem causam*, vel si rescripto annectatur aliqua clausula, quae non spectet ad ordinariam jurisdictionem e. gr. Si dicatur: *procedas appellatione remota*, vel alio simili clausula usus fuerit princeps, tunc enim semper praesumitur delegatus. Panormit. *ad c. licet* 12. *X. de offic. ordinarii.* Si vero hoc non appareat ex circumstantiis, tunc, si universitas causarum conceditur, praesumitur ordinarius. *l.* 1: §. 4. *ff. de offic. praef. urb.* Si vero una causa vel plures distinctim et separatim mandentur, censetur creatus esse delegatus. Marant. *in specul. aur. part.* 4. *dist.* 5. *n.* 4. Molina *de j. et j. tract.* 5. *disput.* 14. *n.* 3. Menoch. *de praesumpt. lib.* 2. *praesumpt.* 16. Paul. Laym. *ad c. gratum.* 20. *X. de offic. et potestate judic. del. n.* 12. Et haec dixisse sufficiant de delegato principis in genere. Sequitur

CAPUT II.

De constitutione delegati principis.

SUMMARIA

Connexio. n. 1.
Quis constituat delegatum? n. 2.
Imperator. n. 3.
Constituit imperator delegatos tam in causis justitiae quam in causis status. n. 4.
Qui sint delegati justitiae? n. 5.
Qui delegati status? n. 6.
Aliquando status apud imperatorem pro delegatione intercedunt. n. 7.
Post imperatorem sequuntur electores. n. 8.
Electorum dignitas et auctoritas. n. 9.
Electores habent potestatem eligendi imperatorem. n. 10.
Electores regibus aequiparantur. n. 11.
Electores regibus scribunt Eure Liebe, non Eure Gnaden, Ihre Königliche Würde, non Ihre Königliche majestaet. n. 12.
Principes imperii, civitates liberae delegant. n. 13.
Civitates liberae imperiales regalia jura habent. n. 15.
Comites, barones constituere possunt delegatum. n. 16.
An principes imperii delegare possint remota appellatione? n. 17.
Ratio dubitandi. n. 18.
Princeps circa jus naturae dispensare non potest. n. 19.
L. 31. *ff. de legibus quomodo intelligenda? n.* 20.
Decidilur affirmative n. 21.
Rescripta principis quomodo interpretanda? n. 22.
Objectio. n. 23.
Respondetur objectioni. n. 24.
Interest an elector causam commitat remota appellatione, an alius princeps imperii? n. 25.
Qui sint idonei ad delegationis munus suscipiendum? n. 26.
Contrariorum eadem est disciplina. n. 27.
Natura impeditur mutus, surdus, furiosus. n. 28. *et seqq.*
Limitat. nisi temporali furore agitetur. n. 31.
Minor 18. *annis etiam cum partium consensu de jure canon. n.* 32.
Limitat. nisi princeps dederit ex certa scientia. n. 33.
De jure civili ex consensu partium minor 18. *annis judex esse potest. n.* 34.
Major 18. *etiam citra consensum partium judex esse potest. n.* 35.
Quaeritur an coecus? n. 36.
Ratio dubitandi. n. 37.
Respondetur dubio. n. 38.
Lege prohibentur senatu moti. n. 39.
Infamibus non patent portae dignitatum. n. 40.
Moribus non possunt esse delegati foeminae, servi. n. 41. *et seq.*
Limitat. (1) *nisi pro liberis habeantur. n.* 43.
(2) *Nisi ex certa scientia talem delegatum dederit princeps. n.* 44.

Delegati debent esse periti causarum tractandarum. n. 45.
Potest et imperitus delegatus esse. n. 46:
Quaeritur, si delegatus datus fuerit, qui jure prohibitus invenitur, quid juris? n. 47.
Distinguitur utrum impedimentum delegati fuerit notorium, an occultum, an naturale, an civile? n. 48.
Quibus modis constituatur delegatus? n. 49.
Delegatus de delegatione fidem debet facere. n. 50.
An praesumitur pro jurisdictione, si non exhibitis literis a delegato sit sententia lata? n. 51.
Quod si ante litis contestationem comparuit. n. 52.
Delegatus potest partem citatam si parere noluerit, cogere ad obediendum. n. 53.
Qua forma constituatur delegatus? n. 54.
Formam a principe praescriptam adamussim tenetur observare. n. 55.
Delegati jurisdictio est stricti juris. n. 56.
Exceptiones tamen rationabiles admittere debet. n. 57.
Princeps non praesumitur praejudicare velle partibus. n. 58.
Quid si princeps formam praescribat contrariam juri communi, quid juris? n. 59.
Quandoque in causis justitiae peculiaris instructio delegatis non solet dari. n. 60.
Quod secus in causis status. n. 61.
Aliquando et plena potentia delegato conceditur. n. 62.
Exempla n. 63. et seqq.
Quaeritur num quis possit compelli ad suscipiendam delegationem? n. 66.
Rationes pro negativa. n. 67.
Pro affirmativa. n. 68.
Limit. n. 69. et seqq.

1 Cognitis generalioribus, et quae ad evolutionem nominis et rei spectare videbantur, hoc capite personas, 2 quae constituant delegatum, et quae constituantur, pa- 3 riterque modum et formam constituendi considerabo. Personas constituentes quod attinet, primo loco se sistit imperator, qui tamquam caput imperii omnibus praeest. Dn. Conring. *in disput. de imper. rom. German. th.* 53. Anton. Coler. *de jur. imp. German. sect.* 2. Hic, cum omnibus causis propter occupationes publicas, maxime militares sufficere non possit, vi potestatis summae, quam in imperio habet, per delegatos lites expedire potest; quo ipso et litigantibus, qui in dissitis provinciis degunt, succurritur, quo minoribus sumptibus processum prosequi queant, et lites facilius expediuntur, cum rei veritas per testes et instrumenta in locis, ubi partes habitant, commodius haberi possit. Tholosan. *Syntagm. jur. pontific. lib.* 5. *tit.* 5. *c.* 4. Zoes. *ad decretal. tit. de offic. et potestate jud. del. n.* 3. Dessel. *in erotemat. jur. canon. eod. tit. quaest.* 3. Matth. Stephani *de dict. l.* 1. *c.* 16. *n.* 46. *et seqq.*

4 Constituit autem imperator delegatos tam in causis status quam justitiae: et hos utrosque ut plurimum extraordinarios, quorum tamen aliqui ordinariam i. e. legibus imperii concessam habent potestatem, eoque respectu amplius quid quam delegati munus sustinent. Ordinarii vero non nisi externam faciem delegati gerunt; prout haec omnia varie in delegatis ad inquirendum, examinandum, cognoscendum, expediendum, exequendumve causas tam civiles quam criminales statuum membrorumque imperii apparent. Status vero nomine si quando justitiae opponitur, non utique rationem justitiae penitus excludo, cum non possit non labi imperium, ubi status negotia justitia non nituntur. Recess. imp. de anno 1567. §. *wiewol wir.* item de anno 1603. §. 45. Igitur per delegatos 5 justitiae illos intelligo, qui causarum ex jure imperii disceptandarum cognitionem et arbitrium inter duas partes litigantes suscipiunt. Per delegatos status 6 autem intelligo eos, quos plerumque proprio motu decernit imperator, potissimum cum turbae in imperio oriuntur, quia non alia commodiori via quam per delegatos tranquillitas reduci potest. Exempla etiam inter exteros prostant, et quotidiana sunt, veluti, ut inter innumera unum adducam: cùm inter Anglos et Belgas de praetensionibus mutuis anno 1665. disceptatum fuit, per delegatos feliciter lites compositae sunt. Aliquando etiam status imperii imperatorem ad 7 constituendos delegatos sollicitant, quod sui etiam officii esse collegium electorale existimavit, quando anno 1630. imperatoriae majestati delegationem suasit inter duces Holsatiae et civitatem hamburgensem. *vid. decret. Caesar. legato regis Daniae Ratisbonae. d.* 22. *junii* 1641. *datum. ibi: die Forstellung der von hochloeblichen Churfürstlichen collegio noch im anno* 1630. *eingerathnen Kaeyserlichen commission.* Quale quid nuper anno 1664. dum praesens Ratisbonae esset imperator, repetitum, et regi Daniae atque duci Holsatiae denuo inculcatum fuit. Post imperato- 8 rem facultate hac gaudent electores, qui vocantur decus imperii, columnae et latera imperii, illustres principes, in quibus consistit Imperatoriae gloriae celsitudo, a. b. *tit. ult.* §. 1. Palmites imperiales, septem candelabra lucentia in unitate spiritus septiformis aur. bulla *in pr.* Membra corporis imperatoris aur. bulla *tit.* 24. *pr. Oberste und allernaechste Glieder des heiligen Reichs, Oberste Vaeter und Rathgeber der Teutschen Nation*, apud Hortlederum *de Causis bell. German. lib.* 1. *c.* 32. *pag.* 292. *n.* 511. Quinimo *illorum Hoheit und Autoritaet ist mit ei-* 9 *nes Roemischen Kaysers Gewalt und Hoheit, daher sie auch fliesset, dermassen verbunden, dass eine ohne die andere nicht bestehen kan. Ja dass die hoe-* 10 *chste Würde der Churfürsten, damit sie vor andern Kaenigen und Potentaten gezieret, eben diese ist, dass sie einen Raemischen Kayser, dessen Authoritaet und Gewalt alle andere übertrifft, von der auch alle andere herfliessen, zu wehlen haben*, referente Heinrico Bruning. *de variis universitat. specieb. th.* 10. *lit. a.* Henric. Zoelners *de reg. roman. elect. conclus.* 10. Accedit, quod regibus aequiparentur, etiamsi 11 illis desint nomina et insignia regia. vid. Petr. Heigius *part.* 1. *quaest. jur. tam civil. quam saxon. quaest.* 4. *n.* 51. Idem de electoribus praedicare possumus, quod Justinus quondam de Lydorum rege Croeso ait, eum si non regiam, regiae tamen dignitati proximam egisse vitam *lib.* 1. *cap.* 7. *n.* 7. Unde 12 electores regibus scribunt non *Eure Gnaden* sed *Eure Liebe*, quia vox *Gnade* inter illustres principes aliquam inaequalitatem indicat, vox vero *Liebe* aequalitatem, neque *Jhre Koenigliche Majestaet*, sed *Jhre Koenigliche Würde.* vid. Furstenerius *de Supremata*

13 c. 43. Electores sequuntur principes imperii, qui vigore juris superioritatis territorialis cum perpetua administratione in suis territoriis dicuntur habere jura imperatoris, inque suos subditos eamdem vel similem, quam imperator in universos, exercere jurisdictionem. magnif. dn. Rhetius *disputat. de jure imperii circa sacra. c.* 2. *n.* 12. Limnaeus *de jur. publ. imp. rom. l.* 2. *c.* 9. *n.* 142. Henning. Goeden. *consil.* 1. *n.* 4. *it. consil.* 2. *pr.* Wesenbec. *consil.* 27. *n.* 28. *vol.* 1. Obrecht. *de jurisdictione c.* 4. *n.* 16. Matth. Stephani *de jurisdict. lib.* 2. *part.* 1. *c.* 1. *n.* 41. *et seqq.* Gail. *lib.* 1. *de pace publ. c.* 6. *n.* 10. Zoes. *ad decretal. tit. de offic. jud. del. n.* 3. Inde etiam est, quod superioritatis jure in suis territoriis sibi vindicent regalia, nec solum ea, quae proprie sunt talia, uti sunt jurisdictio, merum et mixtum imperium, et similia, sed et si quae alia sint, quae ex usu recepto pro regalibus venditantur, Menoch. *de praesumpt. lib.* 3. *praesumpt.* 97. *n.* 27. *et seqq.* Quinimo et jus famam restituendi, remittendi poenas capitales, concedendi securitatem et salvum conductum bannitis, inducias moratorias debitoribus, huic universali juri annexum putatur. Recess. imperii *de anno* 1548. *sub titulo: Von den verdorbenen Kauffleuten. vers. Und nachdem sie zur Zeit* Schrader. *tract. feudali. p.* 10. *sect.* 1. *n.* 33. Non obstat, quod teneantur sua territoria recognoscere feudi lege ab imperatore. resp. Id fieri tantum quoad universale dominium totius principatus, quae recognitio non officit juribus regalibus ab imperatore concessis, quo minus in suis territoriis erga subditos suos proprio jure uti queant. Matth. Steph. *de jurisd. lib.* 2. *part.* 2. *c.* 7. *n.* 32. *et seqq.*

14 Idem asserendum de civitatibus liberis imperialibus, de quibus non aliter quam de ipso principe judicandum esse monet. Barth. *in l.* 7. *ff. n.* 14. *de publ. jud.* Reinck. *de reg. s. et e. lib.* 1. *class.* 4. *c.* 20.

15 *n.* 12. Gail. *lib.* 2. *obs.* 87. *n.* 7. Matt. Steph. *de jurisd. lib.* 2. *part.* 2. *c.* 1. *n.* 55. adeoque ad ejus exemplum regalia et fiscalia jura habere dicuntur. Peregr. *de jurib. fisci lib.* 1. *c.* 2. *n.* 44. *et seqq.* quemadmodum alii status imperii Matth. Steph. *de ju-*

16 *risd. lib.* 2. *p.* 1. *c.* 4. *n.* 35. De comitibus, utpote qui post duces et principes, dignitatem non minus regalem habent quam principes ipsi. magnif. dn. Rhet. *in institut. jur. publ. lib.* 1. *tit.* 17. §. 14. Andr. Knich *in comment. ad jus saxon. c.* 4. Baronibus et aliis, qui subditos habent et ad quem ordinario jure spectat causae definitio, dubium non est, quin delegatos dare possint. Matth. Steph. *de jurisd. lib.* 1. *c.* 16. *n.* 1. Scipio Gent. *de jurisd. lib.* 3. *c.* 29. Paurmeister. *de jurisd. lib.* 1. *c.* 23. *n.* 20. Zoes. *ad decretal. l. all.* Verum nos de delegatis promiscue datis, cum solliciti non simus, sed tantum de delegato principum, non alios hic delegantes admittimus, quam qui jure superioritatis territorialis, et ita in effectu jure principum gaudent.

17 Sed an principes imp. delegare possint remota ap-

18 pellatione? Sunt qui negant, rejicientes clausulam hanc *saluti* juri naturae repugnantem, utpote quod defensionem sui, cui et appellationis beneficium annumerandum, nemini denegavit, et sic nec ab imperatore tolli potest, Blum. *in process. cameral. tit.* 44. *n.* 5.

19 Schneidew. *ad inst. tit. de interdictis. pr. n.* 17. qui circa ea quidem, quae sunt juris civilis, non autem quae sunt juris naturae, dispensare valet; jure naturae enim principem obligari, nullum dubium est, cum providentia divina omnibus indistincto immutabile hoc jus dictaverit §. *pen. j. de j. n. g. et c. l.* 8. *ff. de capit. diminut.* nec unquam erit princeps solutus a dictamine rectae rationis, id quod ethnicis non fuit ignotum; dum principis auctoritatem tanti non fecere, quam judicia naturae. Et tyrannicum potius quam politicum est, naturae legibus non teneri. Anton. Montecatin. *comment. in polit. Aristot. lib.* 3. *c.* 14. *text.* 110. Bodinus *lib.* 1. *de republ. c.* 8. *circa fin.* Hugo Grot. *de j. b. et p. lib.* 1. *c.* 1. *n.* 10. Nam quod dicitur, principem solutum esse legi- 20
bus *l.* 31. *ff. de ll.* ad divinas, decalogi, naturae, conscientiae, rationis communis, juris gentium leges non pertinet, ut quas princeps cum subditis communes habet, quia hic non ut princeps, sed quatenus homo est, tenetur. Dn. Praeses *in not. ad inst. de j. n. g. et c.* §. 6. *p.* 25. Hinc dicit Baldus *in l. all.* 31. *ff. de ll. principem esse sub lege polinaturae et rationis, et in l.* 1. *c. de servitut. et aqu. Quamvis*, inquit, *princeps legibus solutum se esse dicat, rationis tamen naturalis dictamine tenetur et obstringitur, cum jus naturale supra principem et longe potius sit quam principatus aut imperium.* Verum af- 21
firmativa placet, et ut dubium tollatur, dicendum, clausulam hanc a principe adjectam intelligendam esse de frivola appellatione, non ea, quae justa est, cum non censeatur princeps alicui jus suum eripere velle sine causa. *c. super eo.* 15. *X. de offic. et potestate jud. del. l.* 4. *ff. de o. et p. s.* unde colligitur, quod 22
rescripta principis ita intelligenda sint, ut nemini noceant; et verba rescripti debeant aequitati conformari. *c. causam quae.* 18. X. *de rescript.* Gail. *lib.* 1. *obs.* 33. *n.* 5. vid. *c. ex parte.* 13. *X. de offic. et potestate. jud. et c. inter.* 7. X. *de sentent. et re judic.* Regerunt quidem, quod si ita fit, tunc illam 23
clausulam nullo gaudere effectu, cum et sine ea frivolis appellationibus non sit locus. *c. cum appellationibus.* 5. *de appell.* 6. ubi dicitur: *frivolis appellationibus nec justitia deferat, nec a judice deferendum.* Sed respondetur, quod si princeps illud, quod 24
ad substantiam appellationis spectat, sc. ut justitia reddatur adversus iniquitatem et imperitiam judicis, tollere vellet, non posset, quia est juris naturae; si vero formae tantum appellationis quid derogaturus esset, utiq; pro arbitrio suo hoc facere posset, quia est juris positivi. Deinde quamvis appellatio sit defensio, ea tamen est tantum judicialis, et proinde mutationi obnoxia; insuper non omnino tollit princeps eo casu defensionem, cum adhuc supersint alia remedia, uti revisio, supplicatio, propositio erroris. Zoes. *ad ff. tit. a quib. appell. non lic.* Gail. *lib.* 1. *obs.* 33. *n.* 5. *et seqq.* Dn. Brunnemann. *in processu civil. c.* 28. *n.* 32. *et seqq.* Covarruv. *practic. quaest. c.* 23. *n.* 6. Perez. *ad tit. c. de appellat. n.* 22. Panormitan. *ad c.* 27. X. *de offic. et potestate jud. del.* Scaccia *de appellat. quaest.* 16. *limit.* 1. *n.* 2. Dn. Brunnem. *ad l.* 1. *ff. a. quib. appell. non. licet. n.* 4. *et seqq.* Interest tamen plurimum, an elector cau- 25
sam committat remota appellatione; an alius imperii princeps? Illo casu majoris ponderis illa clausula: cum deleganti jus de non appellando competat. Posteriori casu non aeque, nam si princeps in persona

judicasset, non inhibere potest, ne ad cameram appelletur, inde nec delegato plus juris concedere potest, quam ipse habet, sed ad minimum ad cameram pateret regressus.

26 Non sufficit autem personam delegantis idoneam esse et jus dandi delegatos habere, sed oportet etiam eum, qui delegatus datus est, aptum esse ad delegationis munus suscipiendum. Qui sint apti et idonei, et qui permittantur dari delegati constabit, ubi cognoverimus eos, qui prohibentur. Contraria enim juxta se posita magis elucescunt. Et contrariorum uno cognito cognoscitur et alterum Aristot. *lib.* 1. *topicor. c.* 24. *et* 2. *topic. c.* 2. Cic. *in topicis.* Idem *lib.* 2.
27 *de oratore.* Contrariorum enim eadem est scientia. Schneidew. *ad tit. j. de his qui sunt sui vel alien. jur. pr. n.* 3. impediuntur autem vel natura, vel lege, vel
28 moribus. Natura quidem, mutus, quia non postrema pars muneris judiciarii est audire causas et cognoscere, ac utriusque partis jura ac rerum ordinem plena inquisitione discutere, item cuncta rimari, frequenter et litigantes et testes interrogare, quousque ad rei veritatem perveniatur, ne aliquid forte praetermissum remaneat, quod annecti conveniat. *c. judicantem.* 11.
29 *causa.* 30. *quaest.* 5. Idem esto judicium de surdo, Rutger. Ruland. *de commiss. lib.* 1. *c.* 19. *n.* 1. *et seqq. l.* 9. *c. de judic.* Zanger. *p.* 2. *c.* 4. *n.* 40. *et seqq.* neque est, quod quisquam, existimet posse surdos et mutos fungi suo munere interrogandi et cognoscendi per literas sive tabellas; nam praeterquam quod ea res plena esset ambagibus, fallax quoque et lubrica foret, nec tam commode hoc adminiculo perveniri posset ad veritatis latebras, quam beneficio vi
30 vae vocis, cujus major est efficacia. Qui perpetuo furore agitatur *l.* 12. §. 2. *ff. de judic.* cum ad substantiam judicii pertineat, aequum ab iniquo separare *l.* 1. §. 1. *ff. de j. et j.* et judicare sit de jure disceptare, de jure disceptare est juste judicare, Schneidewin. *in comment. ad instit. tit. de actionib.* §. 1. *n.* 19. non potest is esse judex, in quem non cadit cognitio justitiae. *c. foras.* 10. *x. de v. s.* In talem autem cognitio hujusmodi non cadit, cum absenti et dormienti comparetur, *l.* 1. §. 3. *ff. de acquirend. possess. l.* 2. §. 3. *ff. de jure codicill. l. furiosus. ff. de r. j.* Imo a Baldo pro mortuo habetur *in l.* 9. *c. de impuberum et aliis substitut.* Schneidewin. *ad* §. 1. *instit. quibus non est permissum testament. n.* 7.
31 Quod si tamen temporalis fuerit furor, nihil impediret, quo minus dari posset delegatus, 39. *et l.* 46. *ff. de judic.* Matth. Stephani *de jurisdict. lib.* 1. *c.* 17. *n.* 29. Ruland. *de commiss. d. l. n.* 1. Zanger.
32 *p.* 2. *c.* 4. *n.* 14. *et seqq.* Minor 18. annis, etiam de partium consensu delegationem suscipere nequit. Petr. Barbosa *ad c. cum vigesimum.* 41. *n.* 6. Sebast. Vant. *de nullitate process. tit. de nullitate ex defectu jurisdict. del. n.* 41. quia, cum adhuc praesumatur debilioris intellectus, non censetur idoneus ad judicandum *l.* 1. §. 3. *ff. de postulando.* et quoniam non solum in favorem partium, sed principaliter in commodum et utilitatem reipublicae statutum, ne tales judices delegentur, qui male pronunciando justitiae statum everterent. *l.* 41. *ff. de recept. arbitr.* ideo non possunt partes consensu suo efficere, ut talis possit
33 delegatus dari. Fallit hoc tamen in principe. *c. all.* 41. qui, cum talis prohibitio sit juris tantum civilis. *l.* 57. *ff. de re jud.* talem defectum tollere potest; intellige, dummodo sit pubes, nam si esset impubes, non posset princeps eum habilem reddere ad judicandum, quia tunc esset impedimentum naturae, *l.* 12. §. 2. *ff. de judic.* jam contra ea, quae sunt juris naturalis, principi dispensandi facultas est denegata. §. 11. *j. de j. n. g. et c.* Glossa *ad c. all.* 41. *x. de offic. jud. del.* Panormit. *ibid. n.* 1. Seb. Vant. *de nullitate process. l. all. n.* 40. Requiritur tamen, ut princeps ex certa scientia commiserit causam minori 18. annis, nam quando princeps ex certa scientia quid facit, videtur suae potestatis plenitudine uti velle, et propterea nihil opponi potest, quod actum illum annullare queat. magn. dn. Rhet. *in praelect. publ. ad Dessel. Erotem. jur. canon. tit. de offic. jud. del. q.* 4. Molina *de j. et j. et j. tom.* 6. *tract.* 5. *disp.* 25. *n.* 3. vid. Bach. *ad tleutl. disp. de jud. th.* 7. *lit. e.* Paul. Laym. *ad c.* 41. *x. de offic. jud. deleg. n.* 2. et hoc de jure canon. De jure civili vero paulo aliter 34
res se habet, illo enim etiam minor 18. annis, dum tamen pubes fuerit, judex esse potest, ex consensu 35
partium *l.* 57. *ff. de re jud.* Major autem octodecim annis et minor viginti annis judex esse potest, etiam citra consensum partium; ex l. jul. non debet compelli, ut de causa cognoscat et sententiam dicat, si propria sponte id facere recuset. *l.* 41. *ff. de recept. arbitr.* Zang. *de except. p.* 2. *c.* 4. *n.* 33. Ziegl. *ad Lancell. lib.* 3. *tit.* 1. §. 30. Umm. *de proc. disp.* 1. *n.* 46. Bronch. *ad l.* 2. *ff. d. r. j.* Zoes. *ad ff. tit. de jud. n.* 20. Glossa. *in c. cum vigesimum.* 41. *all. x. de offic. et potest. jud. del. verb. aetatem eamdem.* De 36
coeco quaeritur an possit delegatus esse, et licet quidam a delegati munere removendum censeant, quia non potest examinare testes, nam vultum ac frontem considerare debet. Deinde qui coecus est, ocularem 37
inspectionem suscipere nequit, quo remedio utimur non solum cum de finibus regundis disceptatur inter confines, sed etiam in servitutibus tam urbanis quam rusticis. Multo minus transsumere potest instrumenta, quorum formam et scripturam considerare necessum habet, Rutger. Ruland. *de commiss. lib.* 1. *c.* 29. *n.* 4. Dicendum tamen eum, aliorum opera vicaria hoc 38
in casu uti, et delegati officio fungi posse. Non obstat. *l.* 1. §. 5. *ff. de postul.* ubi coecus a postulandi munere repellitur. Resp. differentiam subesse, an ad magistratum an ad judicis officium coecus admittendus sit. Hoc enim inter utrumque casum interest, quia magistratum gerere ad publicum munus spectat, judicandi vero potestas etiam privatis solebat demandari. *l. fin. ff. de offic. ei. cui mand.* Wes. *paratitl. ff. de postul. n.* 4. Imo in magistratu praeter judicium et prudentiam requiritur insuper dignitas formae et splendor publicus. *l. rescript.* 6. *pr. ff. de muner. et honor.* Zang *de exc. p.* 2. *c.* 4. *n.* 37. Men. *consil.* 100. *n.* 251. *seq.* dn. Brunnem. *ad ff. l.* 1. *de postul. n.* 17. In judice vero privato habenda tantum ratio judicii et prudentiae, justi atque injusti cognitio, qua non caret coecus. Exemplo est Appius Claudius, qui coecus publ. judiciis intererat, et in senatu severissimam dixit sententiam de Pyrrhi captivis *l.* 1. §. 5. *ff. de postul. et l.* 6. *ff. de jud.* non enim ignotum est, optimos judices olim coecitatem exoptasse, ne moverentur respectu personarum, qua de causa etiam Areopagitae noctu et quidem in tenebris ju-

dicasse dicuntur. Matt. Steph. *de jurisd. l.* 1. *c.* 11. *n.* 47. Lucian. *in Hermotinio.* Sufficit enim oculis intellectus, judicio suo sc. cernere, quid agendum sit, quia munus judicandi magis consilio viri prudentis, quam corpore explendum est. *l.* 2. §. 7. *ff. de vacatione et excusat. mun.* Sebast. Vant. *tr. de nullitat. process. rubric. de nullitate ex defectu. jurisd. del. n.* 43.

39 Lege prohibentur senatu moti *l.* 12. §. 2. *ff. de judic.* ob vitium vel turpitudinem suam aut aliquod factum a lege reprobatum, propter quod ejus status ac conditio apud bonos et graves viros gravatur, per *l.* 40 2. *ff. de senat.* quia talibus non patent portae dignitatum. *l.* 2. *c. de dignitat.* judicare enim praecipue ex delegatione principis honor ac dignitas est *l.* 10. *c. quand. prov. non est necesse.* Zoes. *ad ff. tit. de judic. n.* 22. Hinc jus canonicum contra jus civile, quo etiam privati jurisdictionem exercere possunt *l. ult. ff. de offic. ei. cui mand.* non nisi personis in dignitate constitutis causas delegare jubet. *c. statuum.* 11. *de rescriptis.* 6. Pertinet enim ad dignitatem atque auctoritatem judiciorum, ne privatis hominibus jurisdictio committatur, cum neque insignibus magistratus uti possint. Matth. Stephani *de jurisdict. l.* 1. *c.* 17. *n.* 6. Scipio Gentilis *de jurisdict. lib.* 2. *c.* 13. Dn. Ziegl. *ad Lancellot. lib.* 3. *tit.* 1. §. 14. Dn. Praeses. *in praelectionibus publ. ad Dessel. erotem. jur. canon. tit. de offic. et potestate jud. del. qu.* 4.

41 Moribus prohibentur delegati esse foeminae, quae ab omnibus officiis civilibus et publ. regulariter remotae sunt, unde nec judices esse possunt, nec magistratum gerere *l.* 2. *ff. de r. j.* Ratio prohibitionis fundata *in l.* 1. §. 5. *ff. de postul. ibi. sexum.* Zang. *de except. p.* 2. *c.* 4. *n.* 61. Item servi, quia quoad jus civile pro mortuis reputantur *l.* 32. *l.* 209. *ff. de r. j.* Bronchorst. *ad ll. all.* Eckholt. *ad ff. tit. de j. et j.* §. 42 25. Hahn, ad Wesembec. *tit. de stat. homin. n.* 5. nisi pro liberis habeantur, quia tunc ob communem errorem et publ. utilitatem gesta per ipsos sustinerentur *l. Barbarius. ff. de offic. praetor.* Zoes. *ad tit. ff. de judic. n.* 18. *it. tit. de offic. praetor. n.* 13. Layman. *ad* 43 *c. sciscitatus.* 13. *X. de rescript. n.* 4. Praemissa tamen omnia ita veniunt limitanda, nisi princeps ex certa scientia inepto deleget causam aliquam, quo casu habilitare eum censetur, modo defectus sit juris civilis, non naturalis. *arg. l. disputare* 3. *c. de crim. sacrileg.* Monachius *de jurisdict. ad l.* 2. *n.* 11. Bolognetus *ad l.* 2. *ff. de jurisdict. n.* 7. Zanger. *d. except. part.* 2. *c.* 4. *n.* 52. Sebast. Vant. *dict. tract. et loc. n.* 23. *et seqq.* quia certa scientia principis habet vim specificae dispensationis et supplet defectum personae. Gail. *lib.* 2. *obs.* 1. *n.* 12. neque eo casu excipi contra talem poterit. Dn. Ziegl. *ad Lancellott. lib.* 3. *tit.* 1. *n.* 25. Sebast. Vant. *loc. all. n.* 52. *et* 53. Zoes. 44 *ad ff. d. tit. n.* 21. Sufficit enim quem habilem esse ad judicandum, neque refert, quis sit delegatus, sed magis spectatur persona, a qua sit delegatus, quam delegatus repraesentat et cujus vices in delegatione gerit. Matth. Stephani *de jurisdict. lib.* 1. *c.* 17. *n.* 7. 45 Schrader. *tract. feud. part.* 10. *sect.* 4. *n.* 24. Porro necessum est, ut delegati sint literati, et qui tractandarum causarum experientiam et scientiam habeant. *l.* 17. *c. de judiciis. quomodo enim,* inquit imperator, *non maximum vitium erit reip. non eis, quis ex se quid agendum sit, sciant, lites tradere, sed sinere eos, quaerere alios, a quibus liceat discere, quae ipsis in judicando eloqui deceat. nov.* 82. *pr. in fin.* Quod si judex delegatus ex assessorum collegio jurisdictionem exercere possit, etiam imperitum eum posse esse non dubito, quippe quod tunc per assessores peritos defectus scientiae suppleri potest. *dict. nov.* 82. Panormit. *ad c. sciscitatus.* 13. *n.* 15. *X. de rescript.* Felin. *ibid. n.* 9. Quin et legum imperitis cognitio 46 causarum, quarum ipsi peritiam habent, concedi potest. Sic militibus de re militari jus dicere permissum *l. pen. c. de judic.* Artificibus de rebus sui artificii, mercatoribus de suis mercibus; suae enim quisque artis et auctor et disceptator est optimus. Bachov. *ad treutl. vol.* 1. *disp.* 12. *th.* 7. *lit. d.* Zoes. *ad ff. tit. de judic. n.* 25. Matth. Stephan. *de jurisdict. lib.* 1. *c.* 17. *n.* 22.

Dictum hactenus, quinam delegati sint idonei et 47 qui non. Quod si jam delegatus datus fuerit, qui jure prohibitus invenitur, tunc opponenda est inhabilitatis exceptio, quae si opposita non fuerit, an valeant, quae coram hujusmodi inhabili judice acta fuerint, non immerito quaeritur? Distinguitur vulgo, utrum impedi- 48 mentum judicis fuerit notorium, an vero occultum; priori casu si naturale fuerit, e. gr. si in furorem prolapsus, sententia ejus non subsistit, quamvis exceptio inhabilitatis opposita non sit; si vero civile, v. gr. si in servitutem detrusus sit, vel infamia juris laboret, tunc sententia tenet, et acta coram tali judice valent. Dn. Ziegl. *ad Lancellott. lib.* 3. *tit.* 1. §. 26. Marquard. Frecher. *de existimat. lib.* 3. *l.* 28. *n.* 10. Zanger. *de exception. p.* 2. *c.* 4. *n.* 51. Vant. *de nullitate process. tit. de nullit. sentent. ex defectu jurisdict. del. n.* 55. et *in tit. qualiter sentent. null. defend. possint. n.* 53. Felinus *ad c. sciscitatus. n.* 4. *vers. valet processus.* X. *de rescriptis.* Sed distinctio haec minus arridet, nam ubi defectus non dependet a potestate partis, taciturnitas ejus nihil operatur, Glossa *in l.* 1. *verb. inchoata. c. ubi de crimine agi oportet.* Sic partes non possunt servum facere judicem, nec aliter impeditum legitimare. Ergo taciturnitas non potest inducere validitatem processus. Accedit, quod illi, qui impedimento ejusmodi laborant, quo judicis officio fungi impediuntur, ipso jure a judicis, et sic a delegati munere censeantur esse remoti, et ideo non opus esse opposita exceptione removeri *l.* 2. §. 3. *ff. de his qui non infam.* Glossa *ad c. all. sciscit.* 13. *X. de rescriptis.* Panorm. *ad all.* 13. *n.* 8. Laym. *ibid.* Quod si impedimentum non est notorium, et illud demum post sententiam detegitur, tum si naturale est, v. gr. amentiae morbus, ita ut causam judex non intellexerit, irrita est ejus sententia, quamvis nihil a parte opponatur, quia tolerantia nihil operatur circa impedimentum naturale *l. furioso. ff. de re jud.* Si vero impedimentum est juris civilis, sed publice et probabiliter ignoratum, valet actus coram tali judice gestus, neque postea detecto errore retractari debet. *l. Barbarius. ff. de offic. praetor.* Sin vero partibus istud impedimentum ignotum, et aliis notum fuit, est ignorantia improbabilis. *l.* 223. *ff. de v. s.* et tunc, quamvis nihil contra eum excipiant, sive quia remittere volunt, tamen sententia vitio nullitatis laborat. Panorm. *ad c. all. n.* 12.

Sequitur nunc, quibus modis constitui possit dele- 49

gatus. Constituitur vero hic per literas, quas praesentare debet partibus, nam antequam illas exhibeat, et
50 de delegatione fidem authenticam faciat, nullam habet jurisdictionem. *l.* 1. *c. de mandat. princip.* ubi dicitur, quod alleganti principis mandatum non sit credendum *add. c. cum in jure.* 31. X. *de offic. et potest. jud. del.* et *ibid.* Glossa Maranta *in specul. aur. p.* 4. *distinct.* 16. *n.* 8. non enim praesumitur pro jurisdictione, cum sit odiosa, quapropter probari debet. Rot. romana. *in noviss. decision. part.* 3. *lib.* 3. *decis.* 164. *n.* 4. Menoch. *de praesumpt. praesumpt.* 6. *n.* 13. Bachov. *ad prim. part. ff. tit. Quibus modis jurisdictio finiatur. n.* 10. Paul. Laymann. *ad c. cum in jure.* 31. *x. de offic. et potestate jud. del.* quia jurisdictio est qualitas quaedam accidentalis, quae homini naturaliter non inest, sed ita competit uni et non alteri, et ideo probanda. August. Barbosa *lib.* 9. *c.* 49. *ax.* 14. Schrader. *tract. feudal. part.* 10. *sect.* 4. *n.* 93. Mynsinger. *cent.* 3. *obs.* 1. *n.* 2. *et* 3. Panormit. *ad. c. all.* 31. *n.* 7. nisi adsint praesumptiones; Mascard. *conclus.* 393. nec sufficit hic, habere testes, qui facile suborvari possunt, Christin. *vol.* 2. *decis.* 6. *n.* 1. Perez. *ad tit. c. de mandat. princip. n.* 2. Tulden. *ad l.* 1. *c. eod.* Aloys. Ricc. *in collect. decis. port.* 3. *collect.* 532. Menoch. *a. j. q. lib.* 2.
51 *quaest.* 76. *n.* 8. Quod si non exhibitis literis delegationis sententia fuerit lata per delegatum, praesentibus et non appellantibus partibus, praesumitur, quod
52 delegatus habeat jurisdictionem; idem obtinet, si pars comparuit ante litis contestationem, neque opposuit defectum jurisdictionis; nam post litem contestatam ipsi non conceditur, nisi cum onere probandi defectum. Panormit. *ad c. all.* 31. *n.* 7. Laymann. *ad cap.*
53 *all. n.* 2. Si vero exhibitis literis, quibus delegatio injuncta, pars citata obedientiam detrectet, sed neget jurisdictionem delegati praetextu falsitatis in rescripto apparentis vel alterius defectus, dicendum, si delegatus intelligat, exceptionem frivolam esse et malitiose opponi, eum posse cogere partem ad obediendum. Panorm. *ad c. cum in jure.* 31. *x. de offic. et potestate jud. del.* Layman. *ibid. n.* 3.

54 Restat nunc, ut consideremus formam constituendi delegatum. Forma autem in hoc consistit, ut vel uni soli committatur delegatio, et tunc etiam solus cognoscit, neque socium assumere potest; vel pluribus, et hoc vel pluribus simpliciter, quo casu omnibus cognoscendi et judicandi facultas est concessa, et si vel unus eorum mortuus sit vel aliter abfuerit, reliquorum processus non valet, *c. causam matrimonii.* 16. *x. de offic. et potestate judic. del. l. duo ex tribus.* 39. *ff. de re jud.* et potest reus, si quid agere velint, impune non parere *c. prudentiam.* 21. *x. de offic. et potestate jud.* vel delegatio fit cum clausula: *quod si omnes interesse nequiverint, duo eam nihilominus exequantur. c. all. prudentiam.* Quo casu duo praesentes ita demum procedent, si de impedimento tertii per certum nuncium aut aliter legitime constiterit; nec interierit, impedimentum juris an facti sit; juris, ut quia tertius ille vel infamis vel aliter a jure prohibetur; facti; puta quia mortuus, infirmus vel alia necessitate praepeditus. Vel etiam cum hac clausula: *quod si aliquis adesse ex ipsis non possit, vel etiam nolit, reliqui nihilominus procedant. c. all.* § *adjicimus etiam.* Vel etiam delegatur hoc modo: *ut vel omnes simul judicent vel unus ex ipsis;* quo casu singuli per se exercere possunt jurisdictionem, modo constet reliquos esse impeditos, alias enim unus inscio altero procedere non posset. *c. cum causa.* 22. *x. de offic. et potestate jud. del.* Dn. Praes. *in praelect. publ. ad Desselii erotemata jur. canon. tit. all. quaest.* 5. Formam autem hanc a principe delegante praescriptam
55 adamussim observare tenetur. *c. ex parte.* 13. *x. de offic. jud. del.* quicquid enim extra fines mandati fecerit, nullum est; quae enim contra ll. fiunt, vel contra pacta partium quae legem dant, sunt ipso jure nulla *l.* 5. *c. de lib.* Matth. Steph. *de jurisd. lib.* 1. *c.* 20. *n.* 5. Rutger. Ruland. *de commissar. lib.* 3. *c.* 2. Dn. Ziegl. *ad Lancellott. lib.* 3. *tit.* 1. §. 18. Dele-56 gati enim jurisdictio est stricti juris, *Enges Rechtens. c. fin. de rescript.* 6. Ideo quicquid expresse non reperitur concessum, censetur prohibitum: Gail. *lib.* 1. *obs.* 35. *n.* 3. Sebast. Vant. *de nullitate process. tit. de nullit. ex defectu jurisdict. del. n.* 91. nam is, cui mandata est jurisdictio, nihil proprii habet. *l.* 1. §. 1. *et l.* 3. *ff. de offic. ei. cui mandat.* Quapropter 57 ultra ea, quae in mandatis habet, progredi prohibetur *c. super qu.* 27. §. 1. *x. de offic. jud. deleg.* Molina *de j. et j. tract* 5. *disp.* 25. *n.* 2. exceptiones tamen rationi congruentes admittere debet, licet id expresse mandato non comprehendatur; ut: si delegato tempus praefixum sit, intra quod causam decidere debeat, reus autem dilationem petat, quod propter gravem infirmitatem processum prosequi non posset; quo casu non ita stricte inhaerere debet formae praescriptae. Princeps enim non censetur praejudicare velle juri par-58 tium, praecipue naturalis defensionis. *c. super. eo*, 15. *x. de offic. et potest. jud. del.* Gail. *lib.* 2. *obs.* 58. *n.* 4. Judex autem secundum aequitatem procedere debet, quia lex fundata est super ratione et aequitate, *c. erit autem. dist.* 4. Ideo si princeps scribat: *in causa procedas nulla admissa exceptione*, intelligendum de exceptione irrationabili. Si vero per 59 rescriptum principis daretur alia forma contra jus commune, e. gr. si expresse additum, *nulla quamvis rationabili exceptione admissa*, forma rescripti esset attendenda. Gloss. *in c. ex parte* 13. *x. de offic. jud. deleg.* quia rescripto principis parendum, etiamsi videatur durum *l. prosp.* 12. *ff. qui et a quib. manumiss.* et censetur princeps ex plenitudine potestatis juri communi aut partis derogare, quod in civilibus causis ob gravem causam facere potest, praesertim si aliud defensionis remedium parti litiganti supersit, praeter id, quod ei adimitur, dummodo non sit contra jus divinum vel naturale, vel ab eo subreptitie obtentum, cum formam juris positivi ipse tollere possit *c. contra morem. dist.* 100. *et l.* 2. *c. de proc. imp. offert.* Fel. *ad c. all.* 13. *n.* 6. Bach. *ad treutl. disp. de exc. th.* 1. Dn. Ziegler. *ad Lancell. l.* 3. *tit.* 1. §. 19. Gail. *l.* 2. *obs.* 2. *idem de pac. publ. c.* 12. *n.* 20. *et* 21. Schrad. *tr. de feud. part.* 10. *sect.* 8. *n.* 9. Aliquando tamen in causis justitiae peculiaris forma 60 sive instructio delegatis non solet dari, sed finibus delegationis in rescripto generaliter expressis injungitur, ut ad ordinem juris in processu respiciant, hinc clausula inseri solet, *befehlen euch, dass ihr überall servato juris ordine verfahret, und Gewissenmaessig* magn. dn. Rhet. *in prael. publ. ad Dess. erotem. jur. canon. tit. de offic. jud. deleg. q.* 8. Secus ac in 61

negotiis status, nam in hisce una cum credentialibus instructio delegato porrigitur seu commonitorium velut axis, circa quam delegati sphaera volvitur. Unde hoc modo instructio formatur: *Auff den* N. N. *was Er als unser Abgeordneter und Bevollmaechtiger biss auff unsere ratification thun und verrichten solle, wie hernach folget. Erstlich, etc. Zum andern soll Er, etc. und weil nicht alles in diese instruction gebracht werden kan, was der Sachen Nothdurfft und Beschaffenheit erfordern moechte. Als soll ermeldter unser delegatus alles das, was etc. Jumassen Wir zu seiner dexteritaet das Vertrauen gesetzt. etc.* Nec tamen per hoc, quod caetera prudentiae ac fidei committuntur, generalis potestas concessa intelligitur, mutandi negotium pro arbitrio. Sed cum omnes modi et occasiones rei agendae praescribi nequeant, ut possit ideo deleg. si facilior via se aperiat, eam sequi, qua praescriptorum metam assequatur, ita ut appendix ad ea, 62 quae antecedunt, se restringat. Aliquando etiam plena 63 et libera prorsus potentia deleg. conceditur. Veluti plenipotentiarii imp. statuum in diaeta pacis Osnabrug. fuerunt. vid. *pr. instr. pac. caes. succ.* ibi: *ple-* 64 *nipotent. tabulas rite commutatas. etc.* uti apparet in illis, qui pacem polono-brandenburgicam pepegerunt mense septembr. an. 1657. et qui tractatum stetinens. inter regem Sueciae et elector. nostrum sereniss. an 1653. in consequentiam instrumenti pacis confecerant, quae plenipotentia etiam extendi solet ad ea, quae 65 nonnisi animum et voluntatem mittentis ligant. Tali plenipotentia instructi erant cardinalis Mazarini et dou Louys de Haro, dum anno 1659. die 7. novembr. inter regem modernum Galliae Ludovicum XIV. et Mariam Theresiam hispanam matrimonium contrahebant.

66 Quaeritur ultimo loco, utrum aliquis possit com- 67 pelli ad suscipiendam delegationem? Qui delegatum et commissarium pro uno eodemque capiunt, negant posse eum cogi ad munus hoc suscipiendum, quia, dicunt, commissarii comparantur arbitris conventionalibus, quemadmodum enim ii ex mera, sola et libera voluntate eliguntur, et possunt unum ex millibus, quem volunt, eligere, vel non. Certum autem est, tales nunquam ab initio cogi posse arbitrium suscipere. *l.* 3. §. 1. *ff. de recept. arbitr.* Schrader. *de feudis p.* 10. *sect.* 10. *n.* 15. Verum stante sententia, uti 68 supra dictum, quod insignis sit differentia inter commissarium et delegatum principis, affirmativa magis placet, quia quilibet a superiore, cujus jurisdictioni subest, cogi potest ad aliquid suscipiendum l. 5. *c. quidare tutores.* quod maxime locum obtinet in praecepto supremi principis, cui omnes subditi obedire tenentur. *Esdrae cap. VII. v.* 26. *c. si quis venerit.* 2. X. *de major. et obed.* et mandata domini habent vim praecepti. Hisce accedit, quod munus delegationis sit publicum et auctoritate et utilitate, juris autem est, quod datus ad officium auctoritate et utilitate publicum etiam invitus cogatur illud suscipere. Schrader. *tract. feud. dict. loc.* Ad contrarium respondeo, commissarios non simpliciter arbitris conventionalibus aequiparari, quia judex proprie ordinat commissarios, et ita tamquam judex cogere eos potest. Rutg. Ruland. *l.* 2. *c.* 25. *n.* 14. Procedit tamen hoc, si sit delegantis 69 imperio subjectus, *c. pastoralis,* 11. *X. de offic. ordinarii.* munera enim iis injungi non possunt, qui potestati injungentis non subjiciuntur. *l.* 214. *ff. de v. s. l. fin. ff. de jurisdict.* Petr. Gregor. Tholosan. *syntagm. juris univers. lib.* 47. *c.* 22. *n.* 13. Deinde 70 si non legitimum exitet impedimentum, sive sine gravi suo incommodo suscipere possit, nam regulariter non praesumitur princeps, qui est justitiae vigor, *l.* 5. *c. de jure fisci.* subdito mandare velle, quod sine gravi rei familiaris jactura exequi non possit; si tamen princeps ita jubeat, tunc etiam gravia jubenti obedire debet. *can. in memoriam.* 13. *distinct.* 19. Dummodo non sint impossibilia de jure et facto. Layman. *ad c. prudentiam* 21. §. *adjicimus: n.* 4. X. *de offic. et potest. jud. del.* Et tantum quoque de capite secundo. Nunc ad

CAPUT III.

De potestate delegati principis.

SUMMARIA

Connexio. n. 1.
Quam potestatem habeat delegatus. n. 2.
Delegatus utitur potestate sui delegantis? n. 3.
Delegatus subdelegare potest causam sibi commissam. n. 4. *et seq.*
Etiam invitis partibus. n. 6.
Imo nulla justa causa interveniente. n. 7.
Limitat. n. 8. *et seq.*
Quae personaliter fieri debent, per alium expediri nequeunt. n. 10. *et seq.*
Professor per substitutum legere nequit. n. 13.
Quando electa persona ex industria esse dicitur? n. 14. *et sq.*
Quid sit auctoritate alicujus fieri? n. 24.
Delegatus principis non tantum absolute, sed etiam sub conditione subdelegare potest. n. 25. *et seq*
Delegandi potestas cuilibet competit, si plures delegati sint. n. 29. *et seq.*
Si causa delegetur simpliciter tribus, duo sine subdelegatione tertii procedere nequeunt. n. 33.
Ratio. n. 34.
Quod si duo sine tertio processerint, ab iis appellari poterit? n. 35.
Hinc si duo citaverint absque tertio, citatus non tenetur obedire. n. 36.
Nec pars citata contumaciae argui potest. n. 37.
Ratio. n. 38.
Dubium movetur. n. 39.
Occurritur dubio distinguendo inter judices ordinarios et delegatos. n. 40.
An jurisdictio dividi possit? n. 41. *et seq.*
Quid si duo procedant contra absentem citatum et tertius postea ratihabeat processum? n. 46.
Dubium quoddam movetur et ad id respondetur. n. 47. *et seqq.*
Quid juris, si partes consentiant ut duo procedant sine tertio? n. 49.
Ratio pro affirmativa. n. 50.
Ratio pro negativa tamquam veriori. n. 51.
An duobus delegatis datis cum clausula: quod si ambo, *si unus eorum non possit interesse, et alteri vices*

suas commiserit, condelegatus teneatur admittere subdelegatum? n. 52.
Deciditur negative. n. 53. *et seq.*
Si tribus delegatio esset facta cum clausula: quod si non omnes *etc. unus autem ex illis commisit alteri ex sociis vices suas et postea obiit, tertius ut suspectus recusatus fuit, an possit superstes nomine suo et condelegati procedere? n.* 56.
Respond. distinguendo. n. 57.
Si subdelegati discordent in sententia ferenda quid juris? n. 58.
Resp. distinguendo. n. 59. *et seq.*
An subdelegatus possit iterum subdelegare, dubitatur? n. 61.
Occurritur dubio et negative deciditur. n. 62.
Ratio decidendi. n. 63. *et seq.*
Si princeps committat causam duobus cum clausula: quod si ambo; *unus autem adesse nequeat, sed condelegato suo vices suas committat, hic condelegatus alteri subdelegare nequit, n.* 66. *et seq.*
Dubium movetur, cui respondetur. n. 68. *et seq.*
Delegatus principis non potest subdelegare cum clausula: appellatione remota. *n.* 70. *et seq.*
Delegatus principis potest compellere subdelegatum ad suscipiendam subdelegationem. n. 72.
Rationes. n. 73. *et seq.*
Limitat. n. 75. *et seq.*
Si delegatus non idoneum subdelegaverit, tenetur de imperitia subdelegati. n. 78. *et seq.*
Potest ne delegatus causam in totum alteri delegatum revocare? n. 82.
Ratio affirmans. n. 83.
Respondetur affirmative distinguendo. n. 84. *et seq.*
An delegatus principis possit alteri merum imperium delegare? n. 88.
Rationes pro affirmativa. n. 89. *et seq.*
Rationes pro negativa decidentes. n. 91.
Resp. ad l. un. c. qui pro sua jurisdict. *n.* 92. *et seq.*
Objicitur. n. 94.
Resp. objectioni. n. 95. *et seq.*
Quod tam de jure civili quam canonico verum. n. 97.
Quid hodie obtineat? n. 98.
Praedicta limitantur, nisi ob justam absentiam alteri delegaverit. n. 99.
Ratio. n. 100.
Quod etiam obtineri nonnulli volunt in casu infirmitatis. n. 101.
Sed contrarium verius. n. 102. *et seq.*
Objicitur. n. 104.
Respondetur objectioni. n. 105. *seq.*
Moribus extensum est in casu etiamsi infirmae valetudinis. n. 108.
Num. ob qualecumque impedimentum delegari potest? n. 109.
Judex delegatus potest exequi sententiam suam tam de jure canonico, quam de jure civili. n. 110. *et seqq.*
Rationes. n. 112. *et seq.*
Objicitur novell. 53. *c.* 4. *n.* 114.
Resp. n. 115.
Quod potest facere usque ad integrum annum. n. 116.
Glossa distinguit. n. 117. *et seq.*
Movetur dubium et removetur. n. 121. *et seq.*
Delegatus principis potest executionem sententiae ordinario judici mandare. n. 123.
Objicitur c. in literis 8. X. de offic. deleg. *n.* 124.
Respond. n. 125.
Ordinarius debet exequi sententiam etiamsi iniquam esse videat. n. 126. *et seqq.*
Limitat. n. 130. *et seq.*
Si princeps sententiam manifeste injustam exequi jusserit, quid juris? n. 132. *et seq.*
Limitat. nisi sit contra Dei et naturae leges. n. 134. *et seqq.*
Delegatus principis potest punire litigantes. n. 141. *et seq.*
An et alias personas dubitantur? n. 143. *et seq.*
Affirmatur. n. 145. *et seqq.*
Delegatus principis non potest collegam impedientem jurisdictionem suam coercere. n. 147. *et seq.*
Limit. n. 149.

Postquam perlustravimus personas constituentes delegatum, item personas, quibus possit delegatio committi, formam pariter ac modum constituendi delegatum, ordo monet, ut cognoscamus, quam potestatem habeat delegatus principis. Sciendum itaque, delegatum quoad commissa uti potestate sui delegantis, ita ut quicquid in causa illa facit, dicatur fieri a principe delegante, *l.* 16. *ff. jurisdict. c. sane quia.* 11. *X. de officio et potestate judic. delegati.* Subit enim in eo vices delegantis, ejusque personam repraesentat. Schrader. *tract. part.* 10. *sect.* 4. *n.* 21. Reinking. *de regim. secul. et ecclesiast. lib.* 1. *class.* 5. *c.* 7. *n.* 53. Canisius. *ad tit. X. de offic. jud. deleg. n.* 2. Unde etiam idem honor in causa ipsi exhibendus, qui tribuitur ei, cujus vices gerit *c. alt. dist.* 93. *et c.* 1. *dist.* 94. Dn. Ziegler. *tract. de jur. majest. lib.* 1. *c.* 29. *n.* 18. Aug. Barbosa *ad. c. all.* 11. *X. de offic. jud. del.* Molina. *de j. et j. tract.* 5. *disp.* 26. *n.* 1. Leyman. *ad c. all.* 11. *n.* 1. Tholosan. *syntagm. jur. pontif. lib.* 5. *tit.* 5. *c.* 7. Scaccia *de appell. quaest.* 7. *n.* 64. *it. quaest.* 8. *n.* 31. Chilianus Köning. *in processu. p.* 89. Matth. Stephani *de jurisdict. lib.* 1. *c.* 16. *n.* 61. Hinc quoque subdelegare potest causam sibi commissam, sive uni, sive pluribus pro lubitu *l.* 5. *c. de judic. c. super quaestionum* 27. *X. de offic. et potest. jud. del. c. cum te* 18. *X. eodem.* Canisius *loc. all. n.* 3. Leymann. *ad c. si pro debilitate.* 3. *n.* 1. Petr. Barbosa *ad l.* 12. §. 1. *ff. de judic. n.* 394. Princeps enim delegando causas principaliter intendit litigantium promovere commodum, magisque respicit negotia eorum, quam personas, quibus causae committuntur. *c. quoniam apostolica.* 43, X. *de offic. et potest. jud. del.* ne itaque litigantes diu fatigentur, et lites nimium protrahantur, conceditur facultas ipsi delegato, quoties contingat, ipsum a delegatione suscepta avocari, aliis personis vices suas committendi. Schrader. *tract. de feud. part.* 10. *sect.* 4. *n.* 43. Et hoc etiam invitis partibus facere potest, cum enim hoc habeat a lege, nulli facit injuriam, utpote jure suo utens. *l.* 155. §. 1. *ff. de r. j.* Blum. *in processu camer. tit.* 29. 156. Glossa *in c. all. super quaestionum. ib. si non possint ambo.* Gail. *lib.* 1. *obs.* 67. *n.* 8. Zoes. *ad tit. ff. jurisdict. n.* 48. Dn. Praes. *ad Strauchii. diss.* 20. *aph.* 3. Hillig. *ad Donell. lib.* 17. *c.* 8. *lit. m.* Canisius *ad c. si pro debilitate.* 3. *X. de*

7 *offic. jud. del. n.* 5. Riminald. *ibid. n.* 6. Layman. *ibid. n.* 1. Imo nulla justa causa intervenientе, nam cum in privilegium ipsi concessa sit haec potestas *c. pastoralis.* 28. *X. de off. jud. del.* libere ea uti potest. Limitatur tamen, nisi causa esset alicujus momenti, quae certis ex causis sine ipso commode expediri non posset. *c. si pro debilitate.* 3. *X. de offic. et potest. jud. del.* Menoch. *cons.* 17. *n.* 8. Id. *a. j. quaest. lib.* 2. *quaest.* 60. *n.* 20. Aug. Barbos. *ad c. all.* 3. *n.* 1. Molina *de j. et j. tom.* 6. *tract.* 5. *disp.* 15. *n.* 1. Dn. Ziegler. *ad Lancellott. lib.* 3. *tit.* 1. §. 15. Perez. *ad tit. c. de judic. n.* 3. Tholosan. *syntagm. jur. pontif. lib.* 5. *tit.* 5. *c.* 4. Matth. Stephani *de jurisdict. lib.* 1. *c.* 16. *n.* 75. *et* 76. Brunnem. *ad l.* 9 3. *ff. de jurisdict.* Et nisi personae industria sit electa. Dn. Brunnemann. *ad l. potest quis.* 68. *de j. in* 6. *n.* 8. Maceraten. *variar. resolut. lib.* 1. *resol.* 16. *n.* 5. Menoch. *a. j. qu. lib.* 1. *quaest.* 68. *n.* 15. Dn. Ziegler *ad Lancellott. lib.* 5. *tit.* 1. §. 15. Sutholt. *de jurisdict.* 10 *n.* 369. Canis. *ad c. all. si pro debilitate.* 3. Nam ubi requiritur, ut aliquid personaliter fiat, non est juri satisfactum, si per alium fiat. *c. quoniam apostolica.* 43. §. *is autem.* X. *de offic. et potest. jud. del.* et quando ad expediendum aliquid personae industria eligitur, non potest illud per alium exerceri. *l.* 31. *ff. de solut.* Matth Stephan. *de jurisdict. lib.* 2. *p.* 1. *c.* 6. 11 *n.* 1. *n.* 24. Sic si testator jusserit aliquem, propriis manibus extruere aedes vel picturis eas ornare, per alium id facere prohibetur, quia ad personam ipsius respexisse existimatur, *l.* un. §. 9. *c. de caduc. toll.* 12 Est enim inter artifices longa differentia, et ingenii, naturae, doctrinae et institutionis *d. l.* 31. *ff. de solut.* Sic e contrario, quando quis in persona sua quid facere prohibetur, id per subjectam personam expedire nequit. *l.* 2. §. 1. *ff. de administrat. rer. ad civitat. pertinent.* quod enim meo nomine id nec alieno 13 facere debeo. *c. sicut non suo.* 10. *distinct.* 46. Hinc quoque professor, cui ex publico salarium solvitur, per substitutum legere nequit. Afflict. *decis.* 226. *n.* 2. 14 Gail. *lib.* 1. *obs.* 97. Electa autem personae industria videtur. (1.) Si causa esset gravis et explicatu ardua. Barbosa *ad l.* 12. §. 1. *ff. de judic. n.* 400. Menoch. *arbitr. jud. quaest.* 68. *n.* 15. *et lib.* 2. *praesumpt.* 21. *n.* 4. Idem *consil.* 69. *n.* 58. Aloys. Ricc. *decis. curiae archiepiscop. neapol. part.* 1. *dec.* 88. *n.* 6. Matth. 15 Stephan. *de jurisdict. loc. all.* Quaenam vero causae arduae sint censendae, judicis arbitrio id relinquendum puto, *l.* 1. *in fin. ff. de jur. delib.* ubi dicitur, quod ea, quae non sunt a jure determinata, censeantur arbitrio judicis relicta. *c. de causis.* 4. *in fin. X. de offic. et potest. jud. del.* Intelligo vero hoc loco per judicem ipsum delegatum principis. Laymann. *ad c.* 16 *si pro debilitate.* 3. *X. de tit. n.* 3. (2.) Quando commissio facta verbis praecise imperativis, per te, vel per vos expediri mandamus, vel praecipimus, *Wir gebiethen*, secus si fieret per verba non praecise imperativa, e. gr. Volumus. Sichard. *ad. l.* 5. *c. de jud. n.* 51. Maranta *in speculo aureo part.* 4. *distinct.* 5. *n.* 27. Aloysius Riccius *dict. decis.* 8. *n.* 5. Sebast. Vant. *de nullitate process. tit. de nullitate sentent. ex* 17 *defectu jurisdict. deleg. n.* 21. quod eo magis dubio caret, si verbum adjiciatur *ipsum*, e. gr. per Teipsum expedias. Panorm. *ad c. ult.* X. *de offic. et potestate jud. del. n.* 1. Felin. *ibid. n.* 3. Maranta *in specul. aur. d. l.* Aloysius Ricc. *d. l. n.* 1. (3.) Si 18 in rescripto delegationis dictum; committimus causam hanc de tua prudentia plane confidentes. Gail. *lib.* 1. *obs.* 97. *n.* 6. Marc. Anton. Macerat. *lib.* 1. *resol.* 16. *n.* 5. Menoch. *a. j. q. lib.* 1. *quaest.* 68. *n.* 15. Mascard. *de probat. conclus.* 594. *n.* 3. *et* 4. Aloys. Ricc. *dict decis. n.* 1. Vel: *credimus dexteritati tuae*, unde clausula: *Wir wollen ihn Schadloss halten, und was Er in Unserm Namen abhandeln wird, bey Maenniglich vertreten.* Magnif. dn. 19 Rhetius consiliarius status eminentissimus *in praelect. publ. ad Dessel. Erotemat. jur. canon. tit. de offic. jud. delegat. quaest.* 3. (4.) Si in rescripto ha- 20 beretur, personaliter exequaris. *c. all. ult.* §. *is autem X. de offic. jud. deleg.* non potest delegatus per alium exequi mandatum, nisi de consensu illius seu eorum quorum interest, Glossa *in c. all. ibi: ut personaliter.* Dicta procedunt, si clausula illa, perso- 21 naliter exequaris, addita sit in partium favorem, si vero ob publicam utilitatem, tunc locum habet regula, quod forma rescripti exacte sit servanda, alioquin acta irrita sunt *c. venerabili* 37. *X. de off. et potest. jud. del. c. cum dilecta.* 22. *X. de rescr.* quia partes renunciare quidem possunt his, quae pro ipsis introducta sunt, non autem iis, quae pro publica utilitate. Matth. Stephani. *de jurisdict. lib.* 1. *c.* 22. *n.* 14. Gail. *lib.* 2. *observ.* 56. *n.* 3. Layman. *ad cap. ult. all.* §. *is autem* X. *de off. et potest. jud. del. n.* 3. (5.) Si 22 contineretur in rescripto clausula. *super quibus rebus expediendis conscientiam tuam oneramus.* Panormit. *ad cap. ult. d. t.* Gail. *lib.* 1. *obs.* 97. *n.* 5. Marant. *in speculo aur. part.* 4. *dist.* 5. *n.* 27. Aloys. Ricc. *in collect.* 1284. Maceraten. *lib.* 1. *resolut. variar.* 89. *n.* 2. Menoch. *Arb. jud. quaest. lib.* 1. *quaest.* 68. *n.* 11. *cum seqq.* Sebast. Vant. *de nullitate processus. tit. all. n.* 21. (6.) Si dicatur per verba geminata, *per* 23 *tete hoc. agas*, *vel tutu hoc agas.* Sichard. *ad l.* 5. *c. de jud. n.* 51. Sebast. Vant. *loco all.* item si dicatur: *volumus te nostra auctoritate vel nostra vice vel loco nostro hoc facere*, *Von Unsernt wegen.* quia illud in- 24 telligitur auctoritate alicujus fieri, quod fit per personam immediatam *arg. l.* 8. §. *fin. ff. de v. et p. substitut.* Notandum, delegatum principis non tantum 25 posse absolute causam subdelegare, sed etiam limitate et sub conditione, v. gr. quoties eum abesse contigerit, aut: donec revocaverit; quae limitatio ad id conducit, ut subdelegans non censeatur juris lictionem penitus a se abdicasse. Glossa. *in c. si delegatus* 7. *verb. revocandis et verb. committi. de offic. jud. deleg. in* 6. nam qui sub conditione; *quoties eum abesse* 26 *contigerit*, delegat, jurisdictionem recipit, si praesens adsit *arg. c. si quem* 8. *de procurat. in* 6. Huc refer- 27 tur quoque conditio: si mors intervenerit, quia abesse etiam dicitur, qui in humanis esse desinit. *l.* 13. §. 3. *ff. de v. s.* Qui autem sub conditione: donec 28 revocaverit, delegatum dederit, jus revocandi jurisdictionem retinet. Layman. *ad c. all.* 7.

Et haec subdelegandi potestas cuilibet competit, si 29 v. g. plures delegati dati sint. *c. quamvis* 6. *X. de off. et potest. jud. del.* quia, uti dictum, delegato a principe facultas subdelegandi est a lege concessa, *c. si pro debilitate* 3. X. *eod.* Quapropter si duobus vel 30 tribus causa committatur, etiamsi non apponatur, ut unus sine altero procedat, nihilominus unus ex ipsis

sive suo condelegato sive alii extraneo vices suas com-
31 mittere potest *l.* 5. *c. de judic.* Unde quando subdelegat suo conjudici, procedit ille nomine proprio tamquam delegatus, et nomine sui collegae tamquam subdelegatus, et sic diversa auctoritate potest unus et
32 idem in eadem causa procedere; sed necesse est, ut unam, non varias sententias proferat, quia, qua conscientia judicat aliquid justum esse ut delegatus, eadem quoque ut subdelegatus. *c. pen. de elect. in* 6. §. *porro.* Laym. *ad c. quamvis* 6. X. *de off. et potest. jud. del.*

33 Hinc si causa simpliciter delegetur tribus, duo sine subdelegatione tertii procedere nequeunt *c. cum causa* 22. X. *d. tit.* Barbosa *ad c. all. n.* 1. Panormit. *ibid. n.* 3. Peretz. *ad tit. c. de sentent. et interlocut.*
34 *n.* 15. quia hoc casu jurisdictionis exercitium non competit delegatis singulis in solidum, sed cuique pro parte et omnibus conjunctim. Glossa *in c.* 21. X. *de off. et potestate jud. del. verbo: teneatur.* Tondutus
35 *de praevent. part.* 1. *c.* 1. *n.* 9. Quod si duo sine tertio processerint, poterit ab iis appellari, nam judex, qui male procedit, majorem sibi vindicat jurisdictionem, quam habet, et parti, cujus negotium gerit,
36 injuriam facit. *c. ut debitus* 59. X. *de appell.* Unde si tertio non committente vices suas, nec se excusante, duo citaverint, citatus obedire non tenetur, et quicquid factum fuerit, irritum est. *c. cum causa* 22. X. *de off. et potest. jud. del. c. causam matrimonii* 16. X. *eod. c. cum sicut.* 2. X. *de eo qui mittit. in possess. can. ei qui appellat. Ibi. item si plures. caus.* 2. *quaest.* 6. Sebast. Vant. *de nullitate sentent. ex defectu citat.*
37 *n.* 17. Ideo etiam pars citata non est contumaciae accusanda, si non veniat. *l.* 3. *ff. de judic. l.* 50. *ff. de pecul. l.* 21. §. 10. *ff. de recept. arbitr.* Tondutus *de*
38 *praeventione part.* 1. *c.* 1. *n.* 9. Non enim censetur esse in mora, qui se tueri potest per exceptionem *l.* 40. *ff. de reb. cred. c. quoniam frequenter* 8. *ibi: si*
39 *vero aliter X. ut lite non contestata.* Sed videtur eum compelli posse ad veniendum, cum quilibet eorum sit judex in solidum, et jurisdictio sit res indivisibilis. *c. loquitur causa* 24. *quaest.* 1. *c. perlatum est* 1. *jure patronatus, l.* 17. *ff. de servit. l.* 4. *c. de relig. l.* 1. §. 9. *ff. ad legem Falcid. l. un.* §. 1. *ff. de off. consul.* In qua lege permittitur uni consuli altero absente procedere. *add. l. ult. c. de auctorit. praest. l.* 1. §. 13. *ff. de exercitor. action.* et quilibet tenetur venire allegaturus saltem privilegium suum. *c. cum paratum*
40 19. X. *de appellat. l.* 5. *ff. de judic. l.* 2. §. 1. *ff. si quis in jus vocatus.* Sed distinguendum bene inter judices ordinarios et delegatos, illi uno absente procedere possunt, cum quilibet per se habeat jurisdictionem in solidum: in delegatis autem etiam aliud obtinet, licet enim quilibet eorum habeat in solidum jurisdictionem, eam tamen per se exercere nequit,
41 quia loco unius intelliguntur. Et licet jurisdictio divisionis sit expers, ita ut pluribus secundum diversas partes competat; est enim quoddam incorporale, quod in mente consistit, at incorporalia non veniunt dividenda per *l.* 11. *ff. ad municipalem.* ubi expresse dicitur, magistratuum officium esse individuum. Potest tamen ita pluribus competere, ut eam singuli to-
42 tam habeant, sed non totaliter. Quemadmodum si plures unam trabem furentur, quam unus auferre ne-
43 quit; singuli totam furantur, licet non totaliter. Deinde quamvis jurisdictio in se dividi nequeat, per accidens tamen divisionem recipit, videlicet vel *ratione temporis*, e. gr. Si duo consules alternis vici- 44
bus officium administrent, seu jurisdictionem exerceant, hoc casu officium seu jurisdictio consulis per accidens dividitur, in ordine ad exercitium secundum varia tempora; vel *ratione loci* e. g. Si territorium 45
ex haereditate proveniens sit inter fratres dividendum, per consequens etiam jurisdictio in ordine ad illa loca divisioni subjacebit. vid. Maranta *in spec. aureo part.* 4. *distinct.* 8. *n.* 31. *et seqq.* Laymman. *ad cap. causam* 16. *X. de off. et potest. jud. deleg. n.* 2. *et ad cap. prudentiam* 21. X. *eod. n.* 1. vid. Matth. Stephani *de jurisdictione l.* 2. *p.* 1. *c.* 4. *n.* 82. Hartmann. Hartman. *lib.* 2. *obs. tit.* 1. *o.* 15. *n.* 1. Andreas Knichen. *in comment. ad jus saxon. verb. ducum Saxoniae c.* 3. *per tot.* Schneidewin. *ad instit.* §. 20. *de actionib. sub rubr. de actione familiae herciscundae. n.* 30. *et seq.* Quod si duo procedant contra 46
istum absentem citatum, et tertius postmodum ratihabeat quod illi duo fecerunt, an et tunc valebit sententia? Puto ne tum valere, cum ab initio nulla fuerit, unde postea ratificari nequit. *l.* 29. *ff. d. r. j.* Non obstat, quod vulgo dici solet, ratihabitionem 47
reducere negotium ad illud tempus, quo contractum fuit. *l.* 6. §. 9. *ff. de negot. gest. l.* 25. *in fin. c. de donat. inter vir. et uxor.* Resp. regulam haud tunc 48
locum habere, si ratihabitio in praejudicium alterius partis non fiat; non enim ferendum, ut in alicujus potestate sit, alterius jus laedere. Carpz. *p.* 1. *c.* 19. *d.* 6. *n.* 5. quod hic facile contingere posset, nam absens forte, si praesens adfuisset judicio, reliquos in contrariam sententiam traxisset *l.* 17. §. *ult. ff. de recept. arbitr.* Molina *de j. et j. tom.* 6. *tract.* 5. *disp.* 24. *n.* 1. Du Ziegel. *ad Lancell. l.* 3. *tit.* 1. §. 15. Tondut *de praevent. part.* 1. *c.* 1. *n.* 3. Men. *a. j. q. q.* 187. *n.* 11. Barb. *ad l.* 1. *ff. de jud. art.* 1. *n.* 36. Sed si 49
partes consentiant, ut duo procedant, num quid valeat talis processus tertio non veniente, nec causas absentiae allegante? Videtur subsistere, quia quilibet 50
juri pro se introducto renunciare potest *l. pen. c. de pact. l.* 46. *ff. eod, l.* 41. *ff. de minor. l.* 71. *ff. ad l. falcid.* Cuj. *l.* 19. *obs. c.* 34. Hartman. Pistor. *l.* 1. *q.* 15. *n.* 65. Schneidew. *in comm. ad inst. t. de l. falc. pr. n.* 7. Jam vero in favorem partium litigantium tres delegati sunt constituti. Ergo. sed negativa verior; cum partes illis Jurisdictionem, dare 51
nequeant. *l.* 3. *c. de jurisd.* quam delegati non servando formam delegationis amiserunt; mandantis enim interest, ut hoc et non alio modo jurisdictio exerceatur, et delegatus ad observandam delegationem tenetur non jure contractus, sed jure imperii, cui obtemperare cogitur. Dn. Ziegl. *ad Lancell. l.* 3. *tit.* 1. §. 18. Goedd. *de sequestr. c.* 1. *n.* 62. Deinde notandum, regulam; *quilibet favori pro se introducto etc.* procedere, quando est favor solius renuncians; secus si concernat etiam beneficium, favorem et interesse alterius, sicut hoc casu interest citati tertium venire et adesse judicio. Richter. *ad auth. sicut hodie c. de fidej. n.* 10. Quod si duobus esset delegata causa 52
cum clausula; *quod si ambo*; unus autem eorum non possit interesse, quaeritur, utrum alteri vices suas committere et condelegatus teneatur admittere subdelegatum? Quod possit alteri committere vices suas,

dubio omni caret, quia haec facultas ipsi a lege concessa. *l.* 5. *c. de jud. c. pastor.* 28. X. *de offic. et potest. jud. del.* Verum an teneatur alter illum subdelegatum admittere, quaeritur? Nos rejectis illis, qui pro affirmativa pugnant, negandum putamus, *per c. coram dilecto.* 34. X. *de offic. et potest. jud. del.* non enim sequitur, ille potest committere alteri vices suas, ergo alter ipsum tenetur admittere, nam ex alieno facto nullus obligatur; §. 18. *j. de inutil. stipulat.* Adhaec, clausula illa statim censetur purificata et totum jus procedendi alteri quaesitum. Magnif. dn. Rhet. *in prael. publ. ad Dessel. erotem. jur. canon. tit. de offic. jud. del. q.* 5. verba illa, *quod si ambo*, non sunt capienda, ut si talis non possit interesse neque per se neque per alium, quia id raro vel nunquam contingeret, sed ita intelligenda, ut si alter non possit interesse personaliter; verba enim in dubio intelligenda in casu contingibili, quia ad ea potius debet aptari jus, quae frequenter et facile quam quae raro contingunt *l.* 5. *ff. de ll. l.* 114. *ff. de r. j.* id autem frequenter evenit, ut delegatus impediatur ipse causam cognoscere, verum hoc raro contingit, ut delegatus neque per se, neque per alium cognoscere queat. Petr. Barbos. *ad c. all. coram dilecto. n.* 1. Vivian. *in ration. jur. pontific. ibid.* Glossa. *in c. alk* Molina *de j. et j. tom.* 6. *tract.* 5. *disp.* 24. *n.* 3. Laym. *ad c. cum olim magister.* 33. X. *de offic. jud. del.* Panormit. *ad c. all.* 34. *n.* 4. Glossa *ibid. verb. quod non intelligitur.* Si autem tribus delegatio esset facta cum clausula; *quod si non omnes his exequendis poteritis interesse, duo nihilominus eam exequantur*; unus vero ex illis commisit alteri ex sociis vices suas, et postea decessit, tertius ob suspicionem fuit rejectus, quaeritur an superstes nomine suo et condelegati sui procedere possit? Distinguendum, an hic jurisdictionem sibi a socio delegatam eo vivente coeperit, an non; priori casu vices suas et illius poterit implere, posteriori autem casu per mortem ipsius expiravit jurisdictio, quia ita negotium juxta formam praescriptam, *ut scil. duo saltem proced.* expediri non posset, invalida siquidem sunt ea, quae a delegatis fiunt non servando formam delegationis sibi commissae. Petr. Barb. *ad c. licet* 30. X. *de offic. et potest. jud. del.* Glossa. *in c. all.* Molina. *de j. et j. tom.* 6. *tractat.* 5. *disp.* 24. *n.* 3. Panormit. *ad c. all.* 30. *n.* 2.

Dictum fuit, delegatum principis posse subdelegare uni vel pluribus *c. cum te* 18. *X. de offic. et potest. jud. del.* quaeritur jam, si subdelegati in sententia ferenda discordent, quid juris? Respondeo, aut discordes sunt inter se plures, et tunc sententiae partis majoris statur; si vero duo tantum sint, qui in diversas abeunt sententias, tum neutrius sententia valet, sed ad delegantem primum recurrendum, si scil. subdelegatio simpliciter seu in totum facta fuit, *arg. c. ult. de X. sentent. et re jud.* aut vero discordant subdelegati ab uno aut altero delegato, tunc si subdelegatio in totum facta, ad delegantem primum res deferenda, si in parte, ad subdelegantem, vid. Panormit. *ad c. cum te.* 18. *all. n.* 3. Quaeritur jam an subdelegatus possit iterum subdelegare? Videtur dicendum, potestatem subdelegandi ipsi esse concessam; cum surrogatus in locum alterius per omnia sit censendus jure surrogantis. Sed contrarium verius *per c. super quaestionum* 27. §. *si vero X. de offic. jud. del.* Sebast. Vant. *de nullitate process. tit. de nullitate ex defect. jurisd. del. n.* 27. Quia non semper surrogatus loco surrogantis habendus, sed tum demum, si eodem privilegio et eadem potestate gaudeat. Certum autem est, subdelegatum delegati principis non habere privilegium subdelegandi. *c. super quaestionum all.* quod habet ipse principis delegatus; facultas enim subdelegandi est privilegium personale principis delegato specialiter concessum, quod ad alterum transferri non potest. Panormit. *ad c. all. n.* 6. tum etiam, quia privilegium non debet extendi ad casum diversum, est autem aliud subdelegare, aliud dare facultatem subdelegandi; ergo ex eo, quod prius concessum est principis delegato, non sequitur, etiam posterius concessum esse. Gloss. *in t. all. verbo, delegare.* Unde si princeps duobus committit causam Cajo et Titio cum clausula: *quod si ambo*, et contingat, Titium propter interveniens aliquod impedimentum cognitioni causae adesse non posse, sed committere eam Cajo condelegato suo, Cajus vero procedat simul ut subdelegatus sui collegae, non poterit alteri causam subdelegare, *per text. all.* quod tamen facere potuisset, si subdelegationem admittere noluisset. Ratio habetur in *textu all.* ubi dicitur, quod delegatus potest ex sola jurisdictione sibi principe delegata, illud non potest cum jurisdictione sibi a condelegato subdelegata. Molina *de j. et j. tom.* 6. *tractat.* 5. *disp.* 24. *n.* 3. Glossa *in c. all.* Sed, cum Cajus hoc casu duplici munere fungatur, ut delegatus et ut subdelegatus, videtur posse jurisdictionem in hoc casu alteri committere ut delegatus principis, et retinere ut subdelegatus. Respondeo, id fieri non posse, quia jurisdictio in unam personam translata divisioni non est obnoxia, et sic non potest una ratione transferri, et altera retineri. Laymann. *ad c. all.* 27. §. *si vero. n.* 12. Non potest tamen delegatus principis subdelegare cum clausula: *appellatione remota*, quamvis ipse fuerit ita delegatus; quia videtur illud privilegium personale, princeps enim confisus est de persona sui delegati, quod non aliter judicaturus sit quam ipse, si praesens adesset. Panormitan. *ad c. super quaestion. all.* Laymann. *ibid.* nemo enim citra principem potest tollere juris dispositionem.

Videndum nunc, an delegatus principis possit compellere subdelegatum ad suscipiendam subdelegationem? quod affirmatur *c. pastoralis.* 28. *X. de offic. et potestate jud. del.* quia delegato a principe facultas dandi judicem est a lege concessa. *l.* 5. *de judic.* alias enim jurisdictio illius nullius esset momenti, si ad compellendum contumacem coercitionem nullam haberet, *l.* 5. §. 1. *ff. de offic. ei. cui mand. c. pastoral. all.* Laymann. *ad c. si pro debilitate.* 3. *X. de offic. jud. del. n.* 1. Uti enim delegato a lege est concessa subdelegandi potestas, ita etiam ad causam suscipiendam subdelegatum compellendi, inprimis, cum delegatus vices gerat delegantis, et in causa illa superior sit omnibus illis, quorum causam susceperit terminandam. *c. sane quia.* 11. X. *d. tit.* potest cogere omnes, quos verisimiliter coegisset ipse delegans. Procedit hoc, nisi delegatus principis malitiose se exoneret, *all. cap. pastoralis.* Malitiis enim non est indulgendum *c. plerumque.* 23. *X. de rescript. l. in fundo.* 39. *ff. de reivind.* Gail. *lib.* 1. *obs.* 70. *n.* 21.

Rittershus. *in. explicat. novell. part.* 9. *c.* 9. *n.* 2. Canisius *ad cap. si pro debilitate all. n.* 5. Paul. Laymann. *ad c. pastoralis all. n.* 2. Barbosa *ad l.* 12. §. 1. *ff. de judic. n.* 403. posset enim alteri com-
76 mittere causam cum laesione litigantium; et si hoc casu velit cogere subdelegatum, juste poterit ab eo appellari; intellige, si constet de malitia, nam si de illa non constet, ipsa non praesumitur, Glossa *in cap.*
77 *all. verb. exonerare.* Barbosa. *loc. all. n.* 404. Dubia enim in meliorem partem interpretanda, *l.* 9. *ff. d. r. j. l.* 56. *ff. eod.* et de quolibet praesumendum est bonum, donec probetur contrarium. *c. un. X. de scrutin. in ord. fac.* Barbos. *ad c. all. pastoral.* Panormit. *ibid. n.* 7. Maranta. *in spec. aureo. part.* 4. *distinct.* 5. *n.* 45. Molina. *de j. et j. tract.* 4. *disput.*
78 16. *n.* 2. Quod si delegatus inidoneum subdelegaverit, an teneatur de imperitia subdelegati? Affirm.
79 *arg. l.* 30. *ff. de negot. gest.* ubi curator tenetur de negligentia subcuratoris; item si tutor mandet contutori, ut emat servum pupillo necessarium, contutor vero iste non emerit eumdem, pupillus habet actionem contra tutorem mandantem; et sic quoque tene-
80 tur mandans de delicto mandatarii. Huc facit *textus* §. *fin. j. de obligat. quae ex quasi delict.* ubi dominus de quasi delicto tenetur, quia opera malorum
81 hominum usus est, vid. *l. fin. c. de pericul. nominat.* ubi qui eligit magistratum non idoneum, tenetur ipse pro eo, Alciat. *ad rubric. de offic. ej. cui mandat. jurisdict.* Brunn. *ad l. fin. c. de pericul. nomin.*

82 Actum fuit supra, delegatum principis posse alteri committere vices suas, hinc oritur quaestio, an postquam in totum causam sibi commissam alteri de-
83 legavit, possit eam postea revocare? Dicendum videtur, posse, quia judicium solvitur vetante eo, qui
84 judicare jussit, *l.* 58. *ff. de judic.* Verum distinguendum, an is, cui commisit causam, susceperit delegationem, et ea uti coeperit, an vero adhuc res in-
85 tegra sit; priori casu, quamvis tantum citationem decreverit, seu mandatum de citando dederit, licet reus nondum sit citatus, eam revocare non valet *cap. venerabili* 37. *X. de offic. et potest. jud. del.* quia de-
86 legatus committendo vices suas, in integro functus est officio suo, et omnem jurisdictionem abdicasse censetur, *c. quamvis alicui de off. et potest. jud. del. in* 6. Adeo ut si subdelegatus mortuus sit, tamen jurisdictio non redeat ad subdelegantem, sed opus
87 sit nova delegatione principis; si vero causa nondum fuisset coepta et praeoccupata per subdelegatum, tali casu subdelegans illam sibi reassumere posset, quamvis totam causam subdelegasset, Tondut. *de praevent. p.* 2. *cap.* 3. *n.* 1. *et seqq.* Laymann. *ad c. quamvis.* 6. *d. offic. et potest. jud. del. in* 6.

88 Controvertunt dd. an si princeps alicui merum imperium delegaverit, possit illud subdelegari; non de-
89 sunt, qui affirmativam defendunt, existimantes speciale hoc esse in delegato principis, quod, cum alii magistratus, quibus merum imperium competit, illud delegare alteri nequeant, delegato tamen principis hoc concedatur, et fundant se in *l. un. c. qui pro sua*
90 *jurisdict. ibi nullo causarum habito tractatu.* Deinde dicunt, quod delegans delegando videatur omnem a se abdicasse jurisdictionem, et eam delegato obtulisse, *per l.* 1. §. 1. *ff. de offic. ej. cui mandat. jurisd.*

Verum ne sententiae horum subscribamus, movemur 91
l. 1. *ff. de offic. ej. cui mand. jurisd. l.* 70. *ff. de r. j. l.* 6. *ff. de offic. procons.* quibus in legibus dicitur, quod nemo possit potestatem sibi datam in alterum transferre, vid. Gail. *lib.* 1. *obs.* 97. *n.* 14. *ad l. unic. c. qui pro sua jurisd.* Respond. legem illam 92
non loqui, quod in potestate delegati principis sit, causas omnes alii demandandi nullo adhibito discrimine, sed velle, delegationem subsistere tantum causae illius, quae ad jurisdictionem delegantis spectat. Quod si vero a principe specialiter concessum fuerit 93
causas omnes aliis delegandi, non querendum, an causae pertineant ad jurisdictionem delegantis, cum in omnes jurisdictio, et per consequens etiam delegandi facultas ipsi competat; unde etiam judex delegatus ab eo aliis causas committere absque dubio poterit, cum ipse principem repraesentet, Fachin. *lib.* 1. *controv.* 47. Sed argumentatur contraria pars; surrogatum sapit 94
naturam ejus, cui surrogatum est §. 29. *j. de action.* ergo delegatus principis ut princeps delegans subdelegare potest. Verum hoc argumentum procedit, dum- 95
modo nulla sit differentia inter surrogantem et surrogatum, qualis hic sane maxima est, cum princeps absolutam, delegatus vero tantum limitatam ac restri- 96
ctam habeat potestatem; deinde praedicta regula surrogatorum non procedit in materia jurisdictionis, nam si hic locum haberet, delegatus ab ordinario pos- 97
set subdelegare, cum sit substitutus in locum ordinarii, quod tamen ipsi non est concessum, *l.* 5. *c. de judic. l.* 5. *ff. de jurisd.* Et hoc tam de jure civili quam canonico. Fachin. *l.* 12. *controv.* 97. Idem *lib.* 9. *controv.* 99. Covarruv. *tom.* 2. *variar. resolut. lib.* 4. *c.* 20. *n.* 10. Matth. Stephan. *tract. de jurisd. c.* 18. *n.* 58. *et seqq.* Menoch. *a. j. qu.* 54. Obrecht. *de jurisd. c.* 5. Scipio Gentilis *de jurisdict. lib.* 3. *c.* 29. Zoes. *ad tit. ff. de jurisd. n.* 58. *et seqq.* Matth. Stephani *dict. tract. lib.* 1. *c.* 18. *n.* 68. Bachov. *ad primam part. ff. lib.* 2. *tit. de mero imper. n.* 6. Vinnius *de jurisd. c.* 9. Hugo Donellus. *lib.* 17. *c.* 8. *lit. n. n. n. circa fin.* Ruland. *de commissar. lib.* 3. *c.* 5. *et seqq.* Dn. Ziegler. *ad Lancellot. lib.* 3. *tit.* 1. §. 12. Hodierna sane consuetudine dubitandum non videtur, 98
quin delegatus principis causas meri imperii et criminalis jurisdictionis aeque ac causas civiles subdelegare queat. Brunnem. *ad l. un. c. qui pro sua jurisd.* Molina *de just. et jur. tract.* 5. *disp.* 17. *n.* 3. Perez. *ad c. d. tit. n.* 7. Coppen. *lib.* 2. *observ. pract.* 120. *n.* 5. Menoch. *a. j. q.* 54. *n.* 17. *et seqq.* Zoes. *ad tit. ff. de jurisdict. n.* 53. Obrecht. *de jurisd. c.* 5. *n.* 29. Sutholt. *de jurisd. n.* 368. Bachov. *ad prim. part. ff. tit. de imper. mer. n.* 4. *et* 5. Emericus a Rosbach. *process. civil. tit.* 2. *n.* 32. Wesenbec. *in paratit. ff. tit. de offic. ej. cui mand. jurisd. n.* 4. *et tit. de jurisd. n.* 1. sed licet ex communi doctorum 99
opinione verum sit, merum imperium non posse subdelegari alteri, petitur tamen exceptionem *in l.* 1. *ff. de offic. ej. cui mandat. jurisd.* scilicet in casu justae et necessariae absentiae, ubi Papinianus ita scribit: *et ideo videntur errare magistratus, qui cum publici judicii habeant exercitionem, lege vel scto delegatam (veluti lege jul. de adulteriis, et si quae sunt aliae similes) jurisdictionem suam mandant. Cujus rei fortissimum argumentum, quod l. jul. de vi nominatim cavetur, ut is cui obtigerit exercitio possit*

100 *eam, si proficiscatur, mandare etc.* Ratio autem hujus exceptionis in eo consistit, quia necessaria absentia impeditur delegatus a principe ipsemet exercere imperium merum, atque ita in facinorosos inquirere et animadvertere, reipubl. autem interest summopere, inquisitionem et animadversionem non impedire nec
101 differri. Idem communiter statuitur obtinere in casu infirmitatis, quae talis est, ut prohibeat fungi officio ob paritatem rationis, et quia aequiparatur absentiae *l.* 18. *pr. ff. de judic. l.* 6. *ff. de procurat. l.* 15. *ff. de recept. arbitr. c. si pro debilitate.* 3. *x. de offic. et potest. jud. del.* Struv. *exercit.* 4. *th.* 40. Hahn. *ad*
102 Wesemb. *tit. de offic. ej. cui mandat. est. n.* 4. Verum contrarium apparet *in l.* 2. §. 7. *ff. de vacat. et excusat. myner.* ubi dicitur; *corporis debilitas eorum munerum excusationem praestat, quae tantum corpore implenda sunt: caeterum quae consilio prudentis viri vel patrimonio sufficientis in homines obiri possunt, nisi certis et receptis probabilibus*
103 *causis non remittuntur.* Unde colligitur, non eamdem esse rationem absentiae et infirmitatis sive morbi, utpote cum ad executionem meri imperii non tam labor et vigor corporis, quam animi integritas desideretur, idcirco cum in aegrotis hoc non semper soleat deesse, non puto, corporis infirmitatem causam sufficientem et idoneam esse meri imperii delegandi;
104 nec obstat, quod si ex causa infirmitatis non permittatur merum imperium delegari, executiones poenarum essent differendae, quod tamen non semper tu-
105 tum; resp. non esse necesse, ut executio poenarum
106 ideo protrahatur; tum, quia merum imperium etiam ab eo potest exerceri, qui adversa valetudine laborat, ut quod non corporis vires, sed animi desiderat vi-
107 gorem, tum etiam, quia si et animi infirmitate laboret, ut non possit fungi officio suo delegatus, tamen in locum infirmi, si poenarum executiones dilationem longiorem non patiantur, alius a principe substituendus erit, *arg. l.* 18. *pr. de judic.* Id, quod criminal. constitut. *artic.* 2. his verbis affirmat: *So offt das geschicht, soll. derselbe oder dieselbige andere tüchtige Personen zu Besetzung der peinlichen Huls Gerichte an ihre stott ordnen und bestellen, jedoch mit Wissen und Zulassung des Ober-Richters,* Matth. Stephan. *de jurisd. lib.* 1. *c.* 18. *n.* 35. *et seqq.* Ba-
108 chov. *ad prim. part. ff. lib.* 2. *pag.* 368. Sed tamen postea moribus hoc extensum est etiam ad casum infirmae valetudinis; et hos duos casus hodie observari, vult Hahn. ad Wesenbec. *tit. de offic. ej. cui man-*
109 *dat. n.* 4. Verum ob qualecumque impedimentum delegationem admitti probat generalis clausula in constitut. criminal. *artic.* 2. *Leibes, jugend, Alter, und andern Ungeschicklichkeiten.* Du. Praeses *in notat. ad Strauchii dissert.* 20. *aph.* 9.

110 Quaeritur jam, utrum judex a principe datus sive delegatus possit exequi sententiam suam? De jure canon. dubium recipit nullum siquidem affirmativa patet expresse ex *cap. quaerenti.* 26. *et cap. significasti.* 7. X. *de offic. et potestat. jud. del.* Christin. *vol.*
111 2. *dec.* 101. *n.* 11. Laymann. *ad cap. all.* De jure tantum civili quaeritur, an possit, quod etiam affir-
112 mandum censeo; si enim, potest executioni dare sententiam judicis, quem ipse dedit, *l.* 15. *pr. ff.*
113 *de re judic.* multo magis poterit sententiam a se latam exequi; deinde, quia judex delegatus a principe non solum notionem habet, sed et jurisdictionem cum imperio, *l.* 5. *c. de judic. l. un. c. qui pro sua jurisd.* Atqui omnis, qui jurisdictionem habet et imperium, is quoque exequi potest sententiam a se latam, cum imperium consistat in executione, *l.* 3. *ff. de jurisd.* Rosb. *in proc. civil. tit.* 5. *n.* 24. Menoch. *a. j. q.* 74. Brunn. *in process. civil. c.* 29. *n.* 8. Sutholt. *de jurisd. n.* 360. Du. Ziegl. *ad Lancellot. lib.* 3. *tit.* 16. §. 2. Maranta *in spec. aureo p.* 4. *distinct.* 5. *n.* 45. Molina *de j. et j. tract.* 5. *disp.* 26. *n.* 4. Perez. *ad tit. c. de executione rei jud. n.* 3. Tholosan. *syntagm. jur. pontif. lib.* 5. *tit.* 5. *c.* 7. Chilian. König. *in process. tit. de delegat. pag.* 89. Matth. Stephan. *de jurisd. lib.* 1. *c.* 16 *n.* 42. Obstare videtur. *novell.* 53. *c.* 4. ubi Justinianus disse- 114
rens tam de judice dato a magistratu quam a principe, ait, referre debere ad eum qui dedit, unde consequens est, datum a principe seu delegatum referre debere ad principem. Resp. Per eum qui datus est a 115
judice ex sacra forma aut jussione, non intelligendum esse datum a principe, sed datum a delegato principis; per datum ab administratore intelligendum datum ad magistratu; sicut enim judex a magistratu datus, non potest exequi sententiam, quia non habet jurisdictionem, ita quoque nec datus a principis delegato, sed ut ille ad magistratum recurrit, ab eoque sententiae executionem petit, ita quoque et datus a principis delegato ad delegatum principis. Su- 116
perius dicta adeo vera sunt, ut usque ad integrum annum jurisdictionem sibi commissam ad exequendam sententiam exercere possit. *cap. quaerenti* 26. X. *de offic. jud. del.* Distinguit tamen hic Glossa *in* 117
c. alleg. aut sententia nondum lata a delegato, aut jam lata ab eo, sed nondum executioni mandata, aut vero et lata et executioni mandata, priori casu 118
jurisdictio ejus semper durat, quia rescripta sunt perpetua, nisi revocentur, *cap. si autem.* 9. X. *de rescript.* Secundo casu conceditur illi annus integer 119
ad exequendam sententiam a se latam, posteriori autem casu jurisdictio ejus exspirat. *cap. in literis.* 9. *x. de offic. jud. del.* Videtur tamen etiam post an- 120
num executioni posse dare sententiam suam, quia judex semper eam tueri debet *l.* 1. *ff. ne vis fiat ei qui in possess. miss.* Nam judex etiam ad futurum 121
tempus prospicit partibus *l.* 7. *et* 12. *ff. si servit. vindic.* sed respondeo; leges illas loqui de judicibus 122
ordinariis, quibus semper sententias suas, exequendi concessa est potestas, ob jurisdictionem perpetuam quam habent, delegati vero hac potestate carent, utpote quorum jurisdictio non est perpetua, sed intra certas temporis metas posita Glossa *ad cap. quaerenti* 26. *x. de offic. deleg.* Quod si ipse nolit 123
sententiam suam executioni mandare, potest illam judici ordinario committere *c. pastoralis* 28. §. *quia vero x. de offic. jud. deleg.* Quia delegatus in causa sibi commissa habet jurisdictionem super ordinariam *c. sane quia* 11. *eodem* Coppen. *obs. pract. lib.* 2. *obs.* 120. *n.* 4. Chilianus König. *in process. pag.* 89. Layman. *ad c. significasti x. de tit. n.* 1. Dubium 124
movet *capit. in literis* 9. *x. de offic. jud. deleg.* ubi dicitur, si delegatus executionem sententiae alteri mandavit, censetur functus officio suo, et jurisdictionem a se abdicasse. Sed respondetur; delegatum 125
nullatenus abdicasse jurisdictionem, quia ordinarium

non constituit subdelegatum, sed solum ministrum ac veluti officialem suum. Hinc si nolit exequi, compelli ad id potest, *c. significasti 7. x. d. l.* Tholo-
126 san. *syntagm. jur. pontific. lib. 5. tit. 5. c. 6.* etiamsi iniquitas sententiae esset ordinario nota, *cap. all. pastoralis. §. all.* non enim cognitio, sed tantum executio per delegatum in tali casu ordinario demandatur.
127 Non obstat quod judex, qui injustum aliquid novit, neque illi resisti, contra conscientiam agat. dn Ziegler *lib. 3. ad Lancell. tit. 16. n. 4.* Layman. *theo-*
128 *logia morali lib. 3. tract. 6. c. 2. n. 12.* Respondeo, appellationis remedium tali in casu superesse parti laesae ad superiorem judicem. vid. *disput.* illustr. dn. Baron. de Frisen *de jure principis extra territorium habita sub nostro* dn. praeside *c. 4. n. 40. et seqq.*
129 Si enim executori concessa esset facultas denegandi executionem sibi impositam, saepe diceret, se habere conscientiam in contrarium, et sic ordo judicialis perverteretur, et nullus esset litium finis; cum vero in tali casu ordinarius sit merus executor, non debet exceptiones admittere. Glossa *in cap. all. vers. et si sciat.* Scaccia. *de appellat. quaest. 6. limit. 10. n. 45.* vid. Hugo Grot. *de j. b. et p. lib. 2. c. 26.*
130 *n. 4.* Si vero ipsi de nullitate sententiae constaret, vel quod essetlata sententia auctoritate falsarum literarum, aut quod delegatus non habuerit jurisdictionem, et ista objicerentur coram tali executore, ipse deberet ab executione desistere, donec ad superiorem negotium referretur. *c. si quando 8. x. de offic. et potestat. jud. del. l. 42. c. de transact. l. 75. ff. de judic. c. de caetero. 5. x. de transact.* Dn. Ziegl.
131 *ad Lancellott. lib. 3. tit. 16. §. 4.* modo non malitiose et calumniose talis objectio proponatur. *l. 2. c. ad l. cornel. de fals.* Vivian. *in ratiou. jur. pontificii ad c. pastoralis. 28. §. quia x- de offic. jud. del.* Alciat. *ad rubr. de offic. ej cui mandat.* Laymann.
132 *ad c. all. 28. §. quia vero n. 7.* Quid si tunc princeps eamdem sententiam injustam exequi jusserit? Sic puto ipsi obediendum esse; nam jussa principum recusare est caeteris rebellandi occasionem praebere; siquidem rebellionis species est, denegare quae imperantur. *r. a. de anno 1541. §. Wurde sie aber jemand.* Gail.
133 *lib. 1. obs. 17. n. 6.* Deinde neque difficultate caret illud, quid vere injustum sit, dignosc re, cum pro principis aequitate potius quam contra illam praesumendum, et subditus non potest judicare de iis, quae princeps jussit, quia facultas judicandi repugnat obedientiae, neque etiam: si quid peccetur hic, ille peccat peccato proprio, sed alieno, h. e. non subditus adeo, quam princeps in subdito. Unde tutius semper rei faciendae se accomodare quam in obedientia sua, et aliis offendiculo et publico molestiae
134 esse excell. dn. Becman. *in meditat. polit. c. 13.* Nisi quid mandaverit contra Dei et naturae leges, quo ca-
135 su juxta Apostoli effatum *actor. 5. v. 29.* Deo magis obediendum quam hominibus. Dn. Ziegl. *ad Lancellott. lib. 3. tit. 16. n. 4.* Quamvis multa sint, quae princeps vi summae potestatis et jure superioritatis concedit; cum tamen omne regnum sit sub eminentiori regno, h. e. ipsum Deum pro re longe superiori agnoscere debeat, haec plenitudo potestatis non extenditur ad ea, quae laedunt pietatem, justitiam et bonos mores, haec enim ne quidem a nobis fieri posse existimanda sunt. *l. 20. ff. de cond. inst.* v.
exc. d. Becm. *in med. pol. c. 19. th. 3.* Male proin- 136
de sentiunt isti, qui summum principem de plenitudine potestatis posse statuere contra jus divinum
dicunt. Inde sane impura ac scorto famoso magis 137
quam Augusta digna vox Juliae ad privignum Antonium Caracallam: si libet, licet. Detestanda quoque illorum 138
judicum vox ad Cambysem: nullam se invenire legem, quae sinat fratri nubere sororem, sed aliam,
qua regi Persarum facere licere quicquid libet. Rex 139
utique erat David, nullis ipse legibus tenebatur, quia liberi sunt reges a vinculis legum, tuti imperii potestate, sed quamvis totus imperio, devotione tamen et fide erat Deo subditus, et legi ejus subjectum se agnoscens peccata negare non poterat 2. *Samuel. 12. v. 13. Deuteron. 17 v. 19. Josuae. c. 1. v. 8.* Atque 140
hoc sensu verum est, quod Riminaldus junior. *vol. 1. consil. 5. n. 229.* ait: potestas absoluta verius diabolica dici potest, quia procedit a potestate injuriosa, estque contra legem divinam, naturalem civilem ac canonicam. Ideo, quia illa utuntur ineffrenata dominatione, nec non et consultores eorum, qui haec suggerunt, et actus eorum diabolici sunt, quos nisi resipuerint, infernus possidebit, ubi est fletus et stridor dentium.

Quaeritur an delegatus principis habeat facultatem 141
animadvertendi et poenas imponendi? quod puto; nam 142
alioquin frustranea et inefficax esset jurisdictio ejus; et hic de partibus litigantibus nullum subest dubium, utpote contra quas jurisdictio delegata est. Sed tantum 143
quaeritur de aliis personis; v. g. si constet, testem falsum dixisse testimonium coram delegato, utrum animadvertere in eum possit, an vero ad delegantem principem remittere debeat? Respondent quidam, quod si per hoc, 144
quod testis falsa protulit in judicio, jurisdictio ejus impediatur aut retardetur, delegatus poenas sumere de eo licite potest, alias hoc ipsi non esset permissum, cum in eum jurisdictionem directe non acceperit, sed solum per consequentiam, quatenus ea necessaria ad causae expeditionem, Panormit. *ad c. praeterea. 4. n. 4. X. de offic. et potest. jud. del.* Felin. *ad c. 1. n. 15. eod.* Glossa *in l. quaesitum. 13. ff. de testibus.* Verius ta- 145
men arbitror, quod testis falsum deponens regulariter puniri possit a judice delegato; quia, nisi tali pote- 146
state gauderet, non timeretur, sed potius eluderetur *arg. l. 14. c. de testib.* Concesso enim uno censentur concessa omnia alia, sine quibus illud expediri non possit *c. prudentiam. 21. §. sexta. in fin. X. de offic. et potest. jud. del.* Fachin. *lib. 9. controvers. 26.* Quid 147
si vero collega delegati principis jurisdictionem ipsius impediret, an posset illum coercere? putat non posse Aug. Barbosa *ad c. 1. X. de offic. jud. del. n. 7.* quia 148
par in parem non habet imperium, *c. innotuit.. 20. X. de elect l. 13. §. 4. ff. ad sctum trebell.* Matth. Steph. *de jurisd. lib. 1. c. 17. n. 3.* Valerus *in different. utriusque fori tit. de jurisd. n. 1.* Nisi dele- 149
gatio esset facta cum clausula *si non omnes; vel. quod si ambo*; quo casu poterit unus alterum impedientem coercere, quia tum non consideratur ut persona habens jurisdictionem, sed ut persona privata. Barbosa *ibid.* Felin. *ad cap. all. n. 14. in fin.* Menoch. *a. j. q. quaest 298. n. 13.* Dn. Ziegel. *ad Lancellot. lib. 3. tit. 1. §. 15.*

CAPUT IV.

De processu coram delegato principis.

SUMMARIA

Connexio. n. 1.
Citatio est fundamentum omnis judicii. n. 2.
An citatio possit omitti? n. 3. et seq.
Delegatus principis citare potest. n. 6. et seq.
An teneatur delegatus principis copiam mandati inserere citationi? n. 9. et seq.
Originale commissionis cum citatione transmittere non habet necessum. n. 15. et seq.
Citatus debet comparere coram judice etiam incompetente. n. 17.
Cum protestatione tamen. n. 1
Inter delegatos plures an sit praeventioni locus? n. 19. et seqq.
Si ex pluribus delegatis in solidum unus negotium inchoaverit, perpetuata est jurisdictio etiam quoad alios. n 23. et seq.
Inter modos praeventionis praecipuus est citatio. n. 25. et seqq.
Quid juris, si diversae delegationes impetrentur sub eodem die una ab actore altera a reo? n. 29. seq.
Quando locum non habeat praeventio? n. 32.
Si ex delegatis cum clausula: quod si non omnes: *unus vellet procedere, pars vero litigans protestaretur, ut ambo procedant, non est locus praeventioni. n. 33. et seqq.*
An possit coram delegato principis institui reconventio? n. 35. et seq.
Quando reconventio instituenda? n. 39. et seq.
Quid de jure saxon.? n. 45.
An possit peti restitutio in integrum coram delegato principis? n. 46. et seq.
Restitutio in integrum est mixti imperii n. 48. et seq.
An possit restituere contra sententiam propriam. n. 52. et seq.
A delegato principis ad quem appellandum? n. 59. et seqq.
Ad quem a subdelegato delegati principis? n. 66. et seqq.
Limitat. n. 68. et seq.
Num possit delegata jurisdictio prorogari?

1 Expositis iis, quae circa personas delegantes et delegatas consideranda erant, nunc paucis tradendum, 2 quae circa judicia ipsis sint concessa. Cum autem omnium judiciorum instituendorum principium et fundamentum sit citatio §. *fin. j. de poen. temere litigant.* Wames. *de jur pontific. tom. 1. consil. 89. n. 4.* Gail. *l. 1. obs. 1.* Emer. a Rosb. *process. civil. tit. 22. n. 42.* Carpzov. *process. tit. 1. art. 2. n. 1.* Hillig. *ad Donell. l. 23. c. 2. lit. a.* Mynsing. *cent. 6. obs. 6. n. 2.* Barbosa *ad l. 7. ff. de judic. n. 26.* sine qua omnia viribus suis carent, et quae adeo necessaria est, ut neque ab imperatore neque a papa ex plenitudine potestatis 3 intermitti, Umm. in process. *disp. 5. th. 40.* Rittershus. *in explicat. novell. part. 9. c. 11. n. 4.* 4 Strauch. *dissert. 24. aph. 2.* neque per consuetudinem et statutum tolli possit, *clem. pastoralis. 2. §. caeterum. c. inter quatuor 8. X. de major. et obed. l. ult. c. si per vim vel alio modo.* quia est juris naturalis, quippe ad defensionem pertinens. Blum. *in process. cameral. tit. 65. n. 1. et seq.* Umm. *process. disput. 5. th. 8.* Gail. *lib. 1. o. 46. n. ult.* Rittershus. *ad novell. dict. loc.* Matth. Stephani *de jurisdict. lib. 2. p. 1. c. 7. m. 1. n. 321.* Schneidew. *in comment. ad instit. tit. de Roen. tem. litigant. n. 5.* Bald. *in l. 8. c. de execut. rei. jud. n. 34.* Rosbach. *cit. loc. n. 43.* Dn. Ziegl. *ad Lancellot. lib. 3. tit. 5. n. 2.* Zoes. *ad tit. ff. de in jus. voc. n. 20.* Wurms. *tit. 6. obs. 10.* 6 Imo ut nec tunc quidem sustineatur sententia, si in favorem absentis non citati lata sit, Zoes. *all. loc. n. 21.* Struv. *exercit. 5. th. 10.* Sebast. Vant. *de nullitate process. tit. de nullitat. sentent. ex defectu. citat. n. 10.* Hinc quaeritur, an delegatus principis ci- 7 tare possit? Quod affirmatur *auth. quod semel. c. quomodo et quando judex c. praeterea 5. X. de offic. et potestat. jud. delegat.* Strauch. *dissert. ad univers. jus Justinian. dissert. 24. aph. 2.* Nam cum jurisdi- 8 ctionem mandatam absque citatione exequi nequeat, consentaneum omnino est, quod data jurisdictione delegata etiam citandi seu vocandi in jus facultas data sit, *l. 2. ff. de jurisd.* concesso enim uno, expresse videntur concessa omnia reliqua, sine quibus concessio esset nulla, Ayrer. *process. jur. part. 1. c. 3. obs. 3. n. 16. et 17.* Verum an copia mandati sive com- 9 missionis citationi inseri debeat, disputatur; quidam negant transmissionem, sed sufficere dicunt, in citatione asserere delegationem sibi esse factam et post comparationem ostendere delegationem, petentique recripti ejus dare copiam. Bachov. ad Treutl. *vol. 1. disp. 4. th. 5. lit. a.* Gravaeus *conclus. 48. consid.* 10 3. Quidam hac distinctione utuntur, et dicunt, aut agitur de gravissimo praejudicio, et non esse parendum asserenti se delegatum esse, nisi prius plena 11 fides de ipsa delegatione existat; aut tractatur de gravi praejudicio, e. g si citatus valde remotus; et nondum putant cogi posse citatum ad comparendum ex simplici confessione ejus, sed debere cum inserto re- 12 scripti tenore citari. Aut denique de praejudicio aliquo levi tractatur, ut quia citatus in eodem loco cum citante, vel modicum distat ab eo, et tunc dicendum, quod non sit necesse, citationi addere tenorem rescripti, quoad effectum compellendi citatum ad sistendum se coram delegato. Maranta *in specul. aureo part. 4.* 13 *dist. 5. n. 60.* Verum affirmativam tutiorem esse puto, cum pro ista textus juris canon. pugnent, veluti *cap. praeterea. 2. X. de offic. et potest. jud. delegat.* 14 quo excludantur dilationes deliberatoriae. Nihil enim facere delegatus potest, nisi prius de delegatione doceat, nec prius est tamquam delegatus recipiendus et tractandus, Brunn. *in process. civil. c. 3. n. 11.* Ayrer. *process. part. 1. c. 3. observ. 3. n. 19.* Gail. *lib. 1. obs. 48. n. 17. et seqq.* Rosbach. *in process. civil. tit. 5. n. 21.* Mynsing. *cent. 3. obs. 1. n. 4.* Bachov. ad Treutl. *vol. 1. disput. 4. th. 5. lit. a.* Hillig. *lib. 17. c. 5. lit. eee.* Alciatus *ad rubr. de offic. ej. cui mand.* Maceraten. *lib. 1. variar. resolut. 16. n. 1.* Afflict. *de-*

cis. 297. *n.* 3. Bartol. *in auth. qui semel. c. quomodo et quando judex et in l.* 2. *ff. si quis in jus. voc.* Rutger. Ruland. *de commissariis lib.* 5. *c.* 3. *n.* 7.

15 Dn. Ziegl. *ad Lancellott. lib.* 3. *tit.* 5. §. 9. Ut autem originale commissionis cum citatione transmittatur necessum non est, nisi forte reus, qui in judicio se stistit, originale exhibere petierit, quo casu illud proferre tenetur, et plenam fidem habeat de jurisdictione delegata, priusquam litem contestetur, et sic explicanda *auth. qui semel, in verbis: adversario cognitis. c praeterea.* 2. X. *de dilat. c. prudentiam.* 21. X. *de*

16 *offic. et potest. jud. delegat.* Unde dicendum, copiam sufficere ad hoc, ut citatus comparere teneatur, non etiam, ut postquam comparuit coram delegato, respondere cogatur originali non viso Mynsing. *cent.* 3. *obs.* 1. *n.* 6. Bacov. *ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 4. *th.* 5. *lit.*

17 *a.* Dn. Ziegl. *ad Lancellott. lib.* 3. *tit.* 5. §. 9. Cum et alias citatus teneatur, honoris ergo comparere, licet ipsi de competentia judicis exacte non constet. *l.* 2. *ff. si quis in jus voc. non ierit.* Barbos. *ad c. cum in jure* 21. X. *de offic. et potestat. jud. del.* Rosbach. *in process. civil. tit.* 22. *n.* 18. Gail. *lib.* 1. *obs.* 48. *n.* 8. Mynsing. *cent.* 6. *obs.* 7. *n.* 2. dn. Ziegl. *ad Lancellot. lib.* 3. *tit.* 5. §. 4. Hillig. *ad Donell. lib.* 23. *c.* 10. *lit. E.* Klock. *vol.* 1. *consil.* 14. *n.* 128. Christin. *vol.* 1. *dec.* 53. *n.* 8. *et seqq.* Salgado *in labyrintho credit. lib.* 1. *c.* 7. *n.* 71. Struv. *exercit.* 5. *th.* 14. Busius *in l. fin. de*

18 *jurisd.* Cum protestatione tamen de non intromittendo se, nisi quatenus et in quantum de jure necessum sit, Franzk. *ad ff. tit. in jus voc. ut eant. n.* 4. Spekhan. *cent.* 2. *class.* 4. *quaest.* 1. Rittershusius *ad novell. part.* 9. *c.* 11. *n.* 26. Brunn. *ad l.* 2. *ff. si quis in jus vocat.* quae cautela practicorum esse solet.

19 Cum autem plures constitui soleant delegati, quaeritur, an inter eos sit locus praeventioni? Respondeo, hoc in casu formam commissionis esse inspicien-

20 dam: si enim plures delegati fuerint cum clausula: *quod si non omnes*; non habet locum praeventio inter eos, quia unus non potest procedere, nisi recusatus fuerit, vel aliud aliquod impedimentum acces-

21 serit; sed si commissio pluribus in solidum sit facta, addita clausula: *vobis vel cuilibet vestrum;* aut similibus verbis, tunc melior conditio erit occupantis, et alii, qui non praevenerunt, excluduntur; nisi prae-

22 veniens propter legitima impedimenta abesse cogatur, *c. cum plures* 8. *de offic. jud. del.* 6. aut etiam malitiose differat. Layman. *ad c. alleg.* Covarruv. *practic. quaest. c.* 26. *n.* 5. *vers. secundo est animadvertendum.* vid. Barbos. *in tractat. de clausul. c.* 125. *per tot.*

23 Quod si vero ex pluribus delegatis in solidum unus negotium inchoavit, censetur perpetuata jurisdictio etiam quoad alios, ita, ut si delegans moriatur, itemque delegatus, qui causam praeoccupavit, reliqui de-

24 legati eamdem finire possint; quia ab initio judices dati sunt cum quadam communione, ut non solum conjunctim procedere queant, sed etiam divisim, et ita quidem, ut si is, qui praeoccupavit, impeditus sit, vel longe abeat, vel moriatur, alter in ejus locum succedat et negotio finem imponat. Layman. *ad*

25 *c. cum plures* 8. *de offic. et potest. jud. delegat.* 6. Inter modos autem praeventionis praecipuus est citatio,

26 Schrad. *tract. feud. part.* 10. *sect.* 1. *n.* 203. Per hanc enim solam, si modo legitime facta fuerit, utut lis non contestata, judicium dicitur coeptum *l.* 7. *ff. de jud. c. proposuisti.* 19. X. *de foro competent.* Matth. Stephan. *de jurisdict. lib.* 1. *c.* 26. *n.* 20. Marant. *in specul. aur. part.* 4. *dist.* 6. *n.* 20. Rittershus. *in explicat. novell. part.* 9. *c.* 11. *n.* 27. Matth. de Afflict. *de* 27 *cis.* 369. *n.* 16. et ideo, si non obstante praeventione condelegatus vellet in causa procedere, contra eum excipi posset de defectu jurisdictionis, non per modum incompetentiae, sed per modum praeventionis, cum exceptio sit declinatoria, Gail. *lib.* 1. *obs.* 29. *n.* 5. *et* 6. Dn. Ziegler. *ad Lancellot. lib.* 3. *tit.* 5. §. 4. Bartol. *in l.* 33. *ff. de legat.* 1. ubi dicit quod si tractetur de praeoccupatione exercitii jurisdictionis, dicitur facta praeoccupatio per solam citationem, si vero tractetur de praeoccupatione in ordine procedendi, ille dicitur praeoccupare, qui primus libellum dedit *l.* 13. *ff. de judic.* vid. Mascard. *de probat. conclus.* 1232. *vers. praeventio. n.* 6. Gratian. *discept. forens. c.* 389. *n.* 12. Rosbach. *in process. civil. tit.* 22. *n.* 44. Dn. Ziegler. *ad Lancellott. loco allegat.* Barbosa *ad l.* 7. *ff. de judic. n.* 26. Hinc si quis per unum ex 28 tribus delegatis datis in solidum in judicium venire, et certo die coram ipso vel ejus collega praesentem se sistere jussus fuerit, non potest cogi, ut compareat, unde etiam processus coram ipso collega factus nullitate laborat. Petr. Franc. de Tondut. Sanleger. *de praevent. p.* 1. *c.* 1. *n.* 9. Quod si diversae delegatio- 29 nes impetrentur sub eodem die et dato, una ab actore, altera a reo, neuter delegatus procedere potest, sed ad evitandam obscuritatem princeps consulendus. Fallit tamen hoc, si uni ex duobus delegatis fuisset prius 30 oblata delegatio, et delegans esset mortuus, quia ita res non esset amplius integra quoad alium delegatum; is vero, qui vivo delegante citationem emiserit, solus uti jurisdictione delegata poterit; cum enim hic solus 31 jurisdictionem exercere coeperit, solus etiam de causa cognoscere mortuo delegante valebit, et ita solus censebitur praevenisse et exclusisse alterum condelegatum. Tondut. *de praevent. part.* 1. *c.* 12. *n.* 1. *et* 2. locum ta- 32 men non habet praeventio inter plures judices jurisdictionem conjunctim habentes, quia unus sine altero nihil agere potest. Tondutus *d. tract. part. l. c.* 1. *n.* 3. Quaeritur autem, si delegationi adjecta fuerit clausula, 33 *quod si non omnes*, et antequam delegatus unus coepisset uti delegatione sua, altera pars protestata fuerit, ut ambo procedant, an erit locus praeventioni? negandum puto, quia protestatio conservat jus protestantis, et collocat cuique jus suum in tuto *l.* 4. §. 1. *ff. quibus mod. pign. vel hypothec.* Augustin. Barbosa *lib.* 14. *c.* 103. *axiom.* 3. et si facta hujusmodi pro- 34 testatione procederetur coram uno tantum, processus vitio nullitatis laboraret Tondut. *d. l. n.* 9.

De reconventione quaeritur, an possit haec coram 35 delegato principis institui? quod extra omne dubium affirmandum censeo per *cap. ex literis.* 1. *de mutuis pet.* Richter. *ad authent. Et consequenter. c. de sentent. et interlocut. n.* 21. cum hic favor non tantum actoris, sed et rei vertatur. Rei, ne actor, qui vult 36 sibi reddi jus coram uno judice, dedignari possit eumdem habere contra se in causa reconventionis *l.* 14. *c. de sentent. et interlocut.* Actoris, ne in diversis instantiis et coram diversis judicibus perturbetur *c. dispendia* 3. *de rescript.* 6. *auth. consequenter. c. tit. all.* nemini autem concessum beneficium a

jure auferendum. *c. indultum.* 17. *de r. j. in 6to.* Sichard. *ad l. all.* 14. *c. n.* 6. *et* 7. Rosbach. *in process. civil. tit.* 44. *n.* 5. Hillig. *ad donell. lib.* 17. *c.* 18. *lit. m.* Brunnemann. *in process. civil. c.* 10. *n.* 5. Gail. *lib.* 1. *obs.* 35. Perez. *ad tit. c. de sentent. et interloc. n.* 18. vid. *vol.* 1. *disp.* dn. Praesid. *disp.* 13. *n.* 16. Dn. Ziegl. *ad Lancellot. lib.* 3. *t.* 9. §. 2. Menoch. *a. j. q. lib.* 1. *quaest.* 44. Strauch. *dissert.* 24. *aph.* 21. Richter. *ad auth. all.* Unm. *in process. disp.* 10. *th.*
37 13. *n.* 11. Rittershus. *ad novell. part.* 9. *c.* 17. *n.* 8. Distinguendum tamen, utrum ad totam causam, an vero ad certum aliquem articulum delegatio sit facta; posteriori casu reconventioni non erit locus, priori vero casu non aliter, quam si delegatus fuerit impetratus ad instantiam unius partis tantum, puta actoris, dn. Ziegl. *ad Lancellott. lib.* 3. *tit.* 9. §. 2. Menoch. *a. j. q. lib.* 1. *quaest.* 44. Sichard. *ad l.* 14. *c. de*
38 *sentent. et interlocut. n.* 8. secus, si delegatus fuisset electus utriusque partis consensu vel motu proprio principis, quia tunc cessaret ratio *d. l.* 14 *cum Papianus cod.* scil. quod actor, qui impetravit judicem pro se, non debeat dedignari eumdem habere contra se, Brunn. *ad l. all.* 14. Maranta *in speculo aureo. de appellat. n.* 13. Barbosa *ad c. all.* 1. *x. de mut. pet. n.* 5. Wurmser. *lib.* 1. *tit.* 12. *obs.* 3. Sichard. *ad l.* 4. *c. de sentent. et interlocut. n.* 8. Trentacinq. *resolut.* 1. *n.* 46. *et seqq.* Donellus Enucleat. *lib.* 17. *c.* 18. *lit. m.* Berlich. *concl.* 22. *n.* 39. Jason. *in l.* 3. *ff. quod*
39 *quisque jur. in alt.* Reconventio tamen haec an instituenda in principio litis, an vero postea pugna est
40 inter dd. sunt, qui dicunt reconventionem etiam in quavis parte, imo usque ad conclusionem in causa judicii adhuc durantis locum habere *per c. dispendia.* §. *reus de rescript.* 6. ubi dicitur: reus quoque, si eodem durante judicio actorem sibi obnoxium dixerit, reconventionis beneficio vel conventionis de jure suo debet apud eosdem judices experiri; dicunt ista verba *durante judicio*, idem denotare ac quousque conclusum est in causa, quia tunc tantum dicitur ju-
41 dicium, dum negotium discutitur, *c. forus.* 10. *x. de v. s.* cum non sit de essentia reconventionis, ut simultaneo processu cum conventione terminetur, quippe una causa citius terminari potest altera, ut necesse non sit, ad tempus litis contestatae adstringi reconvenientem. Bachov. *ad treutl. vol.* 1. *disp.* 25. *th.* 13. *lit. c.* Dn. Ziegler. *ad Lancellott. lib.* 3. *tit.* 9. §.
42 1. Glossa *ad cap. ex literis. x. de mut. petit.* Verius tamen est, ut reconventio vel ante litem contestatam, vel in ipsa litis contestatione aut illico post eam instituatur. *clem. saepe.* 2. §. *verum de v. s.* Richter. *ad auth. et consequenter. num.* 27. Carpzov. *part.* 1.
43 *constit.* 7. *def.* 1. *et* 2. Unde si post negativam responsionem rei factam, id est, post litem contestatam immediate proponatur reconventio, valet quidem reconventio ad effectum, ut actor teneatur comparere in judicio coram delegato, quem ipse elegit; non vero ad effectum, ut delegatus debeat in utraque causa pari passu procedere; quia iniquum foret, actoris causam jam instructam et ad finem pene perductam differri ex causa reconventionis, *clem. saepe.* 2. *de v. s.* Emericus a Rosbach. *in process. civil. tit.* 46. *n.* 19. Zoes. *ad tit. ff. de re judic. n.* 44. neque est in-
44 conveniens; cum non omnis reconventio privilegium hoc habeat, ut conventionis causa numquam ante illam decidatur; sed si ab initio proponatur et causa conventionis non omnino sit liquida; quod si de illa liqueat in limine judicii, reconventio autem altiorem indaginem requirat, et ampliorem causae discussionem, iniquum foret, illi per hanc moram injici, Petrus Barbos. *ad c. all. ex literis n.* 6. Brunn. *in process. civil. c.* 10. *n.* 11. Emeric. a Rosbach. *in process. civil. tit. all. n.* 17. Ummius *de process. disp.* 10. *n.* 19. Zoes. *tit. et loc.* Idem *ad decretal. lib.* 2. *tit. de mut. petit. n.* 10. Perez. *ad tit. c. de sentent. et interloc. n.* 23. Donell. Enucleat. *lib.* 17. *c.* 18. *lit. t.* Glossa *in c. all. ex literis.* Carpz. *jurisprud. forens. p.* 1. *c.* 7. *d.* 1. *et* 2. Zanger. *de except. part.* 2. *c.* 1. *n.* 383. Marant. *in specul. aureo part.* 4. *distinct.* 6. *n.* 3. *et seqq.* Rittersh. *ad nov. part.* 9. *c.* 17. *n.* 6. Richter. *ad authent. et consequenter n.* 28. Sichard. *ad authent. Et consequenter c. de sentent. et interlocut.* Notandum 45
de jure saxon. reconventionem locum non habere nisi in causis connexis et quidem post finitam et discussam conventionem. vid. Carpz. *part.* 1. *c.* 7. *def.* 7. *et* 8.

Videndum quoque, an coram delegato principis 46
possit peti restitutio in integrum? Quod affirmatur per *text. apert. c. causa restitutionis* 9. *x. de in integr. restitut.* ubi dicitur, causa restitutionis in integrum coram judicibus ordinariis administrationem habentibus vel delegatis ab iis tractari poterit et finiri, sive hoc ipsis delegatis specialiter demandatum fuerit etc. et per *l. fin. c. ubi et apud quem cognit. ibi. sed etiam apud eos judices, quos augustalis dederit majestas.* et ibi; *et multo magis si a nostra majestate delegata sit eis causarum audientia.* Sfort. Odd. *tract. de restit. in integr. part.* 1. *q.* 32. *art.* 6. *n.* 54. *et seqq.* Wames. *de jure pontif. tom.* 1. *consil.* 286. *n.* 4. Brunnem. *ad l.* 3. *all. c. n.* 8. Quae enim impe- 47
rii mixti sunt, et jure magistratus competunt, mandari possunt, et mandata jurisdictione transeunt *l.* 1. *pr. ff. de offic. ei. cui mandat.* it. *l.* 4. *ff. eod.* Atqui in integrum restitutio mixti imperii est etc. *l.* 26. *ff. ad municipalem.* Matth. Stephani. *lib.* 1. *de jurisdict. c.* 18. *n.* 95. Covarruv. *lib.* 3. *variar. resol. resol.* 20. Fachin. *lib.* 9. *controv.* 98. Scipio Gentilis *de jurisd. lib.* 2. *c.* 24. Obrecht. *de jdict. c.* 10. Quamvis nonnulli statuant et serio contendant, resti- 48
tutionem in integrum non esse mixti imperii, sed simplicis jurisdictionis, et ad stabiliendam sententiam suam adducant *l. fin. c. ubi et apud quem.* in qua Justinianus concedere videtur restitutionem in integrum pedaneis judicibus, at hos fuisse sine imperio expeditum est. Sed respondeo, si hoc concederetur, sequeretur, restitutionem in integrum nec jurisdictionis esse, cum jurisdictione pedanei judices destituti fuerint. *l.* 5. *ff. de re judic.* Quapropter al- 49
legatam legem fin. intelligendam esse non de pedaneo judice, sed de eo, cui mandata est jurisdictio. *vers. sed ne quis et vers. hoc tantum.* Neque est, quod 50
quis hac ratione moveatur, quod restitutionem in integrum sibi praetor vindicet *l* 3. *et* 5. *ff. de in integr. restitut.* Respond. repetendam hic esse vulgarem 51
istam regulam; quod quis per alium facit per se fecisse putandus; maxime cum mandatarius alienum ipsiusque mandantis jurisdictione uti censeatur, nec pro suo imperio, sed pro ejus cujus mandato jus dicit, gerere intelligatur. *l.* 1. §. 1. *l.* 3. *ff. de offic. ei cui*

52 *mand.* Verum an possit restituere contra sententiam
53 propriam? Negant quidam ob text. *l.* 3. *c. si advers. rem judicatam.* item *l.* 18. *ff. de minorib.* sed affirmativa communiter recepta per *c. causa* 9. *x. de*
54 *restitut. in integr.* Et quia delegatus a principe aequiparatur ordinario, imo in illa causa est major
55 quolibet ordinario. Brunnem. *ad l.* 1. *c. ubi et ap. quem. n.* 5. Ut componatur haec controversia, distinguunt dd. inter sententiam definitivam et interlocutoriam, et dicunt illo casu restitutionem permitti, hoc casu autem denegari. Bartol. Bald. Angel. *ad l.*
56 3. *c. si advers. rem judic.* Ratio diversitatis est, nam quando adversus interlocutoriam a se prolatam restituere vult, incidenter hoc facit; judex enim quamvis de causa aliqua cognoscere non potest principaliter, potest tamen incidenter per *l.* 3. *c. de judic.* praete-
57 rea jurisdictio ejus interim non cessat. Et licet soli principi competat restitutio adversus sententiam delegati sui *l.* 3. *c. si adu. rem judicat.* Panormit. *ad c. causa.* 9. *x. de in integr. restitut. n.* 7. hoc tamen intelligendum de definitiva sententia, ex ratione, quia non ipse delegatus ab ordinario, sed ipse ordinarius
58 adversus sententiam sui delegati restituit. In interlocutoria autem haec ratio locum non habet, quia jurisdictio delegati adhuc durat; qua cessante potestas etiam adversus sententiam definitivam cessat. Sfortia Odd. *de restit. in integr. part.* 1. *q.* 32. *art.* 18. *n.* 139. Scaccia. *de appell. qu.* 19. *remed.* 2 *n.* 31. item
59 *quaest.* 17. *remed.* 1. *conclus.* 6. *n.* 91. *seqq.* Quod si partes litigantes per sententiam a delegato principis latam se gravatas senserint, quaeritur, ad quem appellatio fieri debeat? Resp. ad delegantem superiorem; quia is jurisdictionem sibi reservavit. *l.* 1. *et* 2. *ff. quis et a quo appell. l.* 21. *ff. de appell.* Tondut. *de praev. p.* 1. *c.* 1. *n.* 2. Men. *de praesumpt. lib.* 2. *praes.* 18. *n.* 1. Wesenbec. *consil. part.* 5. *consil.*
60 244. *n.* 15. Sed videtur non posse fieri appellationem ad superiorem, sicut enim non appellatur a sententia imperatoris *l.* 1. *ff. a quibus appell. non lic.* Brunn. *ad l.* 2. *et l.* 16. *c. de appell. n.* 3. Ita etiam nullatenus debet appellari ab ejus delegato, qui in illa
61 causa repraesentat personam delegantis. Resp. quamvis prohibita sit appellatio a sententia principis, non tamen prohibitum est appellare a sententia delegati
62 ejus. Ratio, quia a principe delegante appellare lex ipsa prohibet, *l. all.* 1. *ff. a. quib. appell.* cum de-
63 sit superior, a quo sententia possit corrigi; ast in delegato aliter se res habet, cum sententia ejus a principe seu delegante primo possit emendari. Scacc.
64 *de appell. q.* 16. *limit.* 1. *n.* 71. Distinguendum tamen esse puto hoc casu, an species aliqua seu pars jurisdictionis, an vero tota jurisdictio sit delegata, priori casu ad delegantem recte provocatur. *l.* 1. *ff. pr. quis a quo appell.* Posteriori vero casu, quando jurisdictio tota ita mandatur, ut alter alterius nomine in tribunali tamquam idem ille jus dicat, sicut consiliarii et locumtenentes ac vicarii in curia principis judicant vice principis, non admittitur provocatio. *l.* 32. *l.* 35.
65 *cum l. seq. c. de appell* quin ab eodem ad eumdem non appellatur. Emericus a Rosb. *in proc. civ. c.* 28. *n.* 32. Barbos. *ad c. super quaestionum.* 27. *X. de offic. jud. del.* Brunn. *ad l.* 2. *et l.* 16. *c. de appell.* Idem *ad Wesenb. paratit. tit. quis a quo appell. q.* 1. Gail. *lib.* 1. *obs.* 121. *n.* 2. Eckh. *ad ff. tit. quis a quo appell.* Perez. *ad tit. c. de appell. n.* 7. Mev. *part.* 5. *dec.* 103. Scacc. *de appell. loc. all. p.* 8. *n.* 14. Canis. *ad c. all. super quaest.* 27. *n.* 1. Sed si delegatus sub- 66
delegaverit, ad quem tunc appellatio instituenda? Resp. distinguendo iterum, an tota causa, an vero tantum pars ejus subdelegata fuerit; priori casu appellatur ad superiorem primum delegantem, quia delegatus delegando jurisdictionem totam desinit esse judex; posteriori vero, si non totam causam delegaverit, sed sibi aliquid reservaverit, appellatur ad ipsum subdelegantem proximum. *c. super quaest.* 27. §. *porro x. de offic. jud. del.* et *c. deleg.* 7. *eod.* 6.

Cum enim princeps totam hanc causam delegato 67
commiserit, ita ut vices ipsius gerat, frustraneum videri potest, si ad principem appelletur, cum in delegato potestas principi competens adsit. vid. *vol.* 1. *disp.* Dn. Praesid. *disp.* 13. *n.* 6. Marant. *in spec. aur. p.* 6. *tit. de appell. n.* 386. it. *p.* 4. *dist.* 5. *n.* 28. Gloss. *in c. all. super quaest.* §. *cit.* Brunn. *ad l.* 2. *et* 16. *c. de appell. n.* 8. Idem *ad Wesenb. paratit. tit. quis a quo appell. quaest.* 2. Molin. *de just. et jur. tom.* 6. *tract.* 5. *disp.* 22. *n.* 1. Cardin. Tusch. *tom.* 1. *lit. a. concl.* 352. *n.* 40. Scacc. *de appell. qu.* 7. *n.* 36. it. *qu.* 8. *n.* 32. *et* 34. Fachin. *lib.* 1. *controv.* 78. Notandum, licet ordinarie a subdelega- 68
to, cui pars tantum causae commissa erat, appellatio debeat institui ad subdelegantem, id tam diu verum est, quamdiu partibus litigantibus exinde nullum oriatur damnum, e. gr. si causa nimis diu protraheretur, vel delegatus longinquum susciperet iter, quibus casibus directo ad delegantem primum appellatio devolvi potest. Laym. *ad c. si is cui.* 10. *de offic. jud. del.* 6. Sed si subdelegans medio tempore decesserit, 69
vel alio modo jurisdictio ejus exspiraverit, neque alias ipsi successerit in jurisdictione, appellatur ad primum delegantem. *c. si is cui all. et c. si a subdeleg.* 14. *de offic. jud. deleg.* 6. Gloss. *ibid.* Scacc. *de appell. qu.* 8. *n.* 47. Nam si successorem delegati expe- 70
ctare deberet, causa plus debito protraheretur, ex quo praejudicium litigantibus causari posset. *c. si is cui* 10. *all.* Litibus enim, quam cito fieri potest finis est 71
imponendus *c. finem. x. de dol. et contumac.* Quod et procedit in casu, ubi duo sunt dati delegati, quo- 72
rum unus subdelegat totaliter vices suas, alter vero in parte, quia isto casu respicitur ad subdelegationem illius, qui in totum subdelegavit, quapropter appellatio instituenda ad principem et non ad parem, ac si subdelegatio sine aliqua reservatione facta esset, Specul. *lib.* 2. *part.* 3. *tit. de appellat.* §. *nunc tractemus. n.* 11. *vers. sed pone.* Idem est, si delegatus in subdelegatione sibi reservet actus aliquos, puta litis contestationem vel receptionem testium, et hos actus exercuerit, deinde pars a subdelegato appellaverit, quia hoc casu delegatus subdelegans nihil habet jurisdictionis reservatae, tempore appellationis, per consequens etiam debet appellari ad principem Felin. *in c.* 27. §. *porro all. fall.* 4. Scacc. *de appell. dict. loc. n.* 40. Ita quoque si a subdelegato appellatum fuerit ad prin- 73
cipem, et subdelegatus detulerit appellationi interpositae ad principem omisso medio, et causa appellationis sit inchoata, appellato non contradicente, delegatus non poterit causam revocare; quia tunc per il- 74
lam delationem devoluta est jurisdictio ad superiorem, et nulla remansit in delegato, etiamsi ipse delegatus

subdelegasset cum clausula *donec duxerit revocandum* Felin. *c. all.* 27. §. *porro. limit.* 6. *n.* 13. Scacc. *de appell. q.* 7. *n.* 67. et *q.* 8. *n.* 42.

75 Restat, ut dicamus, an delegata jurisdictio possit prorogari? Affirmant Strauch. *diss.* 20. *aph.* 5. Paurm. *de jurisd. lib.* 1. *c.* 25. *n.* 27. Negant. Sichard. *ad l. c. de judic.* Marant. *in spec. aur. part.* 4. *dist.* 12.

76 *n.* 20. it. *part.* 4. *dist.* 5. *n.* 35. Ratio, quia jurisdictio delegata, cum potius ad delegantem pertineat quam ad delegatum, suapte natura strictae interpretationis est, et ultra terminos delegationis non extendenda. Et haec sententia probatur jur. canon. *per c.*

77 *cum olim.* 32. *et c.* 40. X. *de offic. jud.* Verum notandum, hos textus intelligi debere, si pars tantum jurisdictionis et in specie ad unam aliquam causam fuit delegata. Quod si vero universitas causarum delegata, absurdum esset, negare prorogationem. *l.* 1. *ff. de judic.* Wames. *de jur. pontific. tom.* 1. *consil.* 39.

78 *n.* 2. Nam cum princeps totam suam jurisdictionem alicui deleget, et delegatus in partibus omnibus delegantis vice fungatur, nil obstat, quo minus prorogationi non sit locus. Bach. *ad prim. partem ff. rum. lib.* 2. *tit. de prorog. jurisd. n.* 3. Vinn. *de jurisd. c.* 10. *n.* 6. Dn. Ziegl. *ad Lancell. lib.* 3. *tit.* 1. §. 20. Matth. Steph. *de jurisd. lib.* 1. *c.* 24. *n.* 15. Hugo Donell. *lib.* 17. *c.* 10. Sutholt *de jurisd. n.* 381.

79 Bach. *ad treutl. vol.* 1. *disp.* 3. *th.* 7. *lit. E.* Et haec jurisdictioni ordinariae aequiparatur secundum Glossam *in c. cum causam.* 62. *verb. deleg. in fin.* X. *de appell.* Barbos. *ad l.* 1. *ff. de jud. n.* 217. Jurisdictio 80 autem ordinaria cum partium ipsiusque judicis consensu ad personas alioquin non subjectas prorogari potest, *l.* 1. *ff. de judic.* juncta Gloss. *ibid. verb. tribunali.* (2.) Prorogatio fieri potest quoad personas, 81 quae per accidens sive accessorie veniunt, ut si tertia persona, cujus interest, agat coram delegato, vel si coram delegato fidejussor compellendus sit ad satisfaciendum. Felin. *ad c. p. et g.* 40. X. *de offic. jud. del. n.* 5. Sebast. Vant. *de nullitate proc. tit. quibus mod. sent. nulla reparari possit. n.* 78. Hinc tertius qui interesse aliquod praetendit, excipere potest contra delegatum, eumque ut suspectum recusare. Laym. *ad c. cum super.* 23. X. *de offic. jud. deleg. n.* 1. (3.) Quam- 82 vis rescriptum delegationis non sit extendendum de causa expressa ad non expressam, quod si tamen ea connexa sit, ut separari tuto nequeat, extensio optimo jure valebit. Panormit. *ad c. cum olim abbas.* 32. X. *de offic. jud. del. n.* 7. Barbos. *ad l.* 1. *ff. de judic. art.* 1. *n.* 222. (4.) Admittitur prorogatio de causa ad 83 causam inter easdem personas, cum enim inter eas delegatus habeat jurisdictionem delegatam, partes proprio consensu efficere possunt, ut illa jurisdictio delegata extendatur ad alias causas vel res earumdem personarum. Barbos. *ad l.* 1. *ff. de judic.* n. 225. Et tantum etiam de processu.

CAPUT V.

De modis, quibus tollitur delegatio.

SUMMARIA

Connexio. n. 1.

Delegati potestas resolvitur (1.) *morte delegantis re integra. n.* 2. *et seq.*

Ordinarii potestas non item. n. 4. *et seqq.*

Quaeritur si jam res non sit integra? n. 7. *et seq.*

Quaeritur si delegatus citationem emiserit, et antequam citatio ad citandum pervenit, delegans decesserit, an expiret jurisdictio delegati? n. 9. *et seqq.*

Limitat. n. 12. *et seqq.*

Si delegato sub conditione cum consensu partium procedente ante conditionem, delegans moriatur, expirat delegatio ejus. n. 15. *et seqq.*

An delegatus per subdelegationem factam jurisdictionem retineat? n. 17. *et seqq.*

Quaeritur, num possit subdelegatus procedere, si delegans primus decesserit, et vivat subdelegans? n. 21. *et seqq.*

Quid juris, si delegans postquam causam commisit, inhabilis fiat? n. 29. *et seqq.*

Delegati potestas exspirat (2.) *morte delegati. n.* 33.

Limit. n. 34. *et seqq.*

Quod si nomen proprium simul cum dignitate exprimatur? n. 37.

Quid si gubernatori loci alicujus delegatio fiat, et is dignitatem amittat? n. 39. *et seqq.*

Si plures adsint in dignitate constituti et delegatio fiat a principe, non addito nomine et cognomine, quaeritur, quis erit delegatus? n. 43. *et seqq.*

Si plures fuerint delegati simpliciter ad unam causam, an morte unius adhuc remaneat penes reliquos jurisdictio? n. 52. *et seqq.*

Limit. n. 54. *et seqq.*

(3.) *Expirat delegati potestas morte ejus, adversus quem delegatio facta. n.* 63.

Limit. n. 64.

(4.) *Revocatione. n.* 65. *et seqq.*

An liceat delegationem revocare re non amplius integra? n. 69. *et seqq.*

(5.) *Exspirat jurisdictio delegati post definitivam executioni mandatam. n.* 86. *et seq.*

(6.) *Recusatione. n.* 88.

Quae causae sint aptae ad recusandum judicem? n. 89. *et seqq. usque* 113.

Recusatio haec in principio litis proponenda. n. 114. *et seqq.*

Limit. n. 120. *et seqq.*

Si princeps cum clausula appellatione remota *delegaverit an erit, locus recusationi? n.* 127. *et seq.*

Limit. n. 129. *et seq.*

Quaeritur, an delegatus recusatus alteri causam delegare possit? n. 131. *et seqq.*

Limit. n. 137. *et seqq.*

Quid hoc casu in judice ordinario obtineat? n. 139. *et seq.*

Quid si alicui intuitu dignitatis causa delegata sit, et is ante latam sententiam recusationis objectae moriatur, an successor ejus de ea causa cognoscere possit? n. 141. *et seq.*

An si delegatus suspectus causam commissam alteri

delegaverit, delegatio talis possit tolerari? n. 163. *et seqq.*
An recusatus delegatus possit de recusatione sua cognoscere? n. 146. *et seqq.*
Si recusetur subdelegatus, an jurisdictio redeat ad subdelegantem? n. 153. *et seqq.*
Si duo delegati fuerint cum clausula: quod si ambo, *et unus ut suspectus recusetur, an expiret jurisdictio alterius? n.* 157.
(7.) *Expirat jurisdictio delegati lapsu temporis praefiniti. n.* 158.
An possit terminus cum consensu partium extendi? n. 159.
Limit. n. 160. *et seq.*
(8.) *Cessat jurisdictio delegati relatione causae ad superiorem delegantem. n.* 164.
(9.) *Finitur jurisdictio delegati confessione sibi nullam jurisdictionem competere. n.* 165. *et seq.*
Conclusio. n. 168.

1 Cum autem delegatus non habeat jurisdictionem propriam, sed vices delegantis gerat, eaque non in persona radicata, sed ex aliena, principis scil. delegantis dependeat potestate. *c. sane quia* 11. *x. de offic. et potestate judic. del. l.* 1. §. 1. *ff. de offic. ej. cui mand.* Bachov. *ad prim. part. ff. tit. de jurisd. mand.*
2 *n.* 3. hinc variis resolvitur modis, et (1.) quidem mor-
3 te delegantis *c. licet undique.* 30. *x. d. t.* Si re integra decesserit; ubi enim res est integra, jurisdictio delegantis nondum est radicata effectualiter in perso-
4 na delegati; quod secutus est in ordinario, utpote cujus jurisdictio, quamvis ea uti nondum coeperit, per mortem principis a quo concessa est, non expirat. *c. legatos.* 2. *de offic. legati.* 6. Matth. Stephani *de ju-*
5 *risdict. lib.* 1. *c.* 29. *n.* 14. Ratio diversitatis est, quia jurisdictio ordinaria a l g aut principe concessa, quamprimum acc ptata est, tamquam gratia seu jus quoddam adhaeret personae, gratia vero alicui a principe concessa morte concedentis non xpirat. *c. si super*
6 9. *de offic. jud. del. in* 6. Jurisdictio vero delegata cum sit instar mandati, quod in gratiam mandantis fieri solet, potius censetur ad mandantem quam ad mandatarium spectare. Panormit. *ad c. relatum.* 19.
7 *n.* 4. *x. d. t.* Quod si vero jam sit inchoata jurisdictio v. g. per citationem, ut jam non possit dici nudum praeceptum, delegatio non expirat, *c. gratum.* 20. *x. de offic. et potestate jud. del.* Magnif. de Rhet. *in praelect. publ. ad Dessel. erot. jur. canon. tit. de offic. jud. del. quaest.* 9. Bachov. *ad prim. part. ff. tit. quibus. mod. jurisd. finiatur. n.* 20. Canisius *ad decretal. tit. de offic. jud. del. n.* 3. Laymann. *ad c. gratum.* 20. *x. eod. n.* 1. Strauch. *dissertat.* 20. *aphor.* 4. item *dissert.* 24. *aph.* 4. Marant. *in specul. aur. p.* 4. *dist.* 5. *n.* 61. Zoes. *ad decretal. tit. de offic. jud. del. n.* 25. Brunnem. *ad l.* 6. *ff. de jurisd.* Sutholt. *de jurisd. n.* 371. Christinaeus *vol.* 3. *dec.* 49. *n.* 7. Dn. Ziegler. *ad Lancellott. lib.* 3. *tit.* 1. §. 23. Molina *de j. et j. tom.* 6. *tract.* 5. *disp.* 19. *n.* 2. Covarruv. *tom.* 2. *variar. resol. lib.* 3. *c.* 15. *n.* 4. Scipio Gentilis *lib.* 2. *de jurisdict. c.* 29. *pr.* Rutg. Ruland. *de commiss. l.* 3. *c.* 7.
8 Citatio enim principium et fundamentum est judicii seu jurisdictionis contentiosae §. *ult. j. de poenis temere litig.* Nam licet potestas principis sit sublata, tamen eo vivo jurisdictio coepta vires suas coepit in delegato, adeoque non desinit morte delegantis. Magnif. dn. Rhet. *in praelect. publ. ad Desselii erotemat. jur. can. loc. all.* Zoes. *ad decretal. loc. all.* Vivian. *in ration. jur. pontificii ad c. all. gratum.* Augustin. Barbosa *lib.* 11. *cap.* 51. *axiom.* 11. Panormit. *ad cap. licet undique. x. de offic. jud. del.* Struv. *exercitat.* 4. *th.* 43. Quid si delegatus citationem emi- 9
serit, et antequam citatio ad citandum pervenit, princeps delegans decesserit, quaeritur utrum sic expiret
jurisdictio delegati? Non desunt, qui affirmativam 10
defendunt, dicentes, non sufficere, citationem nuncio esse traditam, sed insuper requiri, ut parti non tantum sit insinuata, sed etiam ut judici certo constet, citationem ad manus citati pervenisse. Alciatus *ad tit. x. de offic. jud. del. n.* 4. *et seqq.* Molina *de j. et j. tom.* 6. *tract.* 5. *disp.* 19. *n.* 2. Mynsinger. *cent.* 6. *obs.* 10. *n.* 3. *et seqq.* Contrarium tamen verius *per* 11
c. all. gratum ibi; *proposito citationis edicto.* Tholosan. *syntagm. jur. pontific. lib.* 6. *tit.* 6. *c.* 9. Covarruv. *tom.* 2. *variar. resolut. l.* 3. *c.* 15. *n.* 4. Laymann. *ad c. all. gratum. n.* 2. Petr. Barbosa *ad cap. all. n.* 5. Aloys. Ricc. *in collect. decis. part.* 4. *collect.* 975. Zoes. *ad decretal. tit. de offic. jud. del. n.* 26.
Procedit hoc, si princeps multas causas alicui dele- 12
gaverit, et citatio quoque sit facta a delegato quoad omnes causas, secus vero, si citra unam tantum causam sit emissa; quo casu circa illam tantum retinet
jurisdictionem, circa reliquas autem exspirat; nisi una 13
alteri cohaereat, et tunc citatione facta circa eam, cui altera est annexa, jurisdictio etiam circa annexam manet. Panormit. *ad. c. licet. undique.* 30. *de offic. jud. del. n.* 5. Molina *de j. et j. tom.* 6. *tract.* 5. *disput.* 19. *n.* 4. Scipio gentilis *lib.* 2. *de jurisdict. c.* 29. Quaeri- 14
tur, si delegatio sit facta sub conditione vel die certa, delegatus autem cum consensu partium processit in causae cognitione ante conditionem et diem, postea moritur princeps, an sic expiret delegatio? Resp. Aff. *per l.* 2. §. 2. *ff. de jud.* Delegatus enim iste tantum 15
spem habebat jurisdictionis, *arg.* §. 4. *j. de v. obl. l.* 21. *ff. de condit. et demonstrat. l.* 16. *ff. de condict. indeb.* non autem plenam jurisdictionem, nisi conditione existente. Sebast. Vant. *de nullitate process. tit. de nullit. sentent. ex defect. jurisd. del. n.* 92. Privato- 16
rum enim consensus non facit eum judicem, qui nullo judicio praeest, nec quod is statuit, rei judicatae obtinet auctoritatem. *l.* 3. *c. de jurisdict. omn. jud.* U- 17
trum autem per hoc, quod delegatus subdelegaverit causam, jurisdictio penes eum remaneat, sunt qui affirmare nituntur, eapropter, quia jurisdictio perpetuatur, quam primum delegatus ea uti coepit. *c. licet. all.* Atqui eam subdelegando utitur jurisdictione sibi delegata; simili ratione si qualitercumque judicium etiam 18
extrinsece sive praeparatorie coeptum sit, ut si judex delegatus locum exercendo judicio elegit, notarium 19
vocavit aut citationem fieri jussit. Sed negativa verior, cum subdelegare causam non sit uti jurisdictione delegata, sed uti beneficio legis, quae concedit
delegato principis subdelegationem; huc accedit, quod 20
ante citationem jurisdictio non censeatur perpetuata. Molin. *de j. et j. tom.* 6. *tract.* 5. *disp.* 19. *n.* 2. Ad ar- 21
gumentum pro contraria opinione adductum respondeo; majorem tunc locum habere, si delegatus actum jurisdictionis intrinsecum seu substantialem exercuit, non

vero, *si* extrinsecum et accidentalem tantum, cujusmodi est subdelegare, notarium vocare etc. Unde quaeritur ulterius, utrum subdelegatus procedere possit, si primus delegans i. e. princeps mortuus sit, vivat vero delegatus? Distinguendum puto, an causa subdelegata coepta sit nec ne; priori casu jurisdictio subdelegati non cessat, utpote quae in ipso radicata est. *arg. c. pen. de offic. jud. del.* posteriori vero casu exspirat, quia subdelegatus personam delegati induit, ejusque vices sustinet. Quapropter sicuti hujus jurisdictio per mortem delegantis cessat re integra, ita quoque subdelegati *arg. c. pen. de offic. jud. deleg.* 6. Sanchez. *lib.* 8. *disp.* 28. *n.* 37. Quod si vero delegatus mortuus sit, vivat vero delegans, hoc casu re integra jurisdictio subdelegati cessat. Ratio est *in l.* 5. *ff. de jurisdict.* Cum enim delegato principis facultas subdelegandi sit a lege tributa, consequens est, quod ipse sit fundamentum potestatis subdelegatae. Laymann. *ad c. licet. undique* 30. *x. de offic. jud. del. n.* 4. Panormitan. *ibid. n.* 4. Quid si delegans causa commissa inhabilis fiat, utrum perpetuatur jurisdictio delegati? Respondeo cum distinctione, an negotium sit coeptum vel non; priori casu non omnino cessat jurisdictio ejus, sed suspenditur tantum quoad negotia nondum coepta, quia quoad negotia coepta radicata est jurisdictio in delegato, quamobrem non suspenditur per inhabilitatem delegantis; posteriori casu omnino exspirat. Laymann, *ad c. gratum.* 20. *x. de offic. jud. del. n.* 12. Panormitan. *in c. licet.* 30. *x. eod. n.* 8. (2) Exspirat morte delegati; cum enim princeps personae industriam hic elegisse praesumatur, quae forte non speranda in haerede, vel si sit, non tamen est electa, ad haeredes non transit. *arg. leg.* 59 *ff. pro soc.* Nisi delegatio fiat dignitati non expresso nomine proprio. Wamesius *de jur. pontific. tom.* 1. *consil.* 249. *n.* 18. Canisius *ad c. quoniam abbas.* 14. *n.* 2. *x. de offic. jud. del.* Paul. Laymann. *ad c. all. n.* 1. *eod.* e. gr. Si elector noster serenissimus delegaret causam supremo aulae mareschallo, quo casu, si hunc vita defungi contingeret, etiam re integra delegatio ad successorem transiret. *c. quoniam abbas all.* Dignitas enim non moritur, nec variatur per mutationem personae. *c. gratiose.* 5. *de rescript.* 6. Glossa. *in c. all. quoniam abbas.* nisi aliter constet de mente delegantis, veluti si delegatio quidem facta dignitati, sed habita simul industriae ratione, eruditionis, experientiae, aut fidei ipsius personae, hoc casu enim delegatio ad successorem non devolvitur; ex ratione *c. fin.* §. 1. *vers. praeterquam. x. de offic. jud. del.* Canisius *ad c. all. quoniam abbas. eod.* Laymann. *ibid. n.* 1. Si autem nomen proprium simul dignitate exprimatur. v. gr. *Titio capitaneo memelensi delegamus hanc causam*; et hunc contingat rebus humanis eximi, successor ejus non continebitur, sed mortuo eo exspirat etiam delegati, quia praesumitur personae habita ratio. *arg. l. si servus.* 33. *ff. de stipul. servor.* Decius *ad c. all. quoniam abbas. n.* 45. *et seqq.* Canis. *ibid. n.* 3. Laym. *ibid. n.* 2. Nisi deleganti ignotus esset delegatus, quia tunc expressio nominis proprii nihil operaretur, *l.* 28. *ff. de reb. dub.* Panormit. *ad c. all. n.* 8. Decius *ibid. n.* 48. Quod si delegatio fiat. e. gr. Gubernatori custrinensi, is autem dignitate exuatur, an nihilominus maneat delegatus? Videndum hic, an delegatio sit facta intuitu dignitatis, et sic ea amissa non potest de causa cognoscere. Innocent. *ad c quoniam abbas all. n.* 1. Ratio, quia talis delegatio adhaeret dignitati, ergo amissa dignitate delegatio quoque amittitur et ad successorem transit. Si vero delegatio sit facta intuitu personae, deposito officio sive dignitate non tamen deponitur delegatio, quamvis re integra. Gloss. *in. c. statutum* 11. *verb. canonicis. de rescript.* 6. modo non ob crimen depositus sit *l.* 2. *ff. de senat.* Quod si plures adsint in dignitate constituti, et delegatio fiat a principe, non addito nomine et cognomine, ita ut determinari nequeat, de quo sensisse videatur, quaeritur, quis delegationis munus suscipiet? Videtur hic prima fronte dicendum, nullum eo casu esse delegatum. *arg. l.* 30. *ff. de test. tut.* Ubi, si duo sint dati tutores ejusd. nominis, nec appareat, quem voluerit esse tutorem testator, deciditur, neutrum teneri. Et si testator dixerit, exhaeredo filium, nomine proprio non expresso, plures autem habeat filios, nullus sit exhaeres. *l.* 2. *ff. de lib. et posthum. haered.* item si non constet, quis haeres institutus sit, institutio non valet. *l.* 62. §. 1. *ff. de haered. instit. l.* 10. *ff. de reb. dub. l.* 31 *ff. de manumiss. testam.* Sed veritati conformior est sententia, illum scil. esse debere delegatum; quem is, qui impetravit delegationem, elegerit, quia de illo sensisse censetur. *l.* 38. *ff. de v. o.* Non aliter ac si inter duos legatarios dubium oriatur de eodem legato, cui debeatur, haeres eligere debet, cui solvat. *l.* 8. §. 3. *ff. de leg.* 2. et si quis intentione ambigua usus sit, quid sibi utilius est, debet accipere. *l.* 66. *ff. de judic. l.* 10. *c. de condict. indebit.* Quaeritur nunc, si plures fuerint delegati ad unum causam simpliciter, an morte unius adhuc duret reliquorum jurisdictio? Neg. *c. uno deleg.* 42. *x. de offic. jud. del.* Panorm. *ad c. all.* Tholos. *in syntagm. jur. pontific. lib.* 5. *t.* 6. *c.* 9. Quia omnes pro uno habentur, nec quisquam eorum in solidum jurisdictionem habet, ac epropter unus sine altero nihil gerere potest, *l.* 39. *ff. de re jud. l.* 18. *ff. de recept. arbitr* Molin. *de j. et j. tom.* 6. *tract.* 5. *disp.* 24. *n.* 1. Petr. Barbos, *ad c. all. uno deleg. n.* 2. dn. Ziegler. *ad Lancell. lib.* 3. *tit.* 1. *n.* 32. Limitatur, (1.) Nisi clausula; *si non omnes* sit adjecta (2.) Si res non integra. *c. licet.* 30. *x. de offic. jud. del.* (3) Si unus alteri vices suas commiserit, quo casu etiamsi res integra sit, illo mortuo jurisdictio non exspirat. *c. quamvis* 6. *eod.* Laym. *ad c. uno delegatorum all. x. eod. n.* 3. (4) Nisi delegatio sit facta dignitatis intuitu. *c. quoniam abbas. all.* ubi omnibus licet e vita discedentibus nihilominus tamen delegatio subsistit, et suspenditur quousque succedat aliquis in ea dignitate, et tunc successor locum defuncti in ea delegatione occupat; dignitas enim, uti supra dictum, non moritur, nam delegatio talis non tam respicit personam quam dignitatem, Molin. *de j. et j. d. l.* Quando enim dignitatis mentio fit, et persona nominatim non exprimitur, vel aliud aliquid additur, per quod intelligatur persona in specie, quae in illa dignitate collocata est, e. gr. Si hac vel simili forma negotium aliquod committatur, *committimus causam ei, qui nunc est in tali dignitate,* tunc non censetur electa personae industria singularis, quae, tempore delegationis illum dignitis gradum obtinebat, sed potius ad id praesumitur electa persona, quae vel nunc in dignitate collocata est, vel in posterum ad eam perventura sit. Molin. *de. j. et j. d. l. disp.* 21. *n.*

6. Menoch. *consil.* 340. Dicta locum habent etiam, si alter delegatorum delegandi potestate privatus sit, ut quia infamis redditus *c. sciscitatus* 14. *X. de rescript.* vel si ob crimen a dignitate per sententiam remotus. Paul. Laymann. *ad c. uno delegatorum.* 42. *x. de offic. jud. del. n.* 1. (3.) Finitur jurisdictio delegati morte istius adversus quem impetrata delegatio: cum enim delegatio solum respiciat personam, non transit nisi ad eam, contra quam impetrata. Zoes. *ad lib.* 1. *decretal. tit. de offic. jud. del. n.* 36. Nisi defunctus cum viveret, ad judicium esset vocatus *c. significavit nobis* 36. *x. de rescript.* Gloss. *in cap. all.* it. *in cap. in literis* 9. *x. de offic. jud. del.* Seb. Vant. *de nullitate process. tit. de nullit. sentent. ex defectu jurisd. del. n.* 90. (4) Exspirat jurisdictio delegati revocatione non tantum expressa *c. insinuante* 25. *x. de offic. jud. del.* Covarruv. *tom.* 2. *var. resolut. lib.* 3. *c.* 15. *n.* 3. Specul. *lib.* 1. *part.* 1. §. *restat.* 6. *n.* 9. Sed etiam tacita, quae colligitur, ex valetudine vel alia impotentia delegati, quo minus delegationis munus obire possit; item ex mutatione conditionis in deterius, qualis conditio videtur subintelligi, veluti si in eodem statu maneat *arg. l.* 38. *ff. pr. de solut.* Zoes. *ad ff. tit. mandati.* Sed an liceat revocare jurisdictionem delegatam re non amplius integra? Negant. qui pro fundamento habent *c. quamvis* 6. *de offic. jud. deleg.* 6. Dn. Ziegl. *ad Lancellott. lib.* 3. *tit.* 1. §. 22. *Lange processu c.* 5. *n.* 48. Tholos. *syntagm. jur. pontific. lib.* 5. *tit.* 5. *c.* 9. Dessel. *in erotemat. jur. canon. tit. de off. jud. quaest.* 9. Rationem dicunt esse, quia jurisdictio re non amplius integra efficaciter in delegatum transiit, et delegans plane illam a se abalienasse censetur. Verum quod revocare liceat, quocumque tempore etiam sine causa, probatur *per l.* 12. *pr. l.* 58. *ff. de judic. l.* 6. §. 1. *ff. de offic. proconsul. e. fin. x. de offic. jud. del.* Strauch. *ad univers. jus Justinian. dissert.* 20. *Aphor.* 4. Franzk. *ad ff. tit. de jurisdict. n.* 40. Matth. Steph. *de jurisdict. lib.* 1. *c.* 39. *n.* 38. Deleganti enim semper res est integra, neque causam habent conquerendi mandatarius aut litigantes; non ille, quia causae cognitionem suscipit non vi mandati, quatenus contractus est, sed imperii necessitate, non hi, quia eorum consensus jurisdictionem non tribuit *l.* 3. *c. de jurisdict. l.* 1. *ff. de jud.* Atque ideo illorum nihil interest. Adhaec delegata jurisdictio est instar depositi; depositum vero pro lubitu revocare licet, *l.* 1. §. 45. *ff. depositi.* imo instar precarii, cum judicare sit honoris, non oneris *l.* 78. *ff. de judic.* precarium vero tamdiu durat, quamdiu is, qui concessit non revocat, revocat autem, quandocumque placet, *l.* 1. *l.* 3. *ff. de precario l.* 12. *ff. de donat.* Goedd. *de sequestrat. c.* 1. *n.* 58. *et seqq.* Bach. *ad primam part. ff. lib.* 2. *tit. quib. mod. jurisdict. fin. n.* 6. Ad *c. quamvis all.* respondetur, illud non de delegante loqui, sed de delegato subdelegante, quod scil. delegatus, postquam causam totam alteri subdelegavit, ab eodem revocare et jurisdictionem reassumere possit, si res integra sit, seu judicium nondum sit coeptum Paul. Laym. *ad c. all. quamvis.* Gloss. *ibid.* Objicitur; quod recte a nobis transit ad alium, alteriusque esse incepit, illud sola voluntate nostra ad nos non revertitur, sed necesse est, ut modi intercedant contrarii *l.* 35. *ff. de r. j.* §. *hoc amplius* 45. *j. de r. divis.* Atque delegatio transfert jurisdictionem et causae cognitionem in delegatum. *c. super quaest.* 27. *x.* §. *porro vers. transfert. de offic. et potest. jud. deleg.* Transferre quid aliud est quam transponere, abalienare, mancipio dare. §. *fin. j. de adempt. legat. l.* 6. *ff. eod. l. fin. c. de reb. alien. non alien. l.* 28. *l.* 27. *ff. de procur.* Resp. verbum transferre in all. textibus non significare dominii aut usus translationem; sed quamdam substitutionem seu surrogationem. Non obstat, quod quidam *argum. l.* 11. *ff. de recept. arbitr.* contendunt, revocationem sine causa ideo non esse admittendam, quia injuria afficeretur delegatus. Sed resp. juris executio nullam secum habet injuriam, et in cujusvis arbitrio est, revocare suum, quod alter depositum habet; neque eadem ratio est judicis et arbitri, cum arbiter receptus sit mutua compromissione, ipse arbiter causae examen et arbitrium conventione in se receperit, judex autem delegatus causae cognitionem imperii necessitate suscipit, uti dictum. Hinc quoque fluit, delegatam jurisdictionem propter absentiam a principe statim ac reversus est, revocatam esse, quia absentia fuit causa delegationis, qua cessante cessat et delegatio. *arg. l.* 10. §. 1. *ff. de excusat. tut. et c. si quem* 8. *de procurat.* 6. Cessante enim causa cessat effectus. Non obstat. *c. quamvis alicui all. de offic. jud. deleg.* 6. ubi ad quaestionem, an, postquam delegatus concessit alteri causam, possit eam revocare, distinguitur, an res sit integra vel jam inchoata. Respondetur textum illum loqui de casu, quo causa simpliciter est delegata, non autem ob superveniens aliquod impedimentum. Neque obstat *l.* 58. *ff. de judic.* ubi dicitur, judicium solvi vetante eo qui judicare jussit, ergo si prohibitio accedere debeat, requiritur expressa revocatio. Resp. textum illum pariter loqui de judice simpliciter dato, Bachov. *ad primam part. ff. dict. l.* Fachin. *l.* 12. *controvers.* 99. (5.) Cessat jurisdictio delegati post definitam executioni mandatam. *c. in literis* 9. *x. de offic. jud. deleg. l.* 55. *ff. de judic.* Cum enim ita judicis officium deponat, ulterius tamquam judex in ea causa se ingerere non potest. Petr. Barbos. *ad c. all. n.* 1. Panormit. *ibid.* Tholos. syntagm. *jur. pontific. lib.* 5. *tit.* 5. *c.* 9. Matth. Steph. *de jurisd. lib.* 1. *c.* 16. *n.* 38. Zoes. *ad decretal. lib.* 1. *decretal. tit. de offic. jud. deleg. n.* 54. Ziegl. *ad Lancell. lib.* 3. *tit.* 1. *n.* 26. Vinnius *de juristd. c.* 9. *n.* 10. (6.) Adimitur jurisdictio delegato recusatione. *c. causam quae* 17. *x. de offic. jud. del.* quod contingit, quando delegatus ab alterutra parte litigantium ob probabilem aliquam suspicionem a judicio removetur; nemo enim coram suspecto judice litigare compelli potest. De causis recusationis quaenam sint aptae et sufficientes, sciendum est, permissum fuisse olim, recusare judicem etiam nulla allegata suspicionis causa. Cujac. *l.* 9. *obs.* 23. Verum quia haec res nimiam pariebat licentiam et confusionem, receptum est tandem, ut non aliter valeret recusatio, quam expressa causa et quidem non levi, sed justa et gravi. Et quidem in genere sciendum, quod causae, quae repellunt testem tamquam suspectum, multo magis judicem repellant, Treutl. *vol.* 1. *disp.* 12. *th.* 12. Richt. *ad auth. si vero contigerit. c. de jud.* Et quidem judicem tanto magis, quanto majus periculum, quod imminet a judice quam a teste, cum illius quam hujus multo major in re controversa potestas deprehendatur, imo minor suspicio sufficit in judice quam teste, quia fa-

cilius est, alium invenire judicem quam alium testem Gail. *lib.* 1. *obs.* 33. *n.* 10. Dn. Ziegler. *ad*
91 *Lancellott. lib.* 3. *tit.* 1. §. 30. In specie vero justam praebet causam recusandi amicitia, si quis velit in
92 propria causa judex esse; amor enim quem quis erga se habet, omnes alios amores aliasque necessitudines superat, et potentissimus est effectus philavitiae, qui summus est gradus et origo omnium aliorum amorum et amicitiarum. Aristotel. *lib.* 9. *etich. ad Nicomach. cap.* 8. *et* 9. Quare saluberrime constitutum est jure civili romano, ne quis in sua causa judicaret. *l. un. c. nequis in sua causa judicet l.* 10. *ff. de jurisdict. l. ult.* §. *pen. c. nequis in sua causa judicet. l.* 10. *ff. de jurisdict. l. ult.* §. *pen. c. ubi senat. vel. clariss. l.* 17. *ff. de judic.* Strauch. *diss. ad univers. jus. justin.* 21. *aph.* 5. Richter. *ad auth.*
94 *si vero contigerit c. de judic. n.* 14. Et hoc non tantum si principaliter causa ad ipsum judicem pertineat, sed etiam si per consequentiam ejus commodum vel incommodum tangat. v. g. Si delegatus sit dominus alterius partis, *c. all. causam quae.* Richt. *all. loc.* propter amorem et familiaritatem, quae inter eum et dominum intercedere solet. Amor enim, odium et proprium commodum saepe faciunt judicem non agnoscere verum Petr. Barbos. *ad. c. all.* Peretz. *ad. tit. c. de jud. n.* 23. *et* 24. Gloss. *in cap. in literis.* Marant. *in specul. aureo part.* 6. *de appell. n.* 31. *et n.* 40. Zoes. *ad tit. ff. de judic. n.* 95.
95 Paul. Laym. *ad c. all. n.* 1. Nomine autem domini intelligitur quicumque superior, etiam paterfamilias, respectu domesticorum suorum. Laym. *all.* 1. Ritterschus. *ad novell. p.* 9. *c.* 6. *n.* 98. Nam qualis paterfamilias, tales et familiares seu domestici ejus
97 esse praesumuntur, juxta proverbium; qualis here talis pedissequa, item locus recusationi est, si delegatus a principe sit collega vel socius partis alterius,
98 *c. cum r.* 35. *x. de offic. jud. deleg.* Societas enim dicitur habere jus quoddam fraternitatis *l.* 63. *pr. ff. pro socio* quod tamen procedit durante societate. *arg. c. all. cum. r.* Specul. *lib.* 1. *part.* 1. *de ju-*
99 *dic. del.* §. *superest.* 7. *n.* 13. Pari modo si delegatus sit consanguineus alterius litigantis *c. postremo.* 30. *x. de appell. l.* 10. *ff. de jurisd.* Richt. *ad auth. all.*
100 *loc. all.* nisi (1). Judex delegatus sit aequaliter conjunctus utrique parti, quia tunc par affectionis ratio suspicionem tollit. *l.* 67. §. 1. *ff. de rit. nupt.* vid. Rittershus. *ad novell. p.* 9. *c.* 6. *n.* 58. Marant. *in specul. aur. par.* 6. *de appell. n* 30. Dn. Ziegl. *ad*
101 *Lancell. lib.* 3. *tit.* 1. §. 30. (2). Si tanta sit et tam perspecta viri industria, ut omnem suspicionem affectionis tollere videatur. Speculat. *ad tit. de offic. jud.*
102 *del.* §. *superest.* 7. *n.* 7. Verum de hac limitatione non immerito dubito, cum nemo fere mortalium adeo constantis sit virtutis, ut ejus judicium nulla singulari affectione aut amore inclinari possit, amor enim
103 et prudentum pervertit judicia. Quod si tres sint delegati, unus vero parti litiganti sit suspectus, an
104 recusari possit? Videtur dicendum quod non, quia quamvis unus affectibus suis tantum sit indulturus, ut sinistre judicare praesumat, praevalebunt tamen
105 aliorum plurium vota. Sed tutius est contra talem excipere, nam non raro contingit, ut affectus maligaus etiam unius judicis alteri periculum procreare possit, cum facile sit ab uno etiam alios seduci. Panormitan. *ad c. causam.* 17. *x. de offic. jud. del. n.* 2. Felin. *ibid. n.* 1. Similitudo quoque litis, ut ju- 106
dex tamquam suspectus recusari queat; hoc est, si delegatus litem praesenti consimilem habeat, praesumitur enim ad eumdem modum judicaturus, quo in sua causa optaret pronunciari *c. causam quae* 18 *x.* 107
de judiciis. Maranta *in specul. aur. all. l. n.* 46. Porro si datus sit judex ad petitionem alterius partis. *l.* 47. *ff. de judic.* Strauch. *d. diss.* 21. *aph.* 5. Maranta *in specul. aur. d. loc. n.* 53. Recusari etiam potest 108
judex delegatus, si ipse sit inimicus alterius partis Strauch. *d. diss. aph. all.* Richt. *ad auth. all. loc.* et 109
odio adversus eum laboret; nihil autem interest, justum sit odium an injustum, probabilis ejus causa an improbabilis; item si judex delegatus litiget cum 110
alterutra parte. Simili modo si amicitiam ineat cum 111
inimico ejus, qui ipsum recusare vult; amicus enim inimici mei mihi quoque male velle praesumitur cum enim amicorum bona inter se sint communia, Cicer. *de officiis. lib.* 1. *c.* 16. *et lib.* 3. *c.* 13. Hugo Grotius. *de j. bell. et p. lib.* 2. *c.* 2. §. 2. Etiam 112
amici et inimici ipsis solent esse communes. Marant. *d. loc. n.* 37. Quid vero de inimico reconciliato sentiendum, an hic etiam ut suspectus removeri possit? Et puto repellendum esse cum Maranta *dict. loc. n.* 113
46. Panormitan. *ad. c. cum. oporteat.* 19. *x. de accusationib. n.* 3. Unde vulgo dici solet: ab inimi- 114
co reconciliato cavendum esse. Syracid. *c.* 12. *v.* 10. *seqq.* nam sicut in vulnere corporis, sanato licet, tamen remanet cicatrix, quae interdum recrudescit aut denuo suppurat; ita in animis quoque comparatum videmus; atque ut in morbis saepe sunt metuendae recidivae, ita etiam in odiis et inimicitiis, quae sunt quidam animorum morbi. Rittershusius *ad novell. part.* 9. *c.* 6. *n.* 100. Recusatio tamen haec 115
regulariter ante litem contestatam debet proponi. *l.* 16. *c. de judic.* cum spectet ad exceptiones dilatorias, quae ante litem contestatam proponendae *l.* 13. *c. de procurat.* Zoes. *ad ff. tit. de except. n.* 8. alias in judicem consensisse videbitur, et postea non audietur. Zoes. *ad ff. tit. de judic. n.* 99. Richter. *ad auth. all. n.* 8. Qui enim litem contestatur apud suspe- 116
ctum judicem, is tacite renunciasse intelligitur causis recusationum, quas contra eum afferre poterat. Cujac. *lib.* 9. *obs. c.* 23. *pr.* Gail. *lib.* 9. *obs.* 33. *n.* 11. Jam autem in quem quis semel consensit, eum 117
amplius repudiandi facultas est denegata; usque adeo 118
ante litis contestationem opponenda haec exceptio, ut etiam praecedere debeat omnes dilatorias exceptiones; si enim nulla exceptio dilatoria coram tali judice alle- 119
getur, quem quis suspectum habet, omissa recusatione ejus, jam hoc ipso aguitus videtur esse judex delegatus et semel in ipsum consensum, ut non possit deinde amplius repelli. Maranta *in spec. aur. part.* 6. *act.* 2. *n.* 26. Hartm. Hartman. *in practic. observ. tit.* 1. *obs.* 11. Gail. *loc. all.* nisi de novo 120
emergat causa, vel juste ignorata post demum in notitiam perveniat *c. pastoralis.* 4 *x. de except. c. insinuante.* 25. *x. de offic. jud. del.* Glossa *ibid.* quia quae postea emergunt, auxilio indigent novo *l.* 11. §. 8. *ff. de interrog. l.* 1. *ff. de vent. inspic.* Dn. Ziegler. *ad Lancell. lib.* 3. *tit.* 1. §. 30. Dn. Praeses *in annotat. ad. instit.* §. 10. *de except.* Ratio enim 121
exceptionis nihil iniquitatis habet, quia cum primum

ad notitiam litigantium pervenerint, nihil est, quod ei imputari possit, quod non antea eas opposuerit, nam quarum rerum notitiam non habemus, illas ne- 122 que opponere valemus. Quod si vero quis eas causas, quae ab initio litis in propatulo erant, omiserit, ne- 123 gligentiae suae adscribere debet. Non obstat *l. all. apertissimi.* 16. *c. de judic.* ubi dicitur, post litem contestatam non posse recusari judicem; quibus verbis videtur innui, post litem contestatam non esse admittendam recusationem, quaecumque etiam 124 causa supervenerit. Verum respondetur, legem illam intelligendam esse de iis causis, quae ab initio litis erant notae illi, qui eas vult objicere; non vero de iis, quae supervenerunt, cum antea nullae essent, aut quarum notitiam sibi primum comparavit, cum 125 prius essent incognitae. Quod si vero quis recusationem quidem opposuerit, sed postea coram eodem litigare pergat, eo casu tacite videtur renunciasse recusationi a se propositae, perindeque est ac si nunquam recusasset, neque recursus ipsi ad recusa- 126 tionem est concedendus, Marant. *d. l. n.* 75. non enim ferenda est hujusmodi levitas quod enim semel placuit, amplius displicere non potest *c. quod semel.* 21. *de r. j.* 6. nam viam quam quis semel elegit, ambulare debet, nec ab una ad aliam jura regressum concedunt. *l.* 11. *c. de reb. cred.* Brunn. *ad c.* all. 21. 127 *n.* 1. Si tamen princeps causam aliquam cum clausula *appellatione remota* delegaverit, recusationi non erit locus, neque hoc ipso partibus infertur injuria. Zanger. *de except. p.* 2. *c.* 4. *n.* 10. Schrader. *tra-* 128 *ctat. feudal. p.* 10. *sect.* 3. *n.* 11. nam licet ipsis adimatur facultas judicem suspectum recusandi, propter voluntatem principis, quae legis instar servanda, non tamen denegatur ipsis appellationis remedium, si forte iniqua lata fuerit sententia *l.* 1. §. 4. *ff. a. quibus appell. non lic. c. pastoralis* 53. *x. de appel-* 129 *lat* admittenda tamen haec sunt, si levis sit suspicio et frivola non vero, si sit legitima et gravioris alicujus momenti, qualis v. g. posset esse, si commodum delegatus aliquod inde sit percepturus sententia lata pro parte, aut si odio capitali ab ea dissideret, tales enim causae irreparabile inferunt damnum. Mynsing. *cent.* 3. *observ.* 63. Gail. *lib.* 1. *obs.* 33. *n.* 5. 130 *et* 6. Rescripta enim principum ita sunt interpretanda, ne alteri commodo, alteri detrimento sint *l.* 43. *ff. de v. et p. s. l.* 4. *c. de emancipatione liberor.* Brunnem. *ad. l.* 16. *c. de judic.* Scaccia *de appellat. quaest.* 16. *limit.* 1. *n.* 118. *et seqq.* Specul. *lib.* 1. 131 *part.* 1. *de judic. del.* §. 7. Quaeritur nunc, utrum delegatus a principe recusatus alteri causam delega- 132 re possit? Distinguendum puto inter recusationem omissam et propositam. *c. judex.* 5. *de offic. jud. del.* 6. 133 Priori casu subdelegatio ipsi non denegatur, licet enim suspicione laboret, dum tamen non rejiciatur, tenet sententia ab eo lata. Dn. Ziegel. *ad Lancellot.* 134 *lib.* 3. *tit.* 1. §. 30. Quod si jam jurisdictio salva manet, nil obstabit quo minus etiam potestas subdelegandi ipsi a lege tributa illibata et salva servetur. *c.* 135 *pastoralis* 28. X. *de offic. jud. deleg.* Posteriori vero casu, si recusatio sit proposita, sed nondum de eo 136 sententia lata, non est permissa ipsi delegatio. Nam quemadmodum appellatio interposita apud inferiorem et debito tempore introducta ad superiorem ligat manus inferioris, ut quicquid postea egerit in illa causa, sit nullius momenti; ita etiam recusatio judicis adimit rejecto omnem judicandi potestatem, est enim recusationis effectus fere idem qui appellationis. Li- 137 mitatur tamen prius, nisi partes recusantes consenserint, utpote qui prius quidem proposita recusatione subdelegandi potestatem impediebant, jam autem, postquam recusationem quasi revocasse et favori suo renunciasse censentur, libertatem subdelegandi ipsi non denegant; si vero jam pronunciatum de ea, tunc 138 etiamsi partes consentiant, non potest subdelegare, quia per pronunciationem desiit esse judex, et privatorum consensus non facit eum judicem, qui nulli judicio praeest. *c. significasti* 18. *X. de foro competenti l.* 3. *c. de jurisdict.* Marant. *in specul. aur. p.* 4. *dist.* 5. *n.* 40. Layman. *ad c. all. judex.* 5. *eod.* 6. Alia ratio 139 est in judice ordinario, cui, quamvis sententia recusationis contra ipsum ab arbitris lata sit; partes nihilominus sponte ipsi se subjicere possunt *per. l.* 1. *ff. de judic.* Jurisdictio enim si modo aliqua adsit, prorogationem admittit. vid. *c. si quis contra* 4. *X. de* 140 *foro competenti* et Gloss. *ibid. verb. executor.* Delegatus vero post sententiam latam causam alteri subdelegare nequit, cum jurisdictionem omnem amiserit, uti dicitur *in c. judex. all.* Laym. *ibid.* Quid si ali- 141 quis v. g. consul, cui a principe intuitu dignitatis causa delegata est, ante latam sententiam recusationis objectae moriatur, an qui in consulatu ipsi succedit, de ea causa cognoscere possit? Puto affirman- 142 dum esse, quia cessat ratio recusationis, quae objiciebatur ratione personae non ratione dignitatis, si vero recusatus lata jam sententia mortuus sit, transire jurisdictio ad successorem nequit, cum jam extincta sit. Layman. *ad c. all.* 5. Quod si vero delegatus 143 principis, cujus fides suspecta est partibus, causam commissam alteri delegaverit, dubium est, an possit delegatio talis impugnari? Resp. Si totam causam 144 commiserit, valet talis delegatio, cum enim causae, ob quas in suspicionem pervenit delegatus, personam non vero jurisdictionem ipsius tangant, et exceptiones personales non egrediantur personam, *l.* 21. *pr. ff. de pact.* neque vitium auctoris nocet successori, puta quando concernit tantum personam auctoris non autem rem in successorem transmissam. *l.* 5. *ff. pr. de divers. et temporal. praescript.* ideo remota persona suspiciones quoque removeri justum est, utpote quae in delegato residebant, et eapropter ad subdelegatum non sunt extendendae. *c. judex* 5. *de offic. jud. del.* 6. Gloss. *ibid. vers: proponebatur.* Secus vero, si sibi 145 aliquid de jurisdictione reservasset *c. all.* Hinc exsur- 146 git quaestio, an recusatus delegatus de recusatione sua cognoscere possit? Respondeo cum distinctione, 147 aut causa recusationis est notorie frivola falsa et frustratoria; aut dubia; priori causa exceptiones recu- 148 santis rejicere potest, quia malitiis non est indulgendum. Posteriori vero casu arbitri a litigantibus electi 149 cognoscere et causas recusationis an justae sint, examinare debent *c. secundum requiris* 41. *c. cum speciali* 61. *X. de appell.* Goedd. *de sequestratione c.* 1. *n.* 13. Gail. *lib.* 1. *obs.* 34. *n.* 6. *et obs.* 33. *n.* 14. Hartm. Hartmann. *observat. tit.* 1. *obs.* 13. Cujac. 150 *dict. lib.* 9. *obs.* 23. Cum enim agatur de aestimatione propriae personae, suspectus merito redditur ad cognoscendum de tali exceptione. Judicare enim in re propria omni jure est prohibitum. *l.* 10. *ff. de juris-*

151 *dict. l. un. c. ne quis in sua causa judic.* Quamvis aliqui respondeant; prohibitionem, ne quis in sua causa judicet, procedere, quando causa ita est sua, ut in ea proprium commodum praetendat *l.* 11. §. 11. *ff. quand. appelland.* Habere autem jurisdictionem de causa cognoscendi non esse commodum, sed magis incommodum, *l. fin.* §. 14. *ff. de mun. et honorib.*
152 Verum si nullam aliam ob causam ipsi sit deneganda cognoscendi facultas, certe hanc ob rationem fieri posset, quod ex tali recusatione judex ad indignationem provocari queat. *l.* 11. *ff. de recept. arbitr.* unde justus oritur metus, ne parti recusanti noceat, cui nihil gravius accidere potest, quam sub suspecto litigare judice *c. quod suspecti.* 3. *quaest.* 5. *c. cum inter* 5. *X. de except.* Panormit. *ad c. all. n.* 12. Rittershuf. *ad novell. p.* 9. *c.* 6. *n.* 111. Bachov. *ad Treutl.*
153 *vol.* 1. *disp.* 12. *th.* 11. *lit. h.* Sed si recusetur subdelegatus, quaeritur an jurisdictio redeat ad subdele-
154 gantem? Affirmatur, si non in totum subdelegaverit, si hoc factum, distinguitur, an re integra recusetur, an vero tum, postquam uti coepit jurisdictione; prio-
155 ri casu jurisdictio redit ad subdelegantem; posteriori
156 vero ad superiorem sive primum delegantem *c. quamvis. de offic. jud. deleg.* 6. Panormit. *ad. c. super*
157 *quaestionem* 27. §. *ejus ergo. n.* 3. Quod si duo delegati fuerint cum clausula: *quod si ambo*, et unus ut suspectus recusetur, non expirat jurisdictio alterius, sed solus procedere potest ob clausulam *quod si ambo*; *c. si contra* 4. *de offic. jud. del.* 6. Laym. *ad c.*
158 *cum super* 23. *X. eod. n.* 3 (7.) Finitur jurisdictio delegati lapsu temporis praefiniti; veluti si delegatum fuerit negotium intra certum tempus finiendum *c. de causis* 4. *X. de offic. jud. del.* Laym. *ad. c. all. n.* 1. ad tempus enim concessa post tempus censentur pro-
159 hibita *l.* 27. §. 1. *ff. de pact.* Posse tamen tempus de communi partium consensu extendi putat pontifex *in c. all. de causis.* Laym. *ad c. cum olim abbas* X. *de offic. jud. del. n.* 4. vid. *l.* 2. §. 2. *ff. de jud.* quamvis enim nemo privatus judicem sibi constituere possit, jurisdictionem tamen quam habet delegatus, prorogare ipsi non denegatur, cum tempus in favorem partium sit appositum, ut lites eo citius finiantur, quilibet autem favori pro se introducto renunciare potest *l.*
160 *poen. c. de pact.* Petr. Barbos. *ad l.* 1. *ff. de jud. art.*
161 1. *n.* 226. Excipe, nisi delegans prohibuerit, ne terminus prorogetur *l. all.* 2. §. 2. *ff. de jud.* Deinde si appareat, non ob partium favorem sed ob bonum publicum terminum praefixum esse *l. properandum.* 13. *c. de judic.* Laymann. *ad c. all. de causis. n.* 2. Quod 162
autem dixi, judici delegato tempus praescribi posse, intra quam causam definire debeat, id trahendum non est ad executionem sententiae, nam hanc etiam post lapsum temporis exequi poterit, cum jurisdictio ejus omnino finita non sit *arg. c. significasti.* 7. *x. de offic. jud. del.* Secus si terminus praefixus sit jurisdi- 163
ctioni delegati, quia et executio sententiae actus jurisdictionis est. Paul. Laymann. *loc. all.* (8.) Expirat 164
jurisdictio delegati relatione causae ad superiorem delegantem *c. licet.* 5. *x. de offic. et potestat. jud. del.* Zoes. *ad lib.* 1. *decretal. tit. de offic. jud. del. n.* 39. Petr. Barbosa *ad cap. all. licet.* Tholosan., *syntagm. jur. pontificii lib.* 5. *tit.* 6. *c.* 9. alias enim superioris auctoritas illuderetur, si dum causa sub examine ejus pendet, inferiori concessum esset, aliquid judicando immutare. *c. nomen. causa.* 2. *quaest.* 1. *et l.* 1. *c. de relat.* (9) Denique finitur delegatio, si delegatus pro- 165
nunciet, nullam sibi jurisdictionem seu jus de causa cognoscendi competere, et partes litigantes sententia tali contentae non appellent; transit ea in rem judi- 166
catam, ut postea delegati officium in eadem causa sine nova delegatione suscipere nequeat, ne quidem consentientibus partibus, cum hae jurisdictionem alteri quam non habent, dare non possint. *l.* 3. *c. de jurisd.* Laymann. *ad c. significantibus* 38. *x. de offic. jud. del.*

Haec sunt, quae de eleganti et utili hac materia 167
quamquam properante et fugitivo calamo exprimere licuit. Deo t. o. m. devotissima mentis pietate humillimas exsolvo grates pro divino, quod expertus sum auxilio, proque clementissima studiorum meorum directione, quae ut in nominis sui gloriam et patriae commodum ulterius dirigat, instanter supplico. A te vero, benevole lector, veniam expecto, si non omnia ad palatum prolata, aut intacta plane nonnulla partim ob materiam per multa juris capita diffusam, partim ob temporis penuriam relicta sunt. Dabis autem 168
veniam, si in memoriam revocaveris illud imperatoris. *l.* 3. §. 13. *c. de v. j. enucl.* In nullo aberrare, seu in omnibus irreprehensibilem et inemendabilem esse divinae solius non mortalis est constantiae. Sic itaque cum Oweni epigrammate:

Sat mihi sunt pauci lectores, est satis unus;
Si me nemo legat, sat mihi nullus erit.

Disputationi meae impositus

FINIS.

DISPUTATIO SECUNDA

DE JURE RERUM NON EXISTENTIUM.

DIE XIV. MARTII. ANNO MDCLXXXIV.

PRO LICENTIA

DANIEL ERASMI, REGIOM. PRUSS.

CAPUT I.

De non existentibus in genere.

CONSPECTUS.

Dubia an de non existentibus tractari possit, cum non entia *nihil sint, nec scire possint? n.* 1.
Non entium distinctiones. n. 3.
Quid sit non ens negativum, *quid* privativum? *n.* 4. 5.
De quo non ente objecta axiomata intelligenda? n. 6.
Non existentia *non sunt* non entia. *n.* 7.
Sed haec differunt ut existere *ab* esse. *n.* 8.
Essentias *differre et praecisas esse ab* existentiis. *n.* 9. 10. 11.
In hypothesi Jctus non existentium rationem habere debet. n. 12.
Quomodo accipiamus vocem jus? *n.* 13.
Quotupliciter quid dicatur non existere? *n.* 14.
De his quae exstiterunt et non amplius existunt hic praecipue tractatum iri. n. 15.
Non existere dicuntur, quae aliud sunt facta. n. 16. 17.
Recensentur plura, quae non existere dicuntur. n. 18, 19. 20. 21.
Pecunia expensa non reconciliari mutuum tamquam non existeret contra Godofred. n. 22.
Non existere etiam dicuntur, quae pro extinctis tantum habentur. n. 23.
Non existere et non extare an idem sit? n. 24. 25.

1 *Non ens ἀδιανόητον καὶ ἀνέμφατον incogitabile ineffabileque et irrationale esse* dixit *Plato*, (cum quo se errare quam cum aliis recte sentire malle Cic. 1. *Tusc.* sit. *conf. epist. att.* 63. *lib.* 4.) *in sophista, seu de ente pag. m.* 184. *m.* Non ens non est scibile, inquit *Averroes Cordub. cognomento commentator magnus dictus, comment. in Arist.* 1. *de gen. et corr. c.* 19. 2. *phys.* 47. conf. Arist. 4. *Pys. auscult.* 67. Non ens nihil est *ibid. c.* 1. *t.* 1. *et* 5. *Phys. c.* 2. *text.* 8. 1. *de gener. et corr. c.* 16. Adeoque de non ente nihil praedicari, nihil deceri potest; non entis enim nullae sunt affectiones.

Hae sunt illae veteres cantilenae, quas sub initium veremur, ne nobis, nonnulla de jure non existentium commentantibus, illi occinant, qui sonos axiomatum philosophicorum, quos ceu canis ex nilo citra intellectum debitum crude hauserunt, crepare amant. Quamquam autem hae aures nostras non vellicent, et sapientibus etiam tacere hic satis esse posset; nihilominus tamen etiam vulgo eruditorum ut satisfaciamus, quaedam hac super re praefari lubet.

Nimirum non existentia non sunt proprie non entia, de quibus axiomata allegata loquuntur. Non ens 2
enim pluribus modis accipi docet Arist. *l. metaph.* 3
12. 11. *et* 5. *Phys.* 8. vid. *Averroes ad d. l.* Imo si quis socraticarum nubium amator plures distinctiones non entium et entium prolixe requirat, adeat scholasticos: tantam illic earum copiam offendet, ut vix plus Aegiptum vexasse locustas credam. Nobis sufficiat ad nostrum scopum non ens distinguere (aequivoca enim proprie distinguimus, univoca dividimus) *in non ens negativum* seu *simpliciter tale*, et in *non ens privativum seu secundum quid.*

Non ens negativum est quod non est actu nec po- 4
tentia, seu ut emphatice loquitur *Averroes comment. ad* 4. *phys.* 67. *cujus potentia est potentia nihil, quod est negatio simpliciter et perfecta privatio.* Arist. 5. *phys.* 8. tale non ens vocat non ens secundum compositionem et divisionem h. e. secundum affirmationem et negationem. Talia non entia sunt v. g. chymaera, hircocervus etc. quae scholastici *entia rationis effective* h. e. quae, si cogitare de iis desinas, nec in mente nec in universo quicquam sunt, vocant. Distinguunt enim entia rationis in objective et effective talia, quasi paranomasias habita ratione. De ejusmodi entibus rationis elegantissimus Barlaeus in festiva *orat. de ente rat.* post plura ingeniosa sic concludit: *mens nostra non entium productionem ingeniose somniat et Morphei domum adornat. Ratio audacula, quae natura committere exhorruit, fingit.* Conf. Senec. *epist.* 58.

Non ens privativum est Ens in potentia 12. *met.* 5
11. quod actu quidem non est, sed tamen existere potest. Adeoque τὸδιαν et essentiam suam veram habet, quam intelligere, docere, de qua talia praedicare possumus, quae se vere ita habent in existentia seu praeterita seu futura. Ergo memorata axiomata vera sunt 6
de non ente negativo et simpliciter tali, non de privativo et secundum quid. Equidem quod actu non est, 7
potentiam tamen habet, ut vel fuerit vel esse possit, id etiam non ens dicitur, prout modo dictum, sed magis ἀκριβῶς non existens vocandum foret. Etenim 8
sicut esse ab existere, essentia ab existentia toto differunt coelo, ita et non ens a non existenti discrepat.

Essentiae seu, ut scholastici, qui βαρβαρίζειν quandoque amare videntur, ajunt, quidditates omnino
9 praecisae sunt ab existentiis. Sunt enim rerum ideae (quas Senec. *epist.* 58. proprium Platonis suppellectilem facete vocat) seu conceptus in intellectu, licet non cogitemus, an res actu existat nec ne. vid. Rob. Baron. *metaph. spec. sect.* 2. *n.* 6. *Et non est necessaria connexio quidditatis cum sua existentia: sive enim triangulum existat sive non, habet tres angulos aequales duobus rectis, inquit* Benedict. Pererius *de comm. rerum princ. et affect. lib.* 8. *de caus. c.* 13. *p.* m. 474. Essentia rosae in hyeme non habet existentiam, quam habet in vere. Goclen. *con. phil.* Linea in essentia sua est longitudo sine latitudine, in existentia ne quidem spollinea linea est sine latitudine. Joh. de Jandun. *de coelo et mundo.*

10 Existentia vero ἐνεργεία seu ὑπαρξις est actus, quo res actu existit et est τῇ φύσει posterior essentia. vid. Muret. *ad epist.* 58. *Senec.*

11 Essentiae itaque rerum sunt aeternae, nec existentiis ita allegatae, ut his intereuntibus illae quoque evanescant. Nec obstat, ita rem habere ad cognosci sicut adesse. Esse enim in hoc axiomate non accipiendum pro existere; alias enim accidens sine subjecto cognosci non posset. Non existentium ergo omnino sunt affectiones, est vera essentia et natura, quam cognoscere, docere, scire nihil prohibet.

12 Atque ut illa, quae hactenus de non existentibus velut in thesi edisseruimus, nunc ad hypothesin transferamus, asserimus, Jctum non tantum de non existentibus recte agere posse, sed et jura non existentium necessario callere oportet: quod variis ratiociniis evincere in promptu quidem esset, sed secutarum rerum copia hic calamum compescit, adeoque utilitatem et necessitatem hujus materiae ex sequenti tractatione ipsa dijudicandam relinquimus.

13 Priusquam autem rem ipsam et tractationem jurium circa res non existentes aggrediamur, etiam nominum rationem qualem qualem habere placet. Scilicet quo sensu voce juris utamur, et acceptionem τοῦ non existere breviter delibabimus. Nimirum quando jura non existentium commemoramus, eo sensu vocabulum juris accipimus, quo accipitur, cum dicimus jus rerum, jus ad rem, jus sanguinis, jus cognationis §. *ult. de leg. agn. agn. tut.* §. *pen. de cap. dem. l.* 223. §. 1. *de v. s.* it. quo actio dicitur jus *pr. de act.* Videlicet quatenus sumitur pro juris constituti effectu, vel qua significat jus constitutum a magistratu alicui reddendum: vel ut *incomparabilis* Grotius ait, *lib.* 1. *de j. b. et p. c.* 1. *thes.* 4. innuit qualitatem moralem personae competentem ad aliquid juste habendum vel agendum: vel ut dn. Puffendorff. *redivivus ille Grotius, l.* 1. *de j. n. et g. c.* 1. §. 20. loquitur, significat qualitatem, qua recte vel personis imperamus vel res tenemus, aut cujus vi nobis aliquid debetur, vid. de variis et hac juris acceptione Hahn. *ad t. de j. et j. n.* 14. Less. *de j. et j. l.* 2. *c.* 2. *disp.* 2. Svarez. *de leg. c.* 17. *n.* 2. Jus ergo non existentium nobis sunt legum dispositiones, quae nobis jus h. e. facultatem tribuunt id persequendi, quod occasione interitus non existentium injuste abest vel jure tribuendum est.

Non existere vero est actu non esse id, quod tamen esse potest. Adeoque (1.) Non existere dicitur id, 14
quod nec in praeterito fuit, nec in praesenti est, nec futurum est, possibile tamen est, ut vel esse potuisset vel futurum fuisset. Sic tabulae non extare dicuntur in *tit. ff. si tabulae test. nullae extabunt.* (2.) Non existere dicitur, quod nec in praeterito nec praesenti existit, sed tamen futurum est: sic conditio non existere dicitur *arg. l.* 19. *de pec. const. l.* 5. *de injust. rupt. test. l.* 88. *pr. ad l. falcid.* it. fructus futuri *l.* 24. *pr. de legat.* 1. (3.) Non existere dicitur, quod actu non est nunc, sed tamen aliquando fuit, adeoque desiit id existere, quod fuit. v. *l. sed et ejus rei* 24. *ff. fam. herc. l.* 5. §. *ult. de in lit. jur. l.* 91. §. *ult. de v. o. l.* 23. *eod. l.* 10. *fin. de jur. dot.* Nos 15
vero in primis non existens in posteriori significatu accipimus scil. pro eo, quod existit, sed existere desiit, de his nunc praecipue dicturi. De futuris enim, quae etiam ad non existentia pertinent quoq; tractare constitueramus, sed quae superiori anno Wittebergae prodiit disputatio de futuris consilium mutavit.

Quod autem non amplius existere dicimus, id non statim volumus in nihilum redactum, aut nihil, sed praecipue aliud quid esse. Videri omnino meretur ap- 16
prime huc faciens locus Arist. 1. *de gen. et corr.* 16. ex quo et aliunde perpulchras speculationes huc adscribendi copia parata est, sed festinatio ad rem ipsam id non permittit. Non existere ergo recte dicemus, 17
ea quae ob mutatam formam desierunt id esse, quod fuerunt, licet non plane interierint, sed materia ad huc exstet.

Nam et illud, quod furto vel casu abest etc. interiisse dicitur, etsi revera non interierit *arg. l.* 35. 18
§. 4. *de contr. empt. l.* 14. §. 1. *de per. et com. rei ven. l. un.* §. 3. *furti adv. naut.* Sic id, ex quo nova species facta est, non existere defendemus cap. seq. vid. *arg. l. proponebatur.* 76. *fin. ff. de jud. vid. l. Julianus.* 9. §. 3. *ad exhib.*

Consumpta etiam recte dicuntur non existere v. 19
arg. l. 5 §. *fin. de don. int. vir. l.* 29. *fin. de condict. ind.* sic fructus consumpti et extantes semper opponuntur *l.* 3. *c. de cond. ex leg. etc.* de quo infra cap. speciali. Sic mutuum consumptum non existit am- 20
plius, de quo etiam infra *cap. spec.* Sic etiam pecunia mutuo data non existit, ubi ex ea poculum vel aliud vas argenteum factum, de quo suo loco. Vid. omnino *l.* 36. *pr. ff. de usufr.* et ibi Bus. et Brunnemann. Sed vice versa pecunia, quam a non domi- 21
no mutuo accipiens alteri denuo mutuo vel in solutum dedit, non recte dicitur consumpta aut non existere. Potest enim ea a vero domino, cujus mansit, vindicari, quia satis certum est, eam adhuc exstare; adeoque hoc casu mutuum non reconciliatur, ut jus non existentiae ibi locum habere queat, de quo infr. Nec obst. §. 2. *de usufr.* Unde nescimus, quo colore *Dion. Godofred.* virum de jurisprudentia, si ullus unquam, meritissimum excusemus, quando *not. ad l.* 9. §. 2. *ff. de auct. tut.* isto casu pecuniam consumi docet. Neque enim *l.* 19. §. 1. *de r. c.* ad quam provocat, ei patrocinatur, sed expresse contradicit, si attente trutinetur. Neque hoc esse illum excusare putamus, quando Vinnius *ad* §. 2. *quib. alien. lic.* frigide causatur, notarum scriptores errare non esse mirum, quibus tempus non est vanno aut cribro utendi.

Ista vero etiam non existere dici, quae casu perie- 22
runt, deductione opus non est. v. *l.* 6. *fin. c. solut.*

matr. l. 36. §. 3. *ff. de haered. petit. l.* 14. §. 5. *quod met. caus.* et nota, quod ager terrae motu ita corruere, ut nusquam sit *l.* 15. §. 2. *locat.* et chasmate perire dicatur *l.* 11. §. 5. *de min. etc. etc.*

23 Quaedam improprius non existere dicuntur. Sc. quae re vera quidem non desierunt existere id quod fuerunt, sed tamen secundum quid pro non existentibus habentur a legibus, quod alteri rei tamquam pars etc. accesserint, ut purpura aliena intexta alterius vesti et brachium ferruminatione statuae junctum unitate majoris partis consumi etc. et alia plura jure accessionis, de quo cap. 3. extincta dicuntur. vid. §. 26. *de r. d. l.* 3. §. 5. *de r. v.* vid. Bachov. (quo in iis, quae ad solidam juris nostri interpretationem faciunt accuratiorem vix tulit prior aetas, judicio Hahnii praef. ad Wesenb.) *ad d.* §. Sic etiam nummi cum aliis commixti ita, ut discerni non possint, non existere intelliguntur. *l.* 78. *ff. de solut.* v. Donell. *ad l.* 11. §. *ult. de r. cred. l.* 9.

24 Synonyma ergo nobis erunt in quibusdam specialibus materiis tractandis non existere, consumptum esse, periisse, mortuum esse etc. sed ad omnia ista, de quibus acturi sumus, una voce comprehendenda non suppetit melius vocabulum, quam non existere. Aequivalet tamen huic non exstare. Tametsi enim existere et exstare aliquando differunt, ut filius haeres existere, sed non exstare dicatur, si se abstineat, quod Cujac. *lib.* 20. *quaest. Pap. ad l.* 55. *ad sct. trebell.* et ex eo Bar. Brissonius (cujus ingenium antiquum juris aerarium vocare solitus est Pet. Fab. *in semestr.*) *l.* 5. *de verb. sig. p.* 63. deducit; non exstare tamen non solum, quod non durat, sed et, quod nondum extitit *l.* 84. §. 7. *de leg.* 1. *l.* 27. *de cond. demonst. l.* 8. *ff. quib. ex. caus. in poss. l.* 30. *de pact. dot.* et non existere etiam quod fuit dicitur: adeoque haec duo promiscue usurpare possumus. Maluimus tamen non existentium voce uti, quod exstare in communiori legum loquendi usu consumptioni opponatur, et non exstare consumptum esse, frequentius involvat. vid. *l.* 9. §. *ult. f. de jur. et fact. ign. et text. sup. alleg.* Nos vero non tantum de illis non existentibus acturi sumus, quae consumpta sunt, sed et de iis, quae alio modo existere desierunt. Potuissemus in praeliminaribus prolixiores esse, sed ad rem ipsam properare maluimus.

CAPUT II.

De jure non existentium circa dominium acquirendum per specificationem.

CONSPECTUS

Dominium *quandoque acquiri et amitti* propter ea, quod res non existit? *n.* 1.
Ut in specificatione. *n.* 2.
Specificationis materia intricata est. n. 3.
Per jura non existentium tota quam optime explicari potest. n. 4.
Illud ex quo nova species fit, non existere, *probatur philosophice n.* 5.
Re non existente, dominium ejus desinit. n. 6.
Exemplum Grot. *de cessante imperio. Reip. formam corporis amittente h. e. non existente. n.* 7.
In specie nova dominus materiae dominium amittit, quia non existit. n. 8.
Specificans autem fit dominus, quia rem facit existere per formam. n. 9.
Probantur hactenus dicta per leges. n. 10.
Sententiam hanc nostram esse proculeaneam, *eamque cum* imperatoris, *mediam approbantis, convenire. num.* 11.
Individibilitas in specificatione cur requiratur? n. 12.
Nova forma essentialis materiae formam pristinam extinguit, et speciem facit, non accidentalis. n. 13.
Adeoque species in specificatione non est individuum logicum *contra* Franzk. *n.* 14.
Exempla, in quibus species facta videtur, nec est, quia res non desiit eadem existere. n. 15.
Frumentum excussum non esse novam speciem ex eisd. principiis. n. 15.
Lyclama *not. n.* 17.
Ex alieno melle et vino mulsum factum novam speciem esse, ex jure non exist. deductum. n. 18.
Idem de farina et pane *ex frumento. n.* 19.
De cerevisia *ex polenta. n.* 20.
Veste *ex lana. n.* 21.
Vino et oleo *ex uvis alienis facto contra* Bachov. Conan. Lyclam. *n.* 22.
De electro. *n.* 23.
De nave *ex alienis tabulis facta* antinom. *in l.* 26. *de a. r. d. et l.* 61. *de r. v.* contr. pl. dd. *n.* 24.
Grot. Conan. Hotom. *etc. not. n.* 25.
De actionibus *ex specificatione oriundis juxta princip. eadem. n.* 26.
Cur mala fide speciem faciens *non faciat suam, ex iisdem princip. n.* 27. 28. 29. 30.

Quemadmodum in jure rerum occurrit jus in re et 1
ad rem, dominium et obligatio: ita circa dominium et obligationem abjudicandam adjudicandamve singularia jura non existentium veniunt consideranda. Neque enim leges tantum tractant de obligationibus, ob quas interitus non existentium imputari, periculum non existentium praestari et de non existentibus agi debeat; verum leges saepe etiam obligationem et liberationem nullam admittunt, quam diu res existit, et vice versa tunc obligationem concedunt, cum res existere desiit et non extat. Parili modo saepe leges dominium rei tribuunt adimuntque alicui propterea; quia res ista non existit et extincta est, vel pro tali habetur; adeo, ut non existentia tuto ad minimum dici possit occasio et terminus, a quo acquirendi dominium et obligationem, si absolute modus acquirendi dominium et obligationem dicenda non est, quorsum tamen Bachovius *com. ad instit.* §. 2. *quib. al. lic.* et ad Trentl. *disp.* 20. *th.* 6. et Conan. 7. *com. c.* 1. *n.* 15. collimare videntur, dum *consumptionem* expresse modum acquirendi dominium vocant.

Antequam itaque reliqua jura circa non existentia exponamus, primo demonstrare placet, esse modos acquirendi et amittendi dominium et obligationem, eo praecipue fundamento nientes, quod res non existat.

Atque ut hoc, quod paradoxum ferme videtur, primo in dominio acquirendo verificemus, consulto ad modos acquirendi dominium jure gentium pedem conferimus. Cum enim jus gent. humanis consulat necessitatibus, eidem etiam maxime convenit necessitati interitus, quae omnibus sublunaribus, corruptionis
2 lege incumbit, consulere. Sunt vero istorum acquirendi modorum j. g. aliqui, in quibus jura non existentium deducere possumus, et in specie quidem talis est *specificatio*.

3 Quando quis ex aliena materia speciem produxit, quis ejus dominus sit, non tantum olim inter veterum Jctorum sectas disceptatum est, sed et hodienum intricate disceptatur. Alia est sabinianorum, alia proculianorum, alia mediae sententiae auctorum, quos approbatos non nominatos a Justiniano invenimus, §. 25. *de r. d.* (fuerunt tamen Cejus *l.* 7. §. 7. Callistratus *l.* 12. §. 1. Paulus *l.* 24. 26. *pr. ff. de a. r. d.* Vid. *cons. Rittershusii comment. inst. florentissimus* ut eum vocat dn. Pomeresch. *praef. inst. ad d.* §. 25.) Imo et post justiniani decisionem alia est *illustris Grotii*, alia *sagacissimi Conani*, alia *acutissimi Bachovii*, alia *ingeniosissimi Hotomanni*
4 hac in re sententia. Nos alia, quam qua communiter solet, rem aggrediemur via. Nimirum toti isti materiae et omnibus desuper controversiis fundamenti loco jura non existentium substernimus, et ex his omnes decisiones omnesque difficultates hac in mate-
5 ria demonstrari, et superari posse, confidimus. Hae nimirum sunt illae sublunarium necessariae et aeternae leges. Unius generatio est alterius corruptio Arist. 8. *Phys. c.* 13. *text.* 73. *et* 1. *de gen. corr. c.* 3. *text.* 17. *t.* 20. 2. *Metaph. c.* 1. *text.* 7. et ibi Averr. Generatio est corruptio ejus, ex quo generatur, Averroes *comm. ad* 3. *Phys. cap.* 8. *text.* 73. Nihil igitur potest fieri aliud, nisi desinat esse quod fuit. vid. Plato *in parmenide s. ideis pag.* 214. Quaelibet autem res habet formam propriam Arist. 1. *de anima c.* 1. *text.* 53. Averr. *in* 1. *met.* 11. Si ergo ex una re alia fiat species, pristina forma necessario perire et non existere debet, ut nova forma in ista materia et per eam nova species existere possit. Facit illud Averr. *in* 3. *phys. text.* 13. *transmutatio venit de forma in formam, sicut venit de alietate in alietatem*, et illud 3. *de coel. t.* 31. *forma corrumpitur cum materia induit aliam formam.* Nec revera res potest specie et forma alia esse, si pristina rei forma non extinguatur. Formae enim rerum invicem confundi nequeunt, vid. ille. Rittershusio ad Oppian. judice, *incomparabilis subtilitatum conditor et Aristoteli suppar*, Scaliger. *exerc.* 16. *sect.* 3. *ex* 249. *s.* 1. *ex.* 307. *s.* 27. Itaque cum nova species per novam formam facta, et pristina forma eo ipso extincta est, sequitur rem ipsam pristinam non existere. Si enim forma rei dat esse quod est, sequitur extincta forma rem non existere quod erat. *Si speciem fecero*, ait Fr. Balduin. *in catechesi jur. civ. c.* 3. *c. f. pag. m.* 54. *materia tua esse desiit quasi extincta*
6 *sit.* Extincta autem re, extinguitur etiam dominium ejus. *Res mea*, inquit idem, *sit aut consumpta extinctave sit, aut pro extincta consumptave habetur, manere mea non potest.* Sic *Hug. Grotius*, qui judice Limnaeo ad cap. Car. V. plura cognita habuit, quam centum alii, hanc veritatem perspectam habens imperium tolli decet *l.* 2. *de i. b. et p. c.* 9. §. 5. 7
si populus formam reip. et rationem corporis amittat, cum v. g. ob pestilentiam vel vi aut alia causa a societate discedit. (Exemplum est in nota migratione ingrica) rep. enim non existente nec imperium existit amplius. Est vero imperium illud in personas, quod est dominium in res, quod itidem re non existente tollitur. Relata enim simul sunt, et se invicem tollunt. Nec quis diutius potest esse dominus rei talis vel talis, quam quoad res manet talis. vid. *l.* 26. §. 2. *ff. de a. r. d. Novae rei novum est dominium, quoad omnino nove variis modis acquiritur*, inquit Aeg. Hortens. *ad l.* 16. §. 2. *ff. de pign. pag. m.* 312. Sic v. g. dum quis incipit esse dominus vini et panis, alter desiuit esse dominus suarum uvarum et farinae, ex quibus, dum alter b. f. vinum et panem fecit, uvae et farina esse desierunt. Atque huic veritatis jubari *Buchovius*, ille Jctorum aquila, proximus est, ut aquilae soli esse assoleut, dum *comment. ad* §. 25. *de r. d. Hinc enim*, ait, *quoniam forma dare dicitur esse rei, tota decisio in specificatione dependet, et in hoc etiam fundatur distinctio, quam imperator subjicit.* et pp. *jus. dominii ex eo infertur, an res videatur esse adhuc eadem quae prius, an non: si quidem ubi res non potest reduci ad pristinam materiam, videtur quodam modo interiisse, et novum quid effectum.* conf. Gryphiand. *in oeconom. legal. l.* 1. *c.* 22. *n.* 22.

Proclive ergo nunc est concludere, in specificatio- 8
ne pristinum materiae dominum amisisse dominium, quia materia ob novam formam inductam non existit amplius. Neque habet de quo conqueratur multum pristinus dominus materiae, cum ei dominium non tam facto specificantis eripiatur, quam naturae institutione, quae non patitur res novas produci salva materiae pristina forma.

Ultra autem, cum quaeritur, quis ergo speciei do- 9
minus sit, sane pro specificante decidendum, quia novae rei formam dando, esse dedit et sic fecit, ut talis es in rerum natura existeret *l.* 3. §. 21. *ff. de acquir. poss.* Arridet quippe illa haud vulgaris ratio ab *ante. Contio*, certi judicii et exactae diligentiae Jcto, ipsius Cujacii suffragio, tradita *lib.* 1. *disp. jur. civ. cap.* 12. *pag. m.* 80. scilicet *specificationem ad generalem occupationis modum referri posse, et res per specificationem interire et novam substantiam adquirere, et tunc, quasi a specificatore et artifice primitus occupatae sint, ejus dominio cedere.* Nec displicere potest illa *Franzki* subtilissimi, Tabore judice, Jcti allusio ex *l.* 78. §. 4. *fin. ff. de leg.* 3. quando *exercit.* 4. *quaest.* 4. *n.* 6. 7. ait: ubi species vera facta est, potentia formae merito triumphat, et materiam victam secum rapit, quippe quae dat esse *l.* 9. §. 3. *ad exhib. l.* 13. §. *fin. de v. s.* Qualis autem est ista potentia? Bellissime et nostro scopo convenientissime id exprimit Timaeus Faber. *disp.* 13. *th.* 1. *lit. a.* ubi *potentiam*, ait, *hic consideramus quatenus vel existere vel extingui potest materia accessione formae d. l.* 78.

Hactenus, ut opinor, recte philosophati sumus de 10
materia non existente, sed existere desinente in nova specie et dominio, quo dominus materiae excidit, quoque potitus est specificans. Sed quia non hoc cum legibus fecimus, erubescimus. *nov.* 18. *c.* 5. Itaque

probatum imus, nec leges nobis deesse, ex quibus argumentorum nostrorum necessitatem eruere possimus. Sic §. *si tamen.* 26. *instit. de r. div.* verba satis clara sunt, quibus purpura intexta jure accessionis cedere vestimento, et sic extingui seu non existere, et dominum purpurae desinere esse dominum dicitur. Valet autem hic arg. a minori ad magis. Minus enim probabile erat in accessione dominum purpurae suo dominio exui. Nam in specificatione materia verius non existit, quam in accessione res juncta, quae tantum pro extincta habetur, uti infra dicemus. Ergo magis probabile est, in specificatione materiae dominum amittere dominium. Sic *in l.* 27. §. 1. *de acq. rer. dom.* medius terminus cur unguento facto dominus odorum coctorum dominium amittat, est hic: *quia nihil hic est, quod suum fere dicere possit.* it. *in l.* 9. §. 3. *ad exhib.* dicitur, *mutata forma interimit substantiam rei.* Neque enim nos movet ibi sermonem esse de forma externa, quae substantiam non mutat, uti statim dicemus, ut hinc Bachovius *ad* §. 26. *n.* 4. *de r. d.* Jctum in ista *l.* 9. paulo pinguius locutum esse dicat. Nam propterea putamus etiam additam ibi esse vocem *prope.* Pone ergo exemplum de forma interna, et adime regulae isti vocem prope, sic pinguius assertum Jcti, ut Bach. vult, gracilescet in veram et philosophicam regulam. Aliter Grotius *de j. b. et p. l.* 2. *c.* 8. *th.* 19. *n.* 2. ubi vide ultra in *l.* 5. §. *de rei vind.* Ulpianus, cur multum fiat specificantis, pro genuina ratione causatur: *quoniam speciem pristinam non continet et non mansit d. l. et l.* 26. *pr. ff. de a. r. d.* Paulus *l.* 13. §. 1. *de v. s.* cum Sabino et Pedio affirmat rem iis abesse videri, quorum corpus manet, forma mutata est. conf. *arg. l.* 24. *de acq. rer. dom.* Sic Marcell. *l.* 6. §. 1. *de aur. et arg. leg.* asserit, *extinctum quodammodo esse quod in sua specie non permansit.* Hinc etiam domino materiae ob amissum dominium ceu causam, vindicatio, ceu effectus, denegatur, et actio in factum tantum conceditur *l.* 23. §. 5. *de r. v.* Non existentia enim non vindicantur §. 26. *inst. de r. d.* Et rem non existentem jure dominii persequi juri nostro adeo inauditum et impossibile visum, ut in re furtiva non existente conditionem furtivam adinvenire, aut rem, quae dolo alicujus desiit, tamquam si adhuc existat, fingere opus habuerint Jcti. Quod non existit, non potest esse alicujus. Vindicare autem nemo potest id, quod suum non esse videtur, vid. *l.* 27. §. 2. *de Aur. et arg. leg.* vid. *l.* 3. §. 14. *ff. ad exhib. l.* 5. *pr. c. de secund. nupt. l.* 4. *c. de crim expil. haered.* conf. *lib.* 1. *cap.* 7. *subtilium juris.* Paul. Busii, vel ob istum tantum tractatum subtilis titulo non indigni. Non existentia non possunt demonstrari. Quae autem vindicantur, demonstrari debent *l.* 6. *de r. v.* quam rationem optimam debemus *illustri illi jurisprudentiae et aulae nostrae decori* da. Paul. Fuchs. *in paraphrasi inst. quam unicam, excepta illa cantiuncula cum hac non comparanda, habemus, in* §. 26. *de r. d.*

11 Si cui vero haec nostra commentatio novam Terpandri chordam sonare videatur, in ejus gratiam asserere possumus, hanc sententiam antiquissimam et jam a Proculianis contra Sabinianos propugnatam esse. Proculiani namque pro forma pugnantes, mutata ea materiam non existere amplius, indeque dominio pristini domini excidere, defensasse videntur *l.* 7. §. 7. *de acquir. r. d.* Franzk. *exerc.* 4. *quaest.* 4. *n.* 5. Atque haec eadem ipsa sunt, quae hactenus adstruere sategimus. Siccine vero, inquias, decet dememinisse, quod imperator §. 25. *de r. d.* Proculianorum sententiam rejecerit et mediam approbaverit? At enim vero nos admodum negabimus, imperatorem mediam sententiam approbando illam Proculianorum eversum ivisse. Optime potius inter mediam illam et proculianeam convenit, et istam illa tantum explicat. Ad quem enim alium finem mediae sententiae auctores jubent respici, utrum res divisibiles sint nec ne, quam ut doceant, cavendum esse, ne saepius speciem factam esse putemus ubi revera facta non est. vid. Bachov. *loc. cit. n.* 7. At Proculiani quid aliud volebant, quam rem veri 12
specificantis, si revera species facta et forma nova essentialis introducta esset? Reipsa igitur Proculianorum sententiam confirmare nobis, et ut opinamur recte, videtur, quisquis distingui vult, an res sit separabilis annon, h. e. an species revera facta sit nec ne, quod Justinianus fecit *d.* §. 25. Ut autem hoc dignoscere possimus, de divisibilitate materiarum operae pretium est rem paulo altius repetere.

Formae rerum sunt vel *essentiales seu internae* vel 13
accidentales seu externae. Essentialis et interna forma si mutetur, essentia rei revera mutatur et res fit essentialiter alia, novaque species oritur, et eo ipso materiae, ex quibus nova species facta est, necessario fiunt inseparabiles. Forma enim essentialis materiae formam extinxit, ut non existat amplius quod fuit. Quod autem non existit, dividi non potest ab eo, quod existit. Nec formae novae essentialis ad pristinam formam extinctam datur regressus. Sic ex uvis vinum, ex vino acetum; non vero ex aceto vinum, aut ex vino uvae iterum confiunt. Si vero accidentalis et externa rei forma mutetur, species facta non est, et materiae separari possunt. Nova quippe forma accidentalis priorem rei formam extinguere potis non fuit. Sic qui lanam purpura tinxit, non magis speciem fecit, quam qui lanam in coenum et lutum projecit *l.* 26. §. *ult. de a. r. d.* color enim est forma externa et accidentalis, qua non obstante, lana mansit lana. Ista ergo *specificatio accessoria a* Goeddeo, quem alias *Lyclama* 6. *membr. ecl.* 15. non immerito perfectissimi judicii omniaque rimantis industriae Jctum vocat, excogitata in *comm. ad l* 14. *de v. s. n.* 11. Specificatio non est, et argumentum ipsius eum non ad suum scopum sed in foveam ducit: per quod aliquid incipit esse quod est, per id fit species. Atqui per picturam vel colorem vestis incipit esse vestis picta et colorata. Ergo.

Hac occasione subjiciendum duximus, quod accura- 14
tum alias *Frankium* dormitantem hic deprehendisse nobis videamur, dum *exercit.* 4. *qu.* 4. *n.* 1. ait, species hic, uti saepe alias in jure nostro, significat *individuum.* Ita quidem est: Jctis saepe id, quod peripateticis est species, genus est, et quod his individuum est, illis species est. vid. *l.* 6. *de r. v. l.* 34. *de v. o. l.* 12. §. *fundum* 46. *de instr. et instr.* Cujacius et Bartol. *ad eam.* Gryphiand. *Oecon. legal. lib.* 1. *cap.* 22. *n.* 2. 3. Jctos in ista confusione approbat et sequitur *in schol. dialect.* Pet. Ramus, ille Aristoteli mastix, de quo Lips. *cent.* 1. *epist.* 89. Nunquam magnus erit cui ramus est magnus. (Incidenter not. ejus

philosophiam a Sorbonistris, Genevensibus et alibi, in specie hic *Francofurti anno* 1586. 7. *id. aug.* publico academiae decreto rejectam, ejusque sectatoribus omnem aditum ad jura et honores academicos solemniter denegatum esse) Jeti veteres enim erant philosophiae stoicae innutriti. vid. Cujac. *in paul. ad l.* 23. §. 2. *de r. v.* Stoici autem speciem genus, et individuum speciem vocabant. vid. *Seneca* ipse Stoicus *in epist.* 58. ubi hominem, genus vocat, quod nationes sub se contineat tamquam species hominum. *Lipsius* ibi notat Senecam sequi logicam Chrysippi, hodie ridendam, et *Muretus*, fatendum, ait, Senecam in his paulo crassiorem esse, nondum enim valde terebatur Aristot. ex quo solo horum accurata tractatio peti poterat. Non negamus ergo, saepe in jure speciem individuum significare, hic tamen videtur proprie sumi pro specie aristotelica. Nam species ab invicem distinguuntur differentiis specificis h. e. essentialibus, et continent sub se individua numero differentia. Individua vero non habent specificas differentias, sed numero tantum differunt. Differentiae enim individuorum sunt accidentia. *Porpyr. de differentia.* Essentia enim et forma interna in individuis sub eadem specie eadem est, et proprietatibus qualitatibusq; accidentalibus differunt, quarum aggregatio non est possibilis inveniri in alio. *Averroes ad porphyr. de specie.* Aut si dicendum est individua distare essentia, distant essentia non specifica, sed numerica, ut peripatetici loqui amant. Jam in specificatione si statuamus individuum esse speciem, concedendum esset, per qualemcunque mutationem accidentium et formae externae speciem induci, quod est contra omnem juris rationem et dd. consensum. Si enim qui lanam tingeret, speciem faceret etc. quod negat *l.* 26. §. *ult. de a. r. d.* At qui mulsum fecit, omnino speciem fecit. Mulsum enim specie differt a vino et continet sub se individua e. g. mulsum *Pollionis*, (qui se intus mulso, foris oleo vigorem animi et corporis ultra 100. annos conservasse respondit Augusto. Plin. *hist.* 22. 24.) Polonicum, lithuanicum, quod prae caeteris optimum esse meminerunt Julius Bellus *in herm. philosoph.* et Bornit. *de sufficient. rer. lib. I. cap.* 6. sane non falsi a sensibus.

15 Nunc Justiniani §. 25. *de r. d.* Gaji *in l.* 7. §. 7. Pauli *in l.* 26. Pomponii *in l.* 27. *de a. r. d.* Ulpiani *in l.* 6. Juliani *in l.* 61. *de rei vind.* vestigia secuti, ad exempla examinanda nos conferimus, ea, quae hactenus de non existentia materiae diximus, inductione probaturi. Atque ut opposita juxta se posita elucescant magis, ab exemplis, in quibus nova species facta videtur, non tamen est, incipimus. Sic qui sibi poculum fecit ex meo argento vel auro, suum non facit. Cur non? Quia non fecit speciem *d.* §. 25. *l.* 7. §. 7. *de a. r. d. conf. Preusch. l. r. lib.* 3. *tit.* 1. *art.* 6. §. 1. Quid vero ita? Quia verum non est, materiam poculi non existere id, quod fuit. Argentum enim in poculo non desiit esse argentum. *Est* enim *argentum*, et multo maxime aurum, *talis naturae ut saepius in sua redigi possit initia* inquit *l.* 78. §. 4. *de leg.* 3. Quid vero mutatum est in argento? Non forma interna, sed externa sc. superficiei externa configuratio et extensio, quae, quia accidentalis est argento, ab eo separari potest argento manente.

16 Quid vero de frumento et leguminibus? Qui ea excutit fitne eorum dominus? Non. Quid ita? Non fecit speciem. Cur non? Quia non induxit novam formam h. e. quia non priorem ad non esse redegit. Frumentum enim et legumina non desierunt esse frumentum et legumina. Separavit quippe tantum externam granorum extensionem a contiguis glumis, utriculis et siliquis, proindeque perfectam jam tum speciem tantum derexit *l.* 7. §. 7. *ff. de a. r. d.* At sit *Tribonianus* frumentum excussum recenset inter exempla specificationis §. 25. *de rer. div.* Ergone hic §. 25. cum *l.* 7. §. 7. committendus ut pugnent? Aut dicendumne est *cum Azone*, quem Glossa refert, quod *d. l.* 7. §. 7. correcta sit per §. 25. Ridicule Glossa *ad d.* §. dicit, istud, quod de frumento dicitur, hic propter pueros dictum esse, et non habere veritatem. Cui ille vetus et prodigiose doctus Jetus Nicasius, *qui a quarto aetatis suae anno oculis captus, et ob id literarum omnium naturaliter ignarus, tamquam grande miraculum, secundum exhibuit Didimum Alexandrinum: in comment. ad inst.* §. 25. *de. r. d. fol.* 61. ita respondet: *verisimile non est, quod dominus Justinianus propter pueros diceret falsum.* Sed quicquid horum sit, manifestum satis est, frumentum incongruum exemplum specificationis esse. Excusari tamen ita poterit Tribonianus, quod in isto versu: *ut ecce*; exemplis irreducibilitatis (sit venia voci barbarae) magis quam acquisitionis dominii intentus fuerit, et frumentum hic apposuerit exemplificative, ut loquitur *Joh. Faber.* quo exemplum esse eorum, quae non possunt ad pristinam formam reduci, non vero speciei novae. Nec forsan illa *Eyclamae lib.* 3. *membran. eclog.* 4. *pag. m.* 100. tradita explicatio adeo felix est (quemadmodum eam pro tali ipse praedicat *lib. 7. membr. Eclog.* 3. *pag.* 249.) ut efficere possit frumentum recte in §. 25. *de r. d.* allegatum esse, tamquam congruum exemplum. Licet enim placenti concederemus, frumentum ex spicis facere, esse ex spicis excutere, et excussum in suo agro serere, adeoque id fieri ejus, qui sic frumentum fecit per *l.* 25. §. *de usur.* tamen et sic frumentum facere, maneret inane et incongruum exemplum §. 25. Pertineret enim ad jus fatorum vel implantationis, scil. *ad* §. 32. *qua ratione. conf. Preusch Land-Recht lib.* 3. *tit.* 1. *art.* 8. non vero ad jus specificationis. 17

Sed vice versa ut ad genuine specificationis exempla veniamus, si quis ex alieno vino et melle mulsum fecit, speciem fecit, quia nova forma mulsi priorem formam vini, mellis, non existere fecit, ut nec vinum amplius vinum nec mel manserit. Loquimur autem de mulso cocto, quod separatam speciem facit §. 25. *de r. d. et l.* 7. §. 7. *de acquir. rer. dom.* nec sub vino continebitur *l.* 9. *pr. ff. de trit. vin. ol. leg.* (De tali mulso vid. Turneb. *lib.* 14. *advers.* 11. vid. Plaut. *in Bachib. a.* 4. *s.* 6. Non vero de oenomeli, vino melle dulcorato, sicut vinum sacharo inter bibendum miscetur, de quo vid. *d. l.* 9. *de trit. vin.* vid. Jac. Cujac. *lib.* 24. *obs.* 39. Steph. Forcatul. *in penu. jur. c.* 8. Hotom. *com. verb. jur.* 16. verb. *oenomeli et* 2. *pareg. jur. c.* 2. Men. *lib.* 4. *praesumpt* 152. *n.* 17. Gryphiand. *oecon. legal. lib.* 1. *cap.* 22. *n.* 1. 3. Differt aqua mulsa, dromeli, quoque a mulso *d. l.* 9. *vers. simili modo* vid. cit. aut. Sic qui ex alieno frumento farinam fecit, speciem fecit, quia frumentum non amplius existit. Pfeil. *cons.* 202. *n.* 69. Hinc farinam creditor non 18 19

tenetur pro frumento accipere vid. *arg. l.* 3. *de r. c.* et frumento legato non continetur farina, quia alia res est. Surd. *decis.* 139. *n.* 7. Men. *lib.* 4. *de praes.* 151. *n.* 8. vid. Gryphiand. *oecon. leg. lib.* 1. *cap.* 22. *n.* 36. Iterum qui ex aliena farina panem coquit speciem facit, quia farina esse desiit. vid. Men. *lib.* 4. *d. l. n.* 9. Gryphiand. *d. l.* Sic qui ex alieno tritico vel hordeo polentam seu triticum hordeumve maceratum et resiccatum, *Maltz.* (unde dicatur, vid. Gryphiand.) conficit, speciem facit, quia per specificationem novam formam induit amissa hordei natura, usque adeo, ut ad priorem materiam referri non possit, ut ait Moller. *ad.* 3. *constit. saxon.* 35. Gryphiand. *d. l.* Hinc etiam polenta pertinet ad commestibilia, *zum Mustheil*, et pro dimidia parte cedit viduae. Moller. *d. l.* Mat. Coler. *part.* 1. *decis.* 60. *n.* 68. *et de all. lib.* 1. *cap.* 11. *n.* 69. Berl. *part.* 3. *concl.* 48. *n.* 6. Rothschütz. *de dotalitio art.* 25. *n.* 1. Carpzov *part.* 2. *const.* 35. *def.* 8. Item qui ex aliena polenta coxit zythum, quod *d. l.* 9. *de trit. vin. leg.* quidem distinguitur, nobis tamen eodem nomine venit cum cerevisia, (in quod nomen ita non nemo ludit:

Unde suum ducat, quaeris, cerevisia nomen?
Quod cerebrum visat saepe, Sabelle, tuum,)

Speciem fecit, quia polenta esse desiit, nec cerevisia ad polentam reduci potest. de Zythi inventore vid. *Herod. lib.* 2. 11. Si quis ex medicamentis alienis emplastrum vel collyrium fecerit, speciem ex eadem ratione fecit §. 25. *de r. d. et l.* 7. §. 7. *de a. r. d.* vid.
21 Gryphiand. Item qui ex aliena lana pannum vel vestimentum fecit, speciem fecit. Desiit enim lana esse, quamprimum ad telam pervenit et contexi coepit *l.* 70. §. 3. *et* 12. *ff. de legat.* 3. *l.* 26. *de a. r. d* Nec lana, quae est in panno, pristina lana fieri potest. Et licet Penelopae etiam manu replicari posset, nec tum lana fieret pristina: istas quippe potentias, quae pristinae materiae inerant nunquam recuperaret, ut ex ea id fieri posset, quod ex lana integra potest. Materia autem pristinas potentias amittens vix pristina videtur. vid. Glossa et Nicas. *ad d.* §. 25. Menoch. *d. l. n.* 5. Donell. *lib.* 8. *comm.* 17. *g.* Insuper lanificium, quo ex lana vestimentum conficitur, expresse ad specificationem refertur §. 25. *de r. d. l.* 7. §. 7. *de a. r. d.* et vestis species dicitur *l. fin. c. de mil. vest. in XII. l.* 2. *c. de muril. in XI. vid. ibi not.* Godofr. Unde lana legata, vestis ex ea facta non debetur *l. lana.* 88. *pr. de legat.* 3. conf. *l. servius.* 87. *leg.* 3. *et l.* 78. §. 4. *de leg.* 3. Nec *legi.* 88. *obstat. l.* 44. §. 2. *de leg.* 1. vid. Cujacius *in observationibus*, quas Thuanus *lib.* 99. *hist.* divinum opus vocat, *lib.* 23. *cap.* 22. Conf. Pacius Evavt. *cent.* 5. *quaest.* 9.

22 Item qui ex alienis uvis vinum, vel olivis oleum fecit, speciem fecit *d.* §. 25. *d. l.* 7. §. 7. Uvae enim et olivae esse desierunt, nec vinum aut oleum reverti ad uvas et olivas possunt *d.* §. 25. Sed huic sententiae reclamant *Bachovius* et *Conanus*, quorum ille paulo pinguius dictum esse ait, ex olivis et uvis speciem fieri, si vinum et oleum confiat. *Com. ad inst.* §. *si tamen.* 26. *pag. m.* 228. Hic vero Jctos in legibus all. nullam rationem habere dicit, adeoque putat, si id credere deberet, Jctos non magistros suos, sed reges et tyrannos, qui imperare possunt, futuros esse. Conclamat cum his *Lyclama lib.* 7. *membr. eclog.* 3. Requirunt omnes ad specificationem adhuc, ut forma nova remota sit a materia, et arte difficiliori demum inducatur. Verum enim vero sufficit legibus formam internam et essentialem in specificatione mutatam esse, id etiam nobis sufficere potest. Vinum autem essentialiter et specifice differt ab uvis: et proprie loquendo vinum expressum non est iste succus, qui est in uvis. Sic enim peripatetici sanguinem ex corpore humano extractum non nisi aequivoce sanguinem dici posse docent. Ista accuratissimum Bachovium non latuisse quidem videntur, illo tamen conatu defendendi, quod etiam mala fide specificans, de qua loquitur. *l.* 12. §. 3. *ff. ad exhib.* dominium acquirat, in transversum abreptus nobis videtur, ut hunc in finem et se et legem istam in exemplo vini torquere opus duxerit.

Quid vero de *electro* dicendum? Quid sit electrum, 23
docet Joh. Fab. *ad* §. *si duorum. de r. d.* ubi, *Glossator*, ait, *fuit maximus legista, sed parum videtur nosse in aliis facultatibus. Unde scire debes, quod electrum est genus metalli pretiosum etc. et in vase de eo facto, si venenum infundatur, efficitur vas diversorum colorum, ut arcus coeli etc.* vid. ibi plur. An vero is, qui alienum aurum et aes vel argentum colliquefacit, speciem fecit? Ita videtur; Nam §. *si duorum.* 27. *de r. d. et l.* 7. §. 8. *de a. r. d.* ex auro et argento speciem fieri et *l.* 5. §. 1. *ff. de rei vind.* separari ab invicem non posse dicitur: et hoc Gryphiand. *oecon. legal. lib.* 1. *cap.* 22. *n.* 156. defendit, quamvis ex debili ratione. Nos vero rotunde negamus, electrum speciem esse, quia aurum et argentum in electro non desiit existere aurum et argentum. Atque hanc assertionem nostram fortiter tuetur *l.* 5. §. 1. *ff. de rei vind.* ubi dicitur, electrum non fieri specificantis, et de electro neque quam asserendum esse, quod de mulso dicitur. Mulsum autem est species et ad specificantem pertinet *ead. l.* 5. *et d.* §. 25. Nec obst. §. 27. *et l.* 7. §. 8. *alleg.* nam ibi non agitur de specificatione, nec species ibi proprie accipitur. Nec obst. *d. l.* 5. *de r. v.* quia res ita commixtae, ut non desierint existere, quod erant, separabiles manent, licet hoc vel illo seculo, vel ab hoc vel illo pro inseparabilibus habeantur. vid. Aleiat. *lib.* 6. *parerg. cap.* 11. qui ante inventam aquam chrysulcam electrum pro inseparabili habitum esse deducit. conf. Salmuth. *ad Pancir. l.* 1. *de aere Corinth. p.* 236. Steph. Forcatul. *Necyom. dial.* 38. *n.* 2. *p. m.* 162. Sed Callistratus *l.* 12. §. 1. *a. r. d.* separabilitatem hic jam agnoscit; ut adeoque tota res hic ab artificibus peritis pendeat, et aestimanda sit, uti optime Clar. nostras Henn. Wegner. *disput.* 4. *ad inst. th.* 6. *a.* Aliter Bachov. *ad* §. 27. quem omnino vid.

Quinimo ex *d. l.* 5. *de r. v.* verb. *quia utraque materia licet confusa, manet tamen*, possumus concludere, Ulpianum ibi ex nostro principio fateri, aurum et argentum in electro separabile esse, quia non desierunt existere, quod erant; licet suis temporibus pro inseparabilibus habita fuisse eadem lege agnoscat. Ut hinc inferre nobis liceat, certius semper esse, in specificatione respicere, an materiae non existant, quod fuerunt, quam an separari possint. Cum illud, ceu ratio formalis specificationis, nunquam, hoc vere ceu indicium in electro etc. fallat.

Hactenus exemplorum examen ad normam nostri 24
principii de jure non existentium institutum satis be-

, ut opinor, successit; sed nunc exemplum navis nos videtur devehere ad scopulum charybdi periculosiorem. Nam si quis ex alienis tabulis navem fecit, quaeritur, an navis fiat facientis nec ne, hoc est, an species facta sit nec ne. Equidem Paulus *l.* 26. *ff. de acq. rer. dom.* affirmat, fieri facientis. Sed hoc directe negat *Julianus.* in notis ad Minicium in *l. Minicius* 61. *ff. de rei vind.* uti hic judicio *Hilligeri* et *Conani* difficilis antinomia emergere videtur. Anne vero cum Cujac. *not. ad d.* §. 25. *inst. de r. d.* Aegid. Hortensio *comment. ad d.* §. *instit.* Wissenbach. *disput.* 18. §. 23. Gilb. Regio. 2. Εναντ. *c.* 16. *fin.* Hotom. *ad d.* §. *inst.* dicemus, in istis legibus vestigium dissensionis inter Sabinianos et Proculianos in pandectis relictum esse? Non videtur. Equidem Julianum fuisse Sabinianum, liquet ex *l.* 2. §. *ult. de orig. jur.* quia Javoleno et hic iterum Sabino successit. Sed inter Sabinianos et Proculianos in materia accessionis nulla fuit controversia, verum tantum in puncto specificationis. At Julianum non de specificatione vel inaedificatione, sed accessione loqui, mox ostendemus. Aut si de specificatione ibi intelligendus Julianus, quomodo potuit statuere, speciem navis ad se trahere materiam seu tabulas, cum Sabiniani, qualis erat, contenderint, speciem cedere materiae *l.* 7. §. 7. *de a. r. d.* Anne vero cum *Accursio*, *Balduino*, *Donello*, *Bachovio* dicemus, tum navem fieri facientis, si is eam ex meo ligno rudi, prout ex sylva caesa est, seu ex arboribus meis navem fecerit, et de tali casu loqui Paulum *in l.* 26. non autem fieri, si tabulae jam praeparatae ad navem sunt, et de hoc casu loqui *l.* 61. Sed nec huic sententiae manus damus. Nam istud principium, quod in specificatione remotior potentiae materiae et difficilior confectio requiratur, jam ante repudiavimus ceu legibus ignotum et naturae specificationis minime congruum. Insuper legem 61, de tabulis praeparatis loqui, obtruditur isti legi.

Quis ergo in istis difficultatibus exitus? Nimirum videntur istae difficultates scrupuli, non scopuli esse. Neque enim nostrae sententiae naufragium ab ista instantia de nave metuimus. Nam d. leges invicem non contradicunt, quia (1.) *l.* 61. *de r. v.* loquitur de jure accessionis. In ea enim fundamentum decisionis est carina; ad illam enim Julianus provocat. Est vero carina trabis illa fundamentalis, *der Kiehl*, ita enim ab *Ovidio* usurpatur 2. *de ponto*: *Dum mea puppis erat valida fundata carina.* (De partibus navis vid. Cujac. *ad l.* 242. *de v. s.* it. Pontan. Progym. *vol.* 3. *p.* 2. *Progym.* 31.) estque enim carina in navi, quod spina dorsi in homine, et est quasi fundamentum navis, in qua, quantum situm sit, Pet. de Greve. *exercit.* 8. *ad ll. difficiliores ff. ad d. l.* 61. *de r. v.* hisce exprimit: *ubi probus architectus est*, *bene lineatam si semel collocavit carinam*, *facile est navem facere*, *ubi fundata et constituta est.* Carina ergo est velut area et solum, cui superaedificata superficies cedit. Qui ergo super aliena carina ex alienis tabulis navem aedificat, navem non facit suam, sed potius carina tabulas, tamquam accessiones, ad se attrahit, et ut l. 61. loquitur, proprietas totius navis carinae causam sequitur, jure sc. accessionis *per l.* 7. §. 10. *de acq. rer. dom.* §. 29. *et* §. 26. *de r. d.* vid. *l.* 24. *fin. ff. de leg.* 1. Atqui de accessione non de specificatione *d. l.* 61. loqui, nobis videmur ex his probare posse, quia (1.) Decisio Juliani suis principiis Sabinianis adversa esset, si de specificatione loqueretur ut dictum ante (2) quia *in l.* 59. *eod. tit.* Agitur de accessione, scil. de fenestris, quae sane non specificationis sed accessionis jure aedificio cedunt. At ista *l.* 59. in proxima connexione cohaesisse cum *d. l.* 61. valde est probabile, quia ex *Labitti indice* et inscriptione patet, utramque desamptam esse ex eodem *lib.* 6. Juliani ad Minicium, ut adeo una ex alia, quia de eadem materia loquuntur, dijudicari possit. Alias adhuc easque solidas rationes vid. ap. Pac. Εναντ. *cent.* 8. *quaest.* 79. Itaque ille, qui alienae carinae ex alienis tabulis superstruit navem, non sit navis dominus, sed navis cedit ei, ad quem carina pertinebat. Et haec est species *legis* 61. *de r. v.* At e contra in *d. l.* 26. *de a. r. d. Paulus* loquitur de specificatione. Et recte ergo navis ibi fit specificantis. Nam loquimur de eo casu, ubi quis totam navem ex aliena materia exstruit, adeoque etiam ex aliena materia carinam prius praeparat. Et ideo etiam tabularum et cupressus distincte ibi mentionem fieri existimamus, ut innuatur ex cupressu, i. e. metonymice ex arbore, carinam prius praeparatam, eique deinde tabulas superinstructas esse. Atque cupressum de carina etiam Godofr. *in not. d. l.* 26. interpretari, quamquam paulo aliter, deprehendimus. Igitur omnino qui ex alienis arboribus navem fecit, speciem et suam fecit, quia arbores non existere fecit, quod erant *d. l.* 26. Nam truncus arboris resectus et dissectus et carinae formam nactus non accidentaliter, sed essentialiter ab arbore viva differt. vid. Hotom. *ad* §. *cum in suo solo* quem Bach. *ibid.* approbat. Neque tabulae et carina ad priorem materiam redire possunt, ut easdem recuperent potentias, quas habebant ante Hill. 4. 12. c. nam ea ex illis nunquam possent confici, quae ante poterant, cum adhuc essent integrae tabulae et arbores. Materia autem quae non potest pristinas potentias suscipere, eadem non est, ut dictum supr. Facit nobiscum ante dictus Pacius *d. l.* 61. Anton. Faber. *lib.* 6. *conject. c.* 15. Ab adversa parte magno nisu stat Hillig. ad Donell. 4. *cap.* 12. *c.* Supra allegati et plurimi alii.

Sed nec dum sententia nostra in vado esse potest, 25
nisi evitaverimus adhuc scopulos aliquos. Hi autem sunt duorum illustrium virorum, *Grotii* juris gentium, et *Conani* juris civilis summi doctoris, magna auctoritas, quae apud nos est maxima. Hi enim nostrae sententiae minus propitii esse videntur, dum ille *lib.* 2. *de j. b. et p. c.* 8. *th.* 19. *n.* 2. in specificatione communionem secundum veritatem naturalem, hic vero *lib.* 3. *comm. jur. civ. cap.* 6. *n.* 25. ex pretio artis rem dirimendam esse, et, si pretium artis excedat materiae pretium, facienti, si materiae pretium artis vincat, domino materiae speciem adjudicandam esse, dictitant. Facit eum *Conano* etiam *Ant. Matth. et Hotomannus* etc. etc. Sed ut breviter nos expediamus, magno Grotio cederemus, si modo liceret loco veritatis vocem aequitatis subornare. Nam naturaliter verum non est, in nova specie res communes fieri; potius summo jure et ex naturali rerum conditione et ratione vere naturali satis deductum supra putamus, pristinum dominum materiae dominio excidisse eo, quod materia non existat. Neque etiam confusio et specificatio confundendo erant. Aequitati tamen com-

mentionem istam congruere, facilius concederemus, si modo ista communio non videretur esse mater rixarum, quod esse solet *l. cum pater.* 77. §. *dulcissimis* 20. *ff. de leg.* 2. *l.* 26. *ff. de servit. urb.* Consno autem praeter ea, quae ipse respondet Albericus Gentil. *lib.* 4. *lect.* 16. regerimus et hoc, quod ista ratione dominus materiae semper in deteriori conditione futurus esset. Si enim vilis et deteriorata materia esset, non sine injuria domino obtruderetur, ei nulli usui futura. Si vero artificium vincat materiam, maneret specificanti, qua ipse uti vel eam vendere commodissime posset, eo quod nemo facile aliam speciem conficiat, quam in qua negotiatur, vel qua opus habet ad familiam.

26 Aequius ergo et juri nostro convenientius est statuere (1.) in specie facta dominium acquiri specificanti, quia res non existit, id quod fuit (2.) Obligationem ad recuperandam materiae aestimationem ex eadem causa acquiri domino materiae pristino, quod etiam est pars intentionis nostrae in hac disputatione. Hae enim sunt illae justissimae jurium vices: scilicet si quis sine culpa sua dominium rei suae, seu jus in re amiserit, injustum tamen videatur, eum hoc modo damnum pati, tunc ei tribuitur jus ad rem, quo aestimationem consequatur. Qui enim eam habet, vel saltem actionem ad eam consequendam, ille rem habere videtur. *l. is qui actionem* 15. *de r. j. l.* 143. *de v. s. l.* 49. *eod l. rem in bonis* 52. *ff. de a. r. d.* vid. Pet. Fab. *ad d. l.* 15. *de r. j.* Nec obst. *l.* 204. *d. r. j.* Atque ut ista obligatio, ex qua specificans domino pristino obstrictus erat, efficax esset, isti domino pristino, loco amissae vindicationis, actio in factum, quae semper est personalis, vid. Ant. Faber. *lib.* 20. *Conj. c.* 16. concessa est *l.* 23. §. 5. *ff. de rei vind.* Est autem haec actio praetoria, quae deficientibus aliis datur *l.* 11. *et* 21. *ff. de praescr. verb.* Nulla vero alia actio hic superest. Vindicationem enim non habet, ut dictum supra. Nec actionem ad exhibendum, quia materiae separari in specie non possunt: ut congrue huc faciat conclusio *d. l.* 23. *Ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est.* Causa vero actionis hujus est aequitas, qua indemnis servandus est laesus ex facto, quod factum non esse, interest ejus. Jucundum exemplum videsis in *l. duo secundum Tyberim.* 23. *ff. praescr. verb.* De actione in factum vid. egregie disserentem Busium *lib.* 2. *subtil. jur. cap.* 6. Praeterea si dominus materiae pristinus adhuc speciem possideat, contra specificantis vindicationem paratam habet exceptionem doli mali ad aestimationem consequendam *d l.* 23. §. 4. *de rei. vind.*

27 Quae autem hactenus dicta sunt, omnia accipienda sunt de eo, qui *bona fide speciem fecit* ex aliena materia et suo nomine (nam si alieno nomine fecit, idem quidem obtinet, sed tamen species fit ejus, cujus nomine fecit. vid. hanc in rem *l.* 31. *pr.* §. 1. *ff. de donat. int. vir. et uxor.* Brunnem. *ad l.* 51. *eod. tit. et ibi alleg. aut.*)

Sed cur *mala* fide speciem faciens eam non faciat 28
suam? Respondemus ex eodem nostro principio, quod in b. f. specificante deduximus, quia non intelligitur speciem fecisse, idque propterea, quia jure civili verum non est, materiam non existere. Quae enim dolo alicujus non existunt, adhuc existere videntur *l. qui dolo* 131. *ff. de r. j.* conf. *l.* 130. *l.* 137. §. 1. *eod. l.* 25. §. 8. *de haer. pet. Et si enim*, inquit Goddeus *com. ad l.* 14. *de v. s. n.* 11: *revera propter mutatam formam res prior non existat, tamen dolus et mala fides specificatoris hoc efficit, ut neque priorem speciem desiisse videatur l. quod si* 22. *l. sin autem* 27. §. *sed et is* 3. *ff. de r. v. neque res in aliam formam transiisse existimetur, et ideo in solidum tenebitur mala fide specificans, ac si specificatio nulla accessisset l. de eo* §. *si quis ex uvis* §. 3. *ff. ad exhib. d. l.* 27. *de r. v.* Conf. *l.* 4. §. 20. *ff. do usurpat.* ubi species ex lana furtiva specificantis non fieri dicitur, sed vestem furtivam esse. Hinc ergo dominus materiae, quia dominium apud eum mansisse intelligitur, habebit vindicationem vel etiam actionem ad exhibendum *l.* 9. §. 2. 3. *ad exhib.* qua dolus vindicatur quo factum est, quod res in specie non
vindicari posse videatur. Ex dictis non minus facile 29
erit istos casus decidere, quos *Glossa et Nicasius* proponit de duobus, altero bona, altero mala fide speciem faciente et de specificante uno ex duabus materiis, quarum alteram bona alteram mala fide possidet. Nihil ergo hic addimus, quam quod priorem casum ita, ut Glossa et Nicasius deciderit serenissimus legislator Borussiae Jur. Prov. *lib.* 3. *art.* 6. §. 3.

Tandem quod Grotius *lib.* 2. *de jur. bell. et pac.* 30
cap. 8. *th.* 20. infert. sc. non iniquum quidem esse, quod qui m. f. speciem fecit speciem perdat, sed tamen tantum poenale adeoque non naturale esse; naturam enim poenas non determinare, nec ob delicta per se dominia auferre; it. quod Bachov. et Wesenb. *ad* §. 25. *et* 26. *de r. d.* urgent, etiam eum, qui mala fide speciem facit, suam facere speciem, quia in acquisitione dominii tantum rei non personae capacitatem intueri oportet. Haec inquam declinare nos posse confidimus, si dicamus omnino ob rei vitium speciem mala fide factam, non posse facientis fieri, quia materia non intelligitur non existere, adeoque speciem non factam esse videtur. Nec nos enim rationem in persona malae fidei specificantis aut in poena doli ipsius, sed in materia ipsa quaerimus.

CAPUT III.

De jure non existentium cessante in commixtione et confusione.

CONSPECTUS

Connexio et confusio *dominium non transferunt, quia in iis materia non desinunt existere. n.* 1.

Commixtionem et confusionem non esse modos acquirendi dominium *contr. com. dd. n.* 2.

Regulae, quibus ratio instituti et omnis materia in §. 25. 26. 27. 28. Inst. de r. d. exhauritur. *et explicatur quomodo dd.* §. §. *ab invicem distinguendi. n.* 3.

Theophilus *defenditur contra* Hortensii, Balduini, Hotom. Bachov. *incutationem. n.* 4.

Antinom. *inter l. 7. §. 9. de a. r. d. et l. 5. §. 1. de r. v. ab Hortensio excogitata conciliatur. n. 5.*

Conciliatur l. si alieni 78. ff. de solut. *cum* §. 28. de a. r. d. *n.* 6.

Confusio et commixtio impedit bonorum separationem. n. 7.

1 Ea, quae de specificatione asseruimus, ex *commixtione* a contrario jam declarare, non incongruum videtur. Nimirum qui v. g. frumentum suum cum alterius frumento commiscet bona fide (quid enim impediat, quo minus per ista verba §. 28. *vel si Titius sine tua voluntate miscuerit*, intelligamus bona fide miscentem. v. *Osvald. Hilligerum* adversus Donellum *lib. 4. cap.* 22. a quatuor solida argumenta hac in controversia vibrantem) ille mixtum a cervum suum non facit, sed alienum frumentum manet ejus, cujus fuerat ante mixtionem. Sed cur frumentum non sit miscentis, uti species specificantis? Solidiorem rationem differentiae dari non posse existimamus, quam quae ex supra suppositis principiis nostris et jure non existentium fluit, sc. quia frumentum commixtum dici non potest *non existere vel desiisse existere quod fuit.* Clarius: qui speciem facit ex mea materia, ille materiam ad non existere redigit, ut ego illius rei, quae amplius non existit, desinam dominus esse. At vero, qui frumentum meum cum suo miscet, id non redigit ad non existere, adeoque speciem non facit. Atque in hoc, scil. an species fiat, praecipuam differentiam commixtionis confusionisque a specificatione collocandam esse recte docet Aegyd. Hortens. et Bachov. *com. inst. ad* §. 27. qui hoc nomine *Hotomannum* circa differentias hic occupatum taxat, quod istam praecipuam omiserit. Quia ergo grana mea in acervo commixti frumenti eadem existere non desierunt, nec ego dominio rei meae, quae adhuc existit, excidere possum. Hinc etiam mihi ad frumentum meum persequendum competit in rem actio §. 28. de *r. d.* quae domino materiae ad persequendam eam in nova specie denegatur, de quo dictum *cap.* 1.

2 Atque hinc, si libere; quae legibus et rationibus non refragantibus sentimus, citra novaturientium invidiam eloqui apud omnes aeque fas esset, forsan non absurde diceremus, confusionem et commixtionem esse non tam modos acquirendi, quam non acquirendi dominium, contra quam omnes fere sentiunt, qui eas inter modos acq. dom. connumerant. vid. Henr. Gieseb. *Justin. Harmon. ad* §. 27. *de r. d. n.* 1216. *et* 1238. *cum alleg.* ibid. Tantum enim abest, ut *Treutlero*, qui *vol.* 1. *disp.* 20. *th.* 7. confusionem et commixtionem pro modis specificationis venditat, assentiamur, ut potius arbitremur §. 27. *et* 28. *inst. de r. d. et l.* 7. §. 8. 9. *ff. de a. r. d.* Juri specificationis tantum eum in finem adjunctos esse a Jctis, ut ostenderent, quando specificatio facta non est; seu, confusionis commixtionisque casus ibi recensitos esse per modum παραδείγματος ut exercemur istas confusiones et commixtiones, per quas species fit, distinguere ab illis, per quas species non fit. Hinc factum, quod Bachov. §. 26. cum 25. non connectendum putaverit. Conf. Aeg. Hortens. *ad* §. *cum in suo.* et Fr. Balduin. *comm. ad* §. *si tamen.* qui paulo rigidius §. 26. a Triboniano inconsiderate assutum dicit, et Aeg. Hortens. *comment. ad d.* §. persuasissimum se habere dicit, Tribonianum §. 26. per vocem *tamen* junxisse §. 25. ea opinione, quasi adjectio etiam faciat novam speciem, quod tamen licenter dictum videtur, cum *Russard.* vocem *tamen* ab antiquis exemplaribus abesse testetur. Nec ergo est, quod ibi cavilletur, exedendum nobis esse, quod intrivit Justinianus.

Itaque si quis alienas materias sive confundit sive commiscet, sive quovis modo conjungit, (modus enim hic non variat rem) ita, ut materiae non existant, quod fuerunt, sed species facta sit, ille materias suas facit, siquidem suo nomine fecit. Et hic est casus §. 25. nec ejusmodi occurrit *in* §. 27. *neque* 28. Jamvero si materiae, utriusque domini voluntate confusae sunt, casus ad specificationem non pertinet, quia is, qui miscuit, non suo nomine miscuit et proinde mixtum suum non fecit, sed fit commune *l. 4. ff. pro socio.* Nec hic interest sive diversi, sive ejusdem generis materiae fuerint, sive separari possint sive non §. 27. *et* 28. Porro si quis suo nomine quidem alterius res cum suis miscuerit, sed res mixta non desierit existere, verum eadem manserit; iterum ad specificationem res non pertinet, cum species non sit facta, adeoque res manet cujus fuit. Et hic est casus §. 28. *vers. quod si casu.* nec talis ex §. 27. elici potest. vid. Bachov. *ad d.* §. 27. Qui enim bona fide suo nomine alienas materias ita confundit, ut species fiat, ille eas non communes, sed suas facit. Ulterius si duorum materiae non voluntate utriusque, h. e. casu fortuito confusae sint, tunc nec hic casus specificationi congruit, quod nemo adsit, qui suo nomine fecit. Sed si res separari non possunt, fiunt communes §. 27. *de r. d. l.* 3. §. *fin. l.* 4. *de r. v. l. pen. pro soc. vid. l. 5. ff. de stipul. serv.* Si possunt, non communicantur §. 28. *d. t. l.* 5. *pr. de r. v.* et vindicantur *dd. ll. et l.* 23. §. 5. *eod.* 3

Atque in his omnibus pulcherrime cum Justiniano etiam consonat Theophilus. Nec est, quod Hortensius *comm. ad* §. 28. Hotomann. 4. *obs.* 12. Bachovius, Balduinus, Vinnius *ad d.* §. Theophilum hic dissentire, errare et statuere, quod fortuito casu ita mista, ut separari non possint, non fiant communia, dicant. Injuriam enim faciunt Theophilo. Nam Fabrottus: quem Joh. Strauch. *dissert.* 10. §. 2. incomparabile seculi ornamentum vocat. *in not. ad eumd.* testatur, in tribus manuscriptis codicibus bibliothecae regis Galliarum affirmative τὸ ἀυτόγενήσεται et non ου τὸ ἀυτὸ legi. Ita etiam Const. Harmenopul. *in Prochetr. jur. civ. lib. 2. tit. 1. §. 31.* legit. Conf. etiam Lud. Russard. *in summis marg. ad.* §. 27. 4

Nec hoc in puncto, scil. quod casu commixta vel communia fiant vel suorum dominorum maneant, Gajum. *l.* 7. §. 9. *de a. r. d.* et Justinianum §. 27. *de r. d.* a Pomponio et Ulpiano *l.* 5. §. 1. *de rei vind.* dissentire arbitramur, licet id unicus fere Aegid. Hortens. *d. l.* adeo vehemens asserat, ut dicat; *haec dissensio sit penes ipsos auctores. Non enim puto conciliari posse: et videndum est, ne a nobis conciliari debeant, qui forte ipsi a se conciliari noluerint.* Nam conciliationem invenisse nobis videmur, si dicamus in *d. l.* 5. §. 1. de specificatione agi, non de confusione casu et fortuito facta. Fit enim ibi mentio ejus, qui fecit, quique confusi totius dominus sit. 5

Majusculam difficultatem offundit *l. si alieni* 78. *ff. de solut.* ubi is; qui alienos nummos a suo debitore accepit, eosque suis nummis ita commiscuit, ut se- 6

parari non possint, nummos suos facit; quod cum §. 28. *de r. d. et l.* 7. §. 9. *de a. r. d.* conciliare, non adeo expeditum videtur. Nam qui frumentum alienum cum suo miscet; id non facit suum, sed singulorum dominorum grana sua manent; cum tamen grana ista multo minus quam nummi discerni possint propter figuram omnibus communem. Equidem Glossa. Bartol. Jason. *et ille omnium Glossatorum vetustissimus, Wernero et Bossiano, qui tamen non extant, exceptis,* Placentinus *comm. inst.* §. 28. *p.* 23. et alii dd. communiter respondent singulare esse in pecunia; et ad *l. singularia.* 15. *de reb. cred.* provocant: sed frustra: haec enim lex huc nihil facit. vid. Donellus. 4. 22. Val. Guil. Forster. *de dominio cap.* 9. *n.* 170. *p.* 315. Nec cum Jul. Pac. *Analys. ad. d.* §. 28. facimus qui in *l.* 78. non jure commixtionis sed traditionis et solutionis alienos nummos accipientis fieri vul. vid. Forster. *d. l.* Multo minus cum *Donello et Forstero* faciendum, qui in frumento et nummis mixtis idem juris esse adstruunt, si in utroque bona fide mixtio facta, et §. 28. de mala fide miscente tantum accipiendum esse fingunt, quod cum *Vinnio* et *Hilligero* ex solidis rationibus, quas ibi vide, constanter negamus. Nec *Cujacio* assentimur, qui *lib.* 13. *observ. c.* 28. nummos *in l.* 78. propterea accipientis fieri putat, quia dominus contra solventem actionem furti habet, et ab eo satisfactionem nancisci potest. Idem quoque Cujac. admittit in frumento. Rectius ergo cum Oswald. Hilliger. *d. l.* Arn. Vinnio *ad* §. 28. Gifanio, *Wesenbec. Nicasio* contra reliquos et *Forsterum* existimamus, nummos *in l.* 78. non jure commixtionis, sed consumptionis et non existentiae fieri accipientis, quia nummi commixti pro non existentibus et consumptis habentur, quod ipsum speciale in pecunia est. Nummorum autem, quos quis a non domino accepit, dominium consumptione acquiri, expeditum est per *l.* 13. *et* 19. *de reb. cred. de quo in fin. cap.* 7. Commixtio ergo hic non allegatur ut causa dominii, sed ut medium, quo efficitur, ut nummi pro non existentibus et consumptis habeantur, quae consumptio demum est ratio acquirendi dominium. At frumentum commixtum non est consumptum, nec pro consumpto ante habetur, quam farina ex eo facta, aut plane absumptum est: quippe rerum, quae usu revera consumuntur consumptio aestimatur ex ipsorum corporum consumptione. Pecuniae autem consumptio discrepat a consumptione aliarum rerum fungibilium vid. §. *constituitur.* 2. *de usufr.*

Ne autem ea, quae hactenus de commixtione disputata sunt, nullam utilitatem habere videantur, pulchram applicationem eorum in separatione bonorum indigitamus. Nimirum haeres separationem suorum bonorum ab haereditariis petere potest, possunt quoque creditores defuncti *t. t. de separat. et l.* 1. *d.* Sed si haeres bona haereditaria cum suis ita confudit, ut separari non possint, tunc nec haeres ipse nec creditores separationem impetrare possunt *l.* 1. §. 12. *ff. de separat.* Brunn. *ad d. l.* Hillig. *l.* 23. 16. *B.* Treutl. *disp.* 24. *th.* 5. *H. vol.* 2. *et ibi* Bachov. Struv. *exerc.* 44. *th.* 65. Kloch *cons.* 120. *n.* 8. Tusch. *concl.* 185. 5. Mev. *part.* 1. *dec.* 40. Rationem putamus inveniri *in* §. *nostro* 27. quia sic confusa communia facta sunt. Et hinc haeres immissionem in bona propria cum haereditariis commixta, ob debitum haereditarium decretam, impedire non potest. Mev. *part.* 1. *dec.* 40. Sed et creditores defuncti creditoribus haeredis obaerati sic non praeferuntur in rebus mixtis. Imo licet haeres inventarium fecerit, et tamen postea commiscuerit, separationem obtendere non potest. Quamquam enim beneficium inventarii faciat, ut bona separentur *l. fin.* §. 4. *c. de jur. delib.* et ob inventarium separatio ex lege sine petitione competat. Mev. *d. l. n.* 5. facta tamen commixtione separatio non impetratur. *arg. l.* 11. *c. de reb. cred.* Hoc tamen operatur inventarium, ut haeres docere possit, se jam ex communi solvisse tantum, quantum in haereditate fuit. Mev. *d. l.* Sin autem bona ista ita commixta sint, ut separari possint, separationem et jura ejus obtinebit. 7

CAPUT IV.

De jure non existentium in accessione.

CONSPECTUS

Per accessionem dominium acquiritur, quia accessorium pro non existenti habetur *n.* 1.
Exempla accessionis. n. 2.
Quando actione ad exhib. agatur, ut res accessoria separetur? n. 3.
Accessorio separato, dominium redit ad pristinum dominum, quia res desinit pro non existenti haberi. *n.* 4.
Actione ad exhibendum hic actor non petit rem suam. num. 5.
Accessoria, quae commode separari non possunt, constanter pro non existentibus habentur. n. 6.
Tignum inaedificatum *pro* non existenti *habetur. n.* 7.
Nec separari potest. n. 8.
Diruto tamen aedificio vindicari potest, quia non existere desiit. n. 9.
Non existentia non vindicantur. *n.* 10.
De accessorio contra m. f. jungentem, datur condictio furt. n. 11.
Contra b. f. possessorem condictio. *n.* 12.
Lectio 26. *defenditur contr. pl. dd. n.* 13.
Qualis ista sit conditio? n. 14.

In acquisitione dominii per *accessionem* jus non existentium expressis verbis §. 26. *de r. d.* locum invenit. Expresse enim ibi id, quod accessionis vice re alicui cedit, *extinctum*, et propterea is, qui dominus accessorii fuit, dominium et vindicationem amittere dicitur, conf. *l.* 19. §. 13. *seq. de aur. et arg. l.* 23. §. 5. *de r. v. l.* 6. *pr. ad exh.* Atque tanto majorem vim et auctoritatem ex accessione juri non existentium accessuram putamus, quo minus proprie dici potest, in accessione rem vere et proprie non existere, ut dictum *cap.* 2. *num.* 10. Nam id, quod per accessionem toti cedit, tantum pro non existenti habetur; quia novam formam essentialem non accepit, sed pristinam retinuit, ut per eam idem, quod fuit, existat, licet aliam Χάριν induerit, ut pars facta sit ejus rei, cui accessit. vid. omnino Bachov. *ad d.* §. 26. *n* 5 conf. Aegid. Horn. *d. l. Videtur pur-* 1

pura, ait Theophilus, *ita quodammodo extincta esse, quod per sese jam non sit, sed cum alia veste. Subtilitas est.* dicit Franc. Balduin. *ad d. §. quae fingit, rem, quae propter accessionem alteri cessit, tamquam extinctam domino perire.* Et ille omnium antiquissimus Placentinus *ad instit. de r. d. extinguitur*, inquit, *res civiliter et naturaliter, ut si res sit exusta. Civiliter dupliciter, ut per irrogationem ut peccata, per accessionem ut in auro gemma.* Non ineptum ergo fortassis erit simile, si pro explicatione, quomodo accessorium extingui dicatur, putemus id ita extinctum dici, sicut lumen minus per majus extingui dicimus, cum revera non extinguatur. Atque ad hujusmodi cogitationes ansam praebet *l.* 23. §. 4. *de r. v.*

2 Sic itaque purpura vestimento intexta cedit vestimento, et dominus purpurae desinit esse dominus, quia purpura pro non existente habetur, *d.* §. 26. Parili ratione qui brachium aut pedem statuae suae, fundum scypho suo ferruminatione junxit, suum fecit, quia unitate majoris partis consumptum h. e. non existere dicitur *leg.* 23. §. 5. *de r. v.* et toti cedere *l.* 26. §. 1. *ff. de acquir. rer. dom. l.* 19. §. 13. *de aur. arg. leg.* Sic gemma inclusa auro alieno, vel sigillum candelabro *in l. gemma.* 6. *ad exhib. l.* 19. §. 13. *de aur. l.* (*sigilla autem sunt parva signa, i. e. simulacra in suis aediculis collocata*, inquit *vir*, Boecleri judicio, *gravissimae eruditionis* Budaeus *ad l. limes.* 15. *ff. de r. v.* quem vid.) item tabulae armario (h. e. *cellae penuriae*, ita ap. Plaut. *cap.* 4. 4. *Turn.* 7. 23. *vel repositorio librorum, uti in l.* 52. §. 3. 7. *de legat.* 3. sumitur. *aliter* Cujac. *ad Paul. l.* 23. §. 6. *de r. v.*) item ansa Scypho (*qui erat vas potorium, Herculi tributum et ad inebriandum hospites adhibitum, cum Herculeos inde haustus depromere oporteat, non pitisando bibere, ein Willkomm.* vid. Goedd. *ad l.* 14. *de v. s.* it. rota currui, vel emblema (quid sit emblema *erudite deducit* Budaeus *ad l.* 7. *ad exhib.*) phialae *in l.* 6. *l.* 7. §. 1. *ad exhib. l.* 26. §. 1. *de a. r. d.* juncta cedunt toti vid. Cujacius *in paulo ad l.* 23. *d. t. ad* §. *tign.*

3 Hic tamen denuo dispiciendum, an res accessoria ab ea re, cui adjuncta est, commode separari possit, eum tamen solum in finem, ut sciamus tunc, cum res sine vitio et damno separari potest, (separabile enim omnino est accessorium, quia non desiit existere, sed non semper aeque commode separatur) actionem ad exhibendum dari. Vide hanc in rem regulam *in l.* 23. §. 5. *de r. v.* quae tamen intelligenda est de συνημμένοις et his, quae uno Spiritu non continentur, ut stoice loquitur *l.* 30. *de usucap.* in quibus pars accessoria commode et sine damno separari potest. In his enim dominus
4 totius constringi potest, ut accessorium separet. Quod ubi factum est, cessante causa, cessat fictio non existentiae; et non existentia cessante, res iterum existit eadem quae fuit, et liberatur ab omni respectu erga aliam rem, et in pristinam causam revertitur *l. habitator.* 59. *de rei vind.* cujus species apprime huc facit. Adeoque dominium istius rei redit ad dominum, qui fuit, ut eam vindicare nunc possit, quam ante non poterat, quod pro
5 non existenti haberetur, Franzk. *ad ff. de servit. n.* 80. Neque enim actione ad exhibendum rem petit tamquam suam adhuc, quod nobis objici poterat. Est enim hoc casu actio ad exhibendum dumtaxat praeparatoria actionis in rem, et est quidem propter vindicationem, non tamen est vindicatio, sed est actio incerti et arbitraria, de quo infra suo loco capite ultimo.

Haec de istis accessoriis, quae commode separari possunt, quaeque dum cohaerent toti, vindicari non possunt *immediate*, quamquam *mediate*, mediante sc. Actione ad exhib. uti distinguit *coecus ille, sed perspicacissimus* Nicasius *ad d.* §. 26. Sed quae ita prae- 6
cise et commode separari non possunt, constanter pro non existentibus habentur, adeoque nec mediate nec immediate vindicari possunt, sed dominium perpetuo manet penes conjungentem, neque ad exhibendum teneri potest. vid. omnino Giesebert. Just. Harm. *ad* §. 26. *de r. d.* Paulus *in l.* 23. §. 5. *de rei vind.* ex Cassio huc refert ea, quae ferruminatione juncta sint. De qua et plumbatura erudite agit Cujac. *in Paulo ad l.* 23. §. *si quis rei de r. v.* ubi plene explicat, cur ferruminatione junctum non existere videatur, ut ne separatum quidem vindicari possit.

Sic etiam alienum tignum bona fide domui vel vi- 7
neae (tignum enim etiam in vineis est *l.* 1. *de Tign. junct.* et ibi *not. Godofr. et* Fest. 18: *de verb. signif. pag. m.* 483. Balduin. *in l.* 12. *l. XII. tabb.*) inaedificatum, eodem jure, quo purpura intexta extincta dicitur §. 26. dicemus pro non existenti tantisper haberi, et propterea dominum tigni dominium amittere, ut aeque ac dominus purpurae §. 26. vindicare non possit *d.* §. 29. *et l.* 23. §. 6. *de rei vind.* Nec obstat, quod in §. 29. *et l.* 7. §. 10. *ff. de acq. rer. dom.* dominus materiae dicatur non desinere esse dominus ejus. Pro diversa enim materiae consideratione utrumque dici potest. vid. Hortens. *ad* §. 35. *de r. d.* et quae ex hoc vix citra plagium sua fecit Hieron. Oroz. *de apic. jur. l.* 4. *c.* 8. conf. Bachov. *ad* §. 29. *n.* 1. 2. Giesebert. *ad d.* §. *n.* 1263.

Sed enimvero tignum, seu lignus (utrumque enim 8
habet Livius) inaedificatus ad eas accessiones pertinet, quae separari non possunt, ideoque actione ad exhibendum agi non potest ad hoc, ut separetur *l.* 6. *ad exhib.* Equidem non natura sua tignum inseparabile est. Cuj. ad Paul. *in l.* 23. *de r. v.* Dom. Arumaeus *ad eamd. l.* Sed lex XII. tabb. speciale hoc in accessione tigni constituit, ne ob hunc praetextum aedificia vel vineae diruantur et turbentur *l.* 1. *de tign. junct.* et vid. omnino *l.* 2. §. 17. *ne quid in loc. publ.* Bachov. *ad* §. 29. *in primis* Balduin. *in ll. XII. tabb. in l.* 12. Imo licet contra mala fide inaedificantem detur act. ad exhib. *l.* 23. §. *pen. de rei vind. l.* 1. *ff. de tign. junct.* non tamen datur, ut eximatur tignum, sed tamquam si mala fide possidere desiisset, ut aestimetur. Strauch. *ille veteribus Jctis par. dissert.* 6. *th.* 45. Arumaeus 8. 8. Ut tamen domino materiae satisfieret, decemviri duplum ei restituendum sanxerunt, etiam ab eo, qui bona fide junxit, vid. Balduin. *c. l.* et Cujac. *ad paul. in l.* 23. §. 6. *de r. v. c. f. dissent.* Bach. *ad d.* §. 29. conf. Arumaeus. Actio de tigno juncto tamen contra m. f. possessorem est poenalis et cum rei vindicatione actio ad exhibendum concurrit. Strauch. *d. l.* Arumaeus *disp.* 8. 8.

Quod si vero aliqua ex causa dirutum sit aedificium, 9
tignum quod pro non existenti habebatur, nunc velut existere iterum incipit, ut dominus id vindicare possit, si non jam fuerit duplum consecutus *d.* §. 29. cum quo non pugnat *l.* 2. *de tign. junct.* quae vindicationem concedit, si de tigno juncto actum fuerit. *Fr. Balduinus*

enim d. l. notat, eam de isto loqui, qui frustra egit, nec est consecutus, quod persequebatur, quo modo in ff. saepe actum dici, idem allegat.

10 Id vero nobis jus non existentiae in accessione indigitantibus speciatim considerandum est, quod §. 26. *de r. d.* ea, quae accessionis jure cedunt toti, propterea negentur vindicari, quia non existunt, quodque vice versa ibi tantum condici posse dicantur. In hac enim consideratione bonum latet momentum juris non existentium, saepius recursurum. Nimirum vindicari non potest, quod non existit §. 26. *arg. l.* 6. *ff. de rei vind.* vid. Cuj. *lib.* 13. *obs. c.* 28. vid. *pruec. e.* 2. *n.* 10. *pag.* 12. Res accessoria autem pro non existenti habetur *d.* §. 26. sive bona sive mala fide juncta sunt, (quod in accessione speciale est, utpote in qua sola materiae praevalentia operatur *l.* 23. §. 4. *de r. v.* et non personarum, sed rerum junctarum tantum ratio habetur. Vinn. *ad d.* §. 26.

11 Aliud in specificat. vid. *cap.* 2. *n.* 28. 30.) Idcirco is, qui fuit dominus partis accessoriae, contra malae fidei possessorem habet condictionem furtivam, tamquam contra eum, qui mala fide fecit, quod res non existat, ad aestimationem consequendam: scilicet contra eum, qui ipse furatus est et junxit: seu, ut species §. 26. habet, vestimentum fecit (ad quae verba *Glossa* false ait: *scilicet fur; nam forte erat sartor.*) Nec obst. quod condictio furtiva tantum domino detur *l. de cond. furt. l.* 14. §. 16. *furt. l. ult. usufr. quem cav.* qui autem materiam suam, quae toti accessit, condictione persequitur, is non est dominus ejus, §. 26. *de r. d.* Erg. Nam in *d. ll.* exclusiva tantum eos excludit, qui ob interesse suum videbantur posse condictione furtiva uti. Bachov. Vinn. *d. l.* Vel, ut Johann. Faber *d.* §. 26. subtiliter ait: *verum est, cond. furt. non datur i. e. non acquiritur, nisi domino. Sed desierit esse dominus sine suo facto, bene datur l.* 10. §. 1. *ff. de cond. furt.*

12 Sed contra b. f. possessores dabiturne actio? Vindicatio non datur, quia res non existentes non vindicantur *d.* §. 26. Nec condictio furtiva. Ergone nulla actio hoc casu in §. 26. conceditur domino materiae accessoriae? Viderint hic illi, quomodo aequitatem suae sententiae concilient, qui in §. 26. tantum de condictione furtiva agi existimant. Nec enim cum Stranchio *diss.* 6. *th.* 46. facimus, qui simpliciter b. f. aedificanti in alieno solo, tantum exceptionem concedit, et, possessione amissa, omnem denegat actionem, nam cur actio in factum ei non competeret? v. *l.* 23. §. 5. *de r. v.*

13 Nos contra b. f. possessorem condictionem competere statuimus ex §. 26. Non enim ibi mutatio lectionis placet, quando *Pacius, Bachov. Ant. Contius. Vinnius etc.* malunt legi; et *quibusdam aliis possessoribus.* Retinenda potius lectio *et quibusque.* Ita enim et *Theophilus* legit, nec ullum absurdum est, quod lectionem mutari cogat. Nam si cum *Mynsingero* dicamus; condictionem in genere pro actione personali hic accipiendam esse, non video, cur id *Bachovio* displiceat. Quod enim dicat ejus usurpationis nullum fere exemplum in legibus occurrere, stabile non est, cum contrarium pateat ex *l.* 25. *ff. de obl. et act. l.* 1. *c. de donat. quae sub. mod.* §. *appellamus.* 15. *j. de action. ubi* vid. Theoph. Conf. Strauch. *diss.* 22. *th.* 9. Si itaque condictionem pro actione personali accipiamus §. 26., sensus est: vindicationem, utpote actionem in rem, tolli, re extincta vel pro extincta habita, et succedere in ejus vices actionem personalem. Rationem, cur in non existentibus condictio succedat in locum vindicationis, supra laudatus *dominus Fuchs* suppeditat, ut est in rationibus inveniendis felicissimus ingeniosissimusque, *in paraphras. inst. ad* §. 26. *de r. d.* Scil. quia in vindicatione opus est demonstrare rem, v. g. hanc rem meam esse ajo. Quod in extinctis fieri nequit. conf. *l.* 6. *de r. v.* conf. *l.* 3. *pr. ad exhib. et cap.* 2. *n.* 10. *c. f.* In condictionibus non est opus reali demonstratione, cum in personam sint, nec illis res petatur; sed id, quod debetur. Si vero determinandum, quaenam in specie hic 14
intelligenda sit condictio, eum cit. *Dn. Fuchs.* existimamus, intelligi posse condictionem sine causa, licet *Bachovius* hic se haerere dicat. Nam jure cent. quidem res adjuncta cedet totius domino, sed condictione non rem repeto, verum aestimationem, quam sine causa manere apud dominum totius, ipsum jus gent. dictitat. Facit huc illud Cic. 3. off. *Alteri detrahere et suum augere magis est contra naturam, quam ipsa mors.*

CAPUT V.

De jure non existentium circa fructus ex aliena re perceptos.

CONSPECTUS

Commendatur materiae difficultas. n. 1.
Quae optime superatur quasi dominio et jure non exist. *fundamenti loco suppositis. n.* 2.
B. f. possessor fructus suos facit jure quasi dominii. *n.* 3.
Singul. Hortens. et Vult. *opinion. n.* 4.
Cultura et cura *non est causa acquirendi fructus ad* §. 35. de r. d. *n.* 5.
Quomodo d. §. *salvari possit? n.* 6.
Et quid in For. Sax. *obtineat? n.* 7.
Hinc fructus etiam nondum percepti *sunt b. f. poss. n.* 8.
Hier. de Oron. *nova interpr. quomodo fructus perceptione fiant b. f. possessoris? n.* 9.
Quomodo consumptione *dicantur acquiri citt. ll. contr.* Wissenb. *n.* 10.
Cessante qu. dominio fructus existantes restituendi, non existentes non. *n.* 11.
Quando desinat bona fides? n. 12.
Antin. *l.* 25. *usur. l.* 48, *de a. r. d. concil. n.* 13.
Omnes existantes sine discrimine restituendi. n. 14.
Diss. donell. Hortensius, H. Grotius, Lyelama. *n.* 15.
Concil. l. 28. de usur. *n.* 16.
Obj. l. 45. usur. *naturales existentes tantum restituendos esse, et cur de hujus conciliatione nobis laborandum? n.* 17.

B. f. possessorem etiam naturales fructus *acquirere, adstruitur contr.* pll. dd. *n.* 18.
Antinom. *l.* 48. *de a. r. d. et. l.* 45. *de usur. n.* 19.
Explicatur l. 45. de usur. *n.* 20.
B. f. possessor alius est qui titulum habet, *alius* qui non habet *contr.* pl. dd. *n.* 21,
Maritus in d. l. 45. *est b. f. possessor fructuum sine titulo. n.* 22.
Paul. Busius *sibi contradicit. n.* 23.
Cur d. l. maritus non fiat naturalium *fructuum dominus? n.* 24.
Deb. f. possessore haereditatis, qui titulo caret. n. 25.
Aliter dict. ant. conciliat. Pacius Lud. Vitalis. *n.* 26.
Explicatur §. 35. de r. d. *objectus. n.* 27.
B. f. possessor non restituit consumptos *fructus, quia non existunt. n.* 28.
Adeoque peti nulla actione. *n.* 29.
Nec condici *possunt. n.* 30.
Etiamsi *b. f. possessor* locupletior sit *factus. n.* 31.
Ratio. n. 32.
Dissent. pl. dd. quorum sententia aequior. *n.* 33.
M. f. poss. *fructus* non existentes restituit, *quia* civiliter existunt. *n.* 34.
De l. 22. c. de r. v. *judicium Bartoli. n.* 35.
Objic *fructus non exist.* condicuntur *m. f. possessori resp. n.* 36.
Qua ratione fructus non existent. non vindicari *dicantur hoc casu. n.* 37.
Novo argum. probatur, fructus a m. f. possessore consumptos pro existentibus haberi. n. 38.
M. f. possessor. tenetur de percipientibus. *n.* 39.
Novum hinc argum. pro nob. n. 40.
De his, quos inhoneste percipere *potuisset, non tenetur, quia* non potuerunt existere. *n.* 41.
Post lit. contest. b. fid. fit m. f. possessor. n. 42.

1 Nunc ad fructuosum juxta ac utilitatem campum, in quo etiam infelix lolium et steriles dominantur avenae, devehimur, scilicet ad meteriam de fructuum ex alieno fundo perceptorum restitutione, in qua jura non existentium magno in flore ostendemus. Equidem Paul. Buis. *lib.* 4. *subtil. cap.* 13. recte asseverat, se in ista materia, si usquam, nimis vagas incertasque dd. ambages deprehendisse, conf. Amaya. 2. *obs. c.* 16. *n.* 1. sed enim vero tam intricatae materiae tractatio nihilominus necessaria et, prout Ant. Faber, 4. *conject. c.* 17. eam vocat, illustris est; eamque ut aggrediamur difficultas nos tanto minus absterret, quod ei ex jure non existentium lucem foeneraturos
2 esse confidamus. Ponderatis enim pensioulatius tam variis hac in re opinionibus, tantum, haec duo, instar fili Ariadnei tenenda esse et sic omnes difficultates superari posse, deliberato existimamus: scil. in fructuum ex aliena re acquisitione *quasi dominium*, in restitutione *jus existentium* fundamenta hic esse, ex quibus et ad quae omnia ducuntur.

3 Ergo bonae fidei possessor, qui justum titulum habet, (is enim hic requiritur §. 35. *de r. d. l.* 48. *pr. de a. r. d. l.* 31. *eod.* conf. *Preusch Land-Recht lib. 3. tit.* 1. *art.* 9. §. 8. 10.) fructus ex alieno fundo, quem bona fide possidet, acquirit. Quia interim b. f. possessor est dominus scil. quam diu alium dominum esse, non apparet. *Non esse autem et non apparere tantumdem valent, quoad eum, cui non apparet*, ait Hug. Grot. *de j. b. et p. lib.* 2. *c.* 10. *th.* 11. Quasi dominium autem, seu ut Wissenb. *disp.* 18. *th.* 2. vocat, dominium possessionis, (facit enim triplex dominium, scil. proprietatis, servitutis et possessionis) seu bona fides tantum praestat possidenti, quantum veritas *l. bona fides* 136. *de r. j.* conf. §. *namque si cui* 4. *de action.* et Wissenb. *ad d. l.* 136. *de r. j. n.* 3. Ergo quasi dominus idem jus circa fructus habet, quod verus dominus alias habet *l. qui scit.* 25. §. 1. *vers. praeterea ff. de usuris l.* 49. *de v. s. arg. l.* 28. *eod. l.* 48. *pr. de a. r. d.* in qua vocem pene, interim significare, docet Arumaeus *ad ff. disp.* 8. *th.* 2. *ad l.* 33. *d. r. v.* v. Hieron. Grat. *lib.* 1. *resp.* 17. *n.* 8. conf. Cod. Fabrian. *lib.* 3. *tit.* 23. *def.* 18. Mev. *part.* 1. *decis.* 186. Singularis hic est aegid. Hortens. 4
ad §. 35. *de r. d.* quod fructuum acquisitionem ex jure specificationis deducat. Vultej. *discept. Sch. q.* 20. ad accessionem eam refert.

Quasi dominium itaque et non cultura curave est 5
causa fructus acquirendi, licet ita §. 35. *de r. d.* dicatur. Haec enim aetiologia minus principalis est, et ut *Paul. Busius* judicat; prorsus levis. Conf. Arumaeus *disp.* 8. *th.* 11. Alias enim et m. f. possessor fructus acquireret contra *d.* §. 25. nec b. f. possessor extantes restitueret nec fructus essent b. f. possessoris si fundum alius consevit, contra *l.* 25. §. 1. *de usuris.* Videri hic meretur Arumaeus *ad d. l.* solide ratiocinans. Dici tamen cum Vultejo forsan posset, quod 6
ista aetiologia ad fundum sit trahenda, ut fructus dicantur fieri ejus, qui fundum coluit et curavit. h. e. instar domini possedit. Solum enim, non fructus colli vult *Vultej. disc. c.* 10. Obiter tantum notamus, in 7
foro saxonico fructus tribui ob culturam et curam. vid. *Sachsen Spiegel l.* 2 *art.* 58. *l.* 3. *a.* 76. Carpzov. *part.* 3. *const.* 32. *d.* 5. *n.* 4. *et const.* 13. *d.* 5. *n.* 6. Unde etiam ibi fructus pendentes non pro rebus soli, sed mobilibus habentur Carpzov. 1. *const.* 28. *def.* 124. *n.* 4. *et ibi citt.* ut extrajudicialis hypotheca fructuum anterior praevaleat posteriori judiciali hypothecae rerum immobilium, juxta istius fori praxin. vid. Carpzov. *d. l. et p.* 2. *c.* 23. *def.* 9. except. naturalium vid. ap. Rennemann. *jurpr. rom. Germ. membr.* 2 *disp.* 3. *th.* 12.

Quam diu itaque quasi dominium seu bonae fidei 8
possessio fundi durat, tamdiu etiam b. f. possessor in statu interimistico est dominus fructuum omnium, sive industrialium, sive naturalium, sive pendentium, sive perceptorum. Hae enim distinctiones, utut alibi v. *c. l.* 25. §. *praeterea de usuris* utiles, hic tamen sunt inutiles. Nec obstat, quod b. f. possessor perceptione fructus dicatur suos facere *l. bona fidei* 48. *pr. de a. r. d.* §. 35. *eod. l.* 25. *de usuris.* Ibi enim causa intermedia et minus principalis pro principali ponitur. Quo enim jure percepit? Sane quasi dominii. 9
Quid? quod *d. l.* 48. *pr. vers. denique*, expresse dicatur, fructus priusquam percepti sunt fieri b. f. possessoris. conf. *l.* 28. *pr. de usur.* Vel si dicendum, perceptione b. f. possessorem fructus suos facere, *Hieronymi de Oroz*, (*in quo Ant. de Feloaga Cujacianam judicii dexteritatem et Fabrianum acumen ingenii et praexcelsum jurisprudentiae scholasticae apicem se admirari obtestatur*) huc applicabimus interpretationem *lib.* 4. *de apicibus jur. c. c.* 8. *n.* 10. *p. m.* 307. traditam, quae a nullo interpretum, ut ipse

ibi praedicat, visa est, nec suo caret acumine. Scilicet: fructus, dum pendent et per separationem percepti non sunt, pars fundi dicuntur *l. 44. de r. v. l. ult. §. pen. quae in fr. cred. arg. l. 12. §. 11. de instr. vel instrum.* et tunc fructus proprie dici non posse putat Oroz, quia pars fundi non est fructus vid. *arg. d. l. 12.* vid. Hort. *ad l. 16. §. 4. de pign. pag. 334.* Quorsum pertinet, quod fructus pendentes jure immobilium censentur. *specul. t. de fruct. et int. §. 1.* Aliter *jur. sax.* ut dictum. Ubi vero fructus separati sunt, desinunt pars esse, et dicuntur fructus. Ergo dicendum foret; fructus pendentes esse quidem b. f. possessoris, sed non tamquam fructus, post separationem
10 autem fieri fructus b. f. possessoris. Neque obstat, quod *l. quaesitum 40. fin. de a. r. d.* et alibi passim consumptione fructus acquiri b. f. possessori dicantur, idem enim, quod ante dictum, hic reponendum. vid. *l. 25. ff. de usuris.* Arumaeus *disp. 8. th. 11.* Herm. Vult. *disc. cap. 20.* Possunt tamen fructus consumptione dici *magis* fieri b. f. possessoris i. e. irrevocabiliter, de quo mox. dissentit Wissenbach. *disp. 18. th. 22.*

11 Quoniam vero quasi dominium fundi est unica causa acquisitionis fructuum, sequitur, illo, ceu causa, sublato, dominium fructuum, ceu effectum, etiam desinere. Unde domino fundum evincenti extantes fructus cujuscumque generis restituendos esse, non exstantes non restitui, recte dicit Vultejus *d. c. 20. p. 223.* Notanter enim *d. l. 48. pr.* dicitur fructus *interim* esse b. f. possessoris. Facit *l. 40. de a. r. d. l. 22. c. de rei vind.* in qua Donell. et Val. Guil. Forster. *de domino cap. 9. n. 198.* etc. false extantes pro pen-
12 dentibus accipiunt. Durat autem quasi dominium et bona fides donec res legitimo judicio evicta fuerit *l. 25. §. 2. ff. de usuris* ut inter judicii moras b. f. possessor maneat in possessione percipiendi fructus. Cujac. *7. ad Afric. ad d. l. 40.* Goedd. *ad l. 109. de v.*
13 *s. n. 2.* Fachin. *1. contr. 59.* Henn. Wegner. *disp. 4. th. 4. d.* Ubi ad evitandam antinomiam inter *d. l. 25. et l. 48. §. 1. de a. r. d.* quam Covarruv. *1. resol. c. 3. n. 7.* Menoch. *rem. 15. recup. poss. n. 614.* Lessius *lib. 2. de just. et jur. cap. 14. dub. 2.*
14 Wissenbec. *disp. 18. th 19.* Baro. etc. adstruunt, distingue inter scientiam convictam et fluctuantem, vel cum Franzkio *ad tit. de r. v. n. 79.* dic eum, cui lis denunciata est, in thesi et in se non esse. b. f. possessorem *d. l. 48.* in effectu juris tamen eum *intelligi* b. f. possessorem, cui res nondum evicta est processu, quem in finem notanter vox *intelligi* in *l. 25.* adhibetur. Paulo aliter et eleganter Hillig. *ad don. lib. 19. c. 14. o.* Aliter Lyclam. *3. membr. eclog. 1.* ubi novitatem jactat, quam bonam, viderit. In restitutione ergo fructuum exstantium non distinguendum inter pendentes et separatos. Ant. Faber. *4. conj. 17.* Vult. *d. l.* Treutl. *vol. 1. d. 15. th. 11. d. et vol. 2. d. 20. th. 5. K.* nec inter industriales et naturales. Sed promiscue omnes restituendi. Bachovius, Henn. Wegner. *d. l. lit. b.* Wesenb. *n. 13. 14.* Ant. Matth. *coll. jur. 1. d. 26. th. 26. et 31. etc.* Bronchorst. *2. enant. 89.* Fachin. *1. contr. 57.* Arum *d. l.* Carpz. *part. 3. const. 32. def. 28. n. 13.* quam sententiam etiam approbat *Preusch Land-Recht lib. 3. tit. 1. art. 9. §. 1.* nisi triennio usucapti sint. vid. *pr. de usucap. l. 4. §. 19. de usurp.* Hahn. *de r. v. n. 7.*

Recessit ab horum et plurium consensu Hug. Do- 15
nellus *4. comm. 25. et tr. de fruct. c. 4.* (quod pravo judicio factum paulo severius judicat Bachov. *ad d. §. 35.* conf. Carpz. *part. 3. const. 33. def. 28. n. 15.*) et extantes naturales tantum, non industriales restituendos esse vult. Consentit Hugoni Donello Hugo Grotius *de jur. b. et p. lib. 2. c. 10. th. 4.* Aegid. Hortens. *ad §. 35.* Lyclama *lib. 3. memb. eclog. 2.* Donellum sibi refutandum sumpsit Nic. Cisner. *ad l. 4. de usucap.* Fachin. *1. contr. 57.* Arumaeus *disp. 8. th. 11.* Nec ob- 16
stat, quod fructus semel *pleno jure statim* dicantur fieri b. f. possessoris *l. in pecudum. 28. ff. de usuris.* Interim enim dum durat bona fides, est dominus *pleno jure*: h. e. proprietate et usufructu (ita enim ista locutio accipienda vid. *l. 126. §. 1. de v. o.* conf. Lyclam. *ecl. 1. lib. 3.*) Caeterum potest quis esse dominus rei sed revocabiliter, ut maritus dotis, item emens sub pacto legis commissoriae: vid. *l. 5. et t. t. de lege commiss.* Vel cum Bachov. *ad d. §. 35.* dici potest, in comparatione partus, qui non statim possessoris fit, sed usucapi debet, fructus *d. l. 25.* dici, *statim* pleno jure fieri fidei b. possessoris, ut sic acquisitum acquirendo contradistinguatur.

Vehementius nobis adversatur *l. fructus. 45. ff. de* 17
usuris. ex qua Cujac. *7. ad Afric. in l. 40. de a. r. d.* Bachov. Accurs. Anton. Matth. *coll. jur. 2. inst. 1. disp. 5. th. 35. et 3. inst. 2. disp. 3. th. 37.* Hunnius *ad Treutl. vol. 1. disp. 15. th. 11. qu. 28. 29.* et Bachovio teste, communis opinio doctorum probat, tantum industriales fructus, non naturales fieri b. f. possessoris. Si vero hoc concedendum, omnis noster conatus collabascit. Non enim tunc dici posset, quasi dominum esse unicum fundamentum acquisitionis fructuum. Neque asseri posset, existentes fructus generaliter omnes restituendos, non existentes non restituendos esse a b. f. possessore, quod tamen nostes scopus est. Quapropter de tam periculosae objectionis declinatione nobis laborandum esse duximus.

Nos igitur cum Wesenbecio *ad d. §. 35.* Vultejo, 18
Paulo Busio *d. l. 4. subtil. c. 13.* et Ant. Fabro oppido certum existimamus, etiam naturales fructus b. f. possessori acquiri per *l. bonae fidei 48. ff. de a. r. d.* dicitur enim ibi expresse: *b. f. emptor suos interim facit fructus non tantum eos, qui diligentia et opera pervenerunt, sed omnes*, quam oppositionem naturales; complecti, communis dd. interpretatio, est, ut testatur Guil. Forster. *de dominio. cap. 9. n. 178. p. 318.* conf. Harpprecht. *p. 1. disp. inst. 13. th. 9.* Giesebert. *ad §. 35. de r. d. n. 1482.* Licet Azo, Accursius, Hugolinus, Godofr. *ad d. l. 48.* Usill. *in §. omnium. n. 74. instit. de act.* Donell. *4. comm. 25.* Scip. Gentil. *lib. 2. de donat. int. vir. c. 17.* Bachov. *n. 6.* non naturales, sed ab alio satos ibi intelligi velint, quibus tamen satisfecit Forster. *de dom. c. 9. n. 194. p. 324.* Arum. Nec Lorioti *4. de apicibus juris, axiom. 47.* Speciosa propter *l. 2. pro emptore* opinio, quasi naturales tantum b. f. emptoris fiant, procedit, v. Vultej. *disc. sch. 1.* Pinel. *ad l. 2. de resc. vend. part. 2. c. 4. n. 54. 59.* Hillig. *ad don.* Lyclama *Vacon. a. Vacun.* Nec *Hortensius et Cujacius* audiendi, interim tantum fieri b. f. possessoris dicentes, nam sic nec industriales retineret *d. l. 48.* ubi par utriusque ratio etc. vid. Vultej. *c. 20. fol. 229.* Neque nobis aut 19
d. legi 48. obstat. *l. fructus 45. de usuris*, in qua

insuperabilem esse difficultatem multis doctoribus visum est, vid. Hartm. Pistor. 4. *qu.* 26. *n.* 12. qui Hotomannum et alios antinomiam harum ll. statuentes, allegat et perstringit. Ista enim verba: *sicut nec cujuslibet b. f. possessoris sit*, non universaliter
20 negant, sed particulariter. Haec enim est universaliter affirmans: *Cujuslibet b. f. possessoris fiunt fructus percipiendo*: praepone huic voculam non, et habes contradictoriam priori. At quaenam est contradictoria univers. affirmativae? Sane particulariter negans. Tō omni contradicit Tὺ quidam non, juxta omnes logicos. Accedit usus linguae, quo non quisque significat quidam, ut *non cuivis contingit adire Corinthum.*
21 Deletione ergo negativae, quam hic, pro more suo, intentat Anton. Faber. *lib.* 1. *conject. cap.* 17. *fol.* 99. *col.* 1. *fin.* necessaria non est. Nam sensus clarus est: scil. non quemlibet b. f. possessorem fructus naturales suos facere, seu quemdam facere, quemdam non. Distinguimus ergo inter b. f. possessorem, qui titulum habet, et eum, qui nullum vel injustum habet. Ille naturales acquirit, hic non. Dissentiunt et nil referre putant, an b. f. possessor titulum habeat, nec ne. Donell. 4. *comm.* 25. Vult. *d. c.* 20. Henning. Wegner. *disp.* 4. *th.* 8. Nobiscum facit *Bart. Jac. de Arena, Oldradus, Joh. Fab. Wesenb. ad* §. 35. *n.* 11. *Bus. in l.* 4. *de usucap.* et secundum Bachov. *n.* 6. *et* Panorm. *in cap. gravis. de rest. spol.* recentiores communiter. Quia vero sunt, qui negant dari b. f. possessorem sine titulo, ut Wissenbach. *ad l.* 136. *de r. j.* Giesebert. *d. l. n.* 1473. et quos ibi citat, ideo talem ex *d. l.* 45. demonstrabimus.
22 Nimirum *d. l.* 45. maritus est b. f. possessor fructuum ex re ab uxore donata perceptorum, sed sine titulo. Possidet quidem fundum *l.* 1. §. 4. *de bon. poss.*, sed titulus donationis nullus est *l. non dubium.* 8. *c. de legibus*, quia donatio inter conjuges prohibita est. Propterea quidem rem ipsam possidet mala fide; quod nobis objici poterat, *l. per servum.* 57. *de a. r. d. l.* 19. *de don. int. vir.* et pro possessore *l.* 16. *de acq. poss. l.* 13. §. 1. *de haered. petit.* (licet putaverit donari posse. Error enim juris impedit bonam fidem Vult. *d. l.* Marc. Lyclam. *lib.* 6. *membr. eclog.* 15. conf. *Preusch Land-Recht. lib.* 2. *tit.* 1. *art.* 9. *n.* 9. nec excusat in acquirendo, uti in damno vitando *l.* 7. *de jur. et fact. ign.* conf. *seneca* 1. *de tranqu.* 8. tolerabilius est non acquirere quam non amittere. vid. *l. ult.* §. 2. *f. c. de cod.*) At in fructibus mari-
23 tum b. f. possessorem esse, defendimus: fructus enim et usurae licitam habent donationem *l. de fruct.* 17. *de don. int. vir.* (Quod ipsum quando Buys. 4. *subt. c.* 13. ad industriales restringi vult, vix sibi conscius videtur, cum *in comment. ad ff. ad l.* 45. *de usur.* deprehenderimus, ipsummet asserere, etiam naturales
24 donari posse. Quod autem in *d. l.* 54. naturales non fiant mariti, ratio est, quod fructus donati non sint.) Itaque maritus possidet fructus bona fide, sed sine titulo: donati enim non sunt fructus, sed tantum res. Cur autem maritus hoc casu industrialium tantum, non naturalium fructuum dominus fiat, ratio est, quia industriales conjugem donatorem reddunt minus pauperem et alterum minus locupletem, quam naturales. vid. Paul. Bus. *subtil. lib.* 4. *c.* 13. *n.* 13. Vultej. *d. l.* Amaya *lib.* 2. *observ.* 16. Tali casu autem donatio inter conjuges licita est *l. si sponsus.* 5. §. 16. *l.* 25. *l.* 31. §. 6. *de don. int. vir. l.* 15. §. 1. *l.* 17. *eod. l.* 119. *de r. j.* Subtiliter Hortens. *ad* §. 35. deducit, uxorem isto casu non in re sua sed saltem in possessione fieri pauperiorem, vid. *d. l.* 119. quod Hier. Oroz. *de apicibus juris. c. l.* 4. *c.* 8. *p. m.* 305. verbotenus suum fecit, Hortensio suppresso, de caetero tamen egregie deduxit. Not. Franc. Amaya. *c. l. n.* 1. hanc interpretationem sibi vindicat, et novum opinamentum suum vocat, quo nulla accommodatior excogitari possit. Quae hic opponi possunt ut *l.* 8. *c. de don. int. vir. et ux* et alia scite resoluta vid. *ap. Busium. et Hortens. d. l.*

Idem Wesenb. *ad* §. 35. *n.* 11. post *Bart. Jac. de* 25
Arena et alios ibi cit. in haereditatis possessore demonstrat, qui bona fide haereditatem occupat *l.* 40. §. 1. *de haered. pet. l.* 1. *c. eod.* et haeredis titulo caret *l.* 9. *et* 11. *cum seqq. de haered. pet.* (titulo enim semper carere b. f. possessorem haereditatis, probat Anton. Faber *ration. ad l.* 25. §. 11. *de haered. pet. et ad l.* 11. *eod.*) talis enim industriales lucrabitur, tamquam extrinsecus non ex re per se provenientes *l.* 20. §. 3. *de haer. pet.* conf. *l.* 25. §. 15. *l.* 40. §. 1. *ff.* §. *inprimis l.* 1. *c. d. t.* Differt tamen haereditatis possessor a marito, b. f. fructus rei donatae possidente, quod hic causam possessionis a vero domino habeat, ille tantum erret. vid. *Anton. Fab. Vult.* Aliter Jul. Pac. 5. Εναντ. 45. *et ad l.* 2. *c. de cond. ex leg.* Lud. 26
Vitalis *lib.* 1. *lect. c.* 9. *n.* 6. Distinguunt scilicet inter causam lucrativam et onerosam. Sed vid. Vult. *c.* 20. *disc. schol.* Wissenbec. *ad d. l.* 136. *de r. j.* Atque 27
tandem ne nobis objici possit in §. 36. *de r. d.* ob culturam et curam fructus b. f. possessoris fieri, ideo dici, ut naturales non fiant ejus; ultra ea, quae dicta sunt, nunc addimus, naturales ibi non excludi, cum *cultura* ad industriales, *cura* ad naturales trahi possit, per *l.* 7. §. 9. *ff. sol. matr.* Paul. Bus. *d. l. subtil. n.* 15. *et ad l.* 48. *ff. n.* 4. Ita et Heig. Arumaeus, Menn. Wegner. Gieseb. (Aliter Marc. Lyclam. *lib.* 3. *membr. eclog.* 1. 2. Oroz. *d. l. n.* 6.) Et propterea cum *l.* 48. *de a. r. d.* de industrialibus loquitur, non *curae*, sed *diligentiae* et operae vocem adhibitam esse existimamus.

Igitur constans manet haec regula: bonae fidei pos- 28
sessor evincenti vero domino aliquos fructus restituere tenetur, quia existunt, aliquos non tenetur scil. consumptos, quia non existunt, et non sunt in rerum natura. *Vultej.* Haec enim est communis ratio non existentium, ut a praestatione earum liberetur is, per quem non stetit ob culpam aut moram, quo minus eas praestet *l. is qui* 45. *ff. de obl. et act. l. mulier.* 22. §. 3. *ad sct. trebell. l.* 56. §. *ult. l. si servum* 91. §. 1. *de v. o. l.* 25. §. *adeo* 5. *de haered. pet.* de quo infr. cap. 8. Quae in specie in fructibus etiam obtinet. *l.* 4. §. 2. *fin. reg. l.* 22. *c. de r. v.*

Non existentes fructus autem non restituuntur, quia 29
repeti non possunt. Non enim peti potest, ut detur quod dari non potest *l.* 35. *pr. ff. de v. o.* 5. 1. *de inut. stip.* Consumptorum inquit Cujac. *in Papinian. ad l.* 1. §. 2. *de pign.* nulla repetitio vel actio est in b. f. possessorem. Cui autem leges actionem, juris remedium, denegant, ille jus ad petendum non habere videtur: actio enim est jus persequendi quod debetur *pr. de action.* vid. Val. Guil. Forst. *de dom. c.* 9. *n.* 198. Cujac. *obs. lib.* 13. c. 28. Vindicari enim non

possunt fructus consumpti, quia non existunt §. 26. *de r. d. l.* 5. *pr. vers. itaque c. de sec. nupt. l.* 4. *c.*
30 *de crim. expil. haered.* At vero non existentia, quae vindicari non possunt, condici possunt §. 26. *de r. d.* et Godofred. *ad l.* 54. §. 3. *de furt.* condictionibus, ait, et vindicationibus res nostras recuperamus. Sed respondendum: res, quae meae sunt vel fuerunt, condicere possum, si non existant. At dominus fructus consumptos condicere non potest, quia nec ipsius sunt nec fuerunt *l.* 1. §. 2. *de pign. et hyp.* conf. Godofr. *not. ad d. l.* et *l.* 25. *ff. de act. rer. amot.* quidem jure gent. condici posse dicitur, quod non ex justa causa possidetur. At fructus b. f. possessor ex justa et legibus approbata causa possedit. Hinc videre est, quod
34 rationibus juris civ. in puncto juris, ut Hahn. *de r. v. n.* 7. recte putat, conveniat, b. f. possessorem de fructibus non existentibus in judicio singulari (nam in universali aliud) non teneri, licet etiam locupletior sit factus. Bachov. *ad* §. 35. *n.* 4. Hortens. *ibid.* Men. *rem.* 15. *recup. poss. n.* 99. Wesenb. *ad d.* §. Fachin. 1. *in contr.* 58. Pinel. *ad l.* 2. *c. de resc. vend p.* 2. *c.* 4. *n.* 47. Donell. 4. 25. Gieseb. *ad* §. 35. *n.* 1522. et ibi alleg. conf. *Preusch Land-Recht. lib.* 3. *tit.* 1. *art.* 9. §. 11. Hartm. *Pistor. p.* 4. *qu.* 25. *et* 26. *n.* 19. Carpz. *part.* 3. *const.* 32. *def.* 28. Henn. Wegner. Nec dominus multum de damno queri potest,
32 cum nihil in fructus impenderit. vid. *Hortens* qui hic *arg. l.* 31. *ff. de r. v.* perpulchre adhibet. Vel imputet sibi, quod non egeret antequam fructus consumpti es-
36 sent. *Hortens.* Dissentiunt et teneri b. f. possessorem in quantum locupletior factus est, volunt H. Grotius *de j. b. et pac. lib.* 2. *cap.* 10. *th.* 5. Lyclama *lib.* 3. *Eclog.* 2. Carpzov. *part.* 3. *const.* 33. *d.* 28. *n.* 20. adeoque inprimis naturales consumptos restituendos volunt, Cujac. *a. l.* 40. *de a. r. d.* Duaren. *ad tit. de nautic. foen. fin.* Treutl. *vol. disp.* 15. *th.* 11. *g. et vol.* 2. *disp.* 20. *th.* 5. *K. et ibi allegati.* Et horum omnium sententiam aequiorem esse, approbant theologi, internum animi tribunal instruentes, ut *Grotius* alibi loquitur, et moralistae *Azorius*, *Lebellus*, *Rodriquez*, *Lessius*, *Sanchez. Joh. And. Osiand. not. ad Grot. d. l.* et Ziegler. *ibi pag.* 338. Sic. et *Sueton. cap.* 16. Caligulam laudat, quod, quibus regna restituit, et fructus medii temporis adjecerit. Atque hanc sententiam in praxi communiorem esse testatur Hahn. *ad tit. de r. v. n.* 7. *pag.* 255. *col.* 1.

34 Hactenus de b. f., jam. ad m. f. possessorem. Quid vero, an nec iste tenebitur, fructus non existentes restituere? Id ex iis, quae modo diximus, fluere, aut illa titubare videntur. Sed enim vero tantum abest, ut restitutio fructuum consumptorum, a. m. f. possessore facienda, infirmet nostram sententiam, ut potius eam concinne corroboret. Utique enim dominus a. m. f. possessore repetit fructus consumptos, quia sensu juridico non est verum, eos non existere. Nam res, quas quis mala fide et dolo non existere fecit, adhuc existere intelliguntur *l.* 137. §. 1. *l.* 131. *l.* 150. *de r. j. l.* 25. §. 8. *de haer. pet. l.* 22. *ff. de r. v.* et in rem actione vindicantur *l.* 27. §. 3. *de r. v.* Idque in fructibus eo facilius procedit, quia plerumque sunt res fungibiles, quarum vice aliae ejusdem generis funguntur. vid. Forster *de dom. cap.* 9. *n.* 187. Quando ergo dominus fundum suum vindicat, m. f. possessori jubet judex, (*uti loquitur* §. 2. *de off. jud.* citra soloecismum, ita enim loqui Ciceronem, Livium, Tacitum, Curtium deducit Franc. Sanctius *in Minerva. lib.* 2. *cap.* 4 *pag.* 75.) ut rem cum omnibus fructibus, etiam non existentibus restituat. vid. *l.* 22. *c. de rei. vindic.* (de qua Bartolus 35
dixit: *Haec lex non potest esse magis brevis quam est, et magis repetibilis in materia fructuum quam est*) *l.* 27. §. 3. *de r. v. l.* 35. §. 1. *eod. l. un. c. si secunde nups. mul. l.* 25. *pr. de usur. preusch. Land-Recht. d. l.* §. 13.

Et quamvis fructus m. f. consumptos condici oportere §. 2. *l.* 4. *ff. fin. reg.* et adhuc specialius fructus 36
extantes vindicari, consumptos condici *l.* 3. *c. de condict. ex lege l.* 4. *c. de crim. expil. haer. l.* 1. *c. de praed. et al. reb. min.* dicantur Conf. Joh. Fab. *ad* §. 1. *de act. n.* 23. Wesenb. *parat. de r. v. n.* 4. Vultej. 2. *Inst.* 22. *n.* 34. Existentia autem vindicari, non existentia condici dixerimus; ut sic concludi posse videatur: ergo fructus m. fide consumpti non habentur pro existentibus, quia condicuntur. Hoc tamen nondum cogit nos causam deserere. Non enim sequi videtur: res ista condicitur, ergo non exiat. Neque reciproca illa sunt: res non existentes condicuntur, ergo quae condicuntur non existunt. Condicimus enim etiam existentia, quae v. g. ex causa apud aliquem esse desierunt *l.* 15. §. 1. *de cond. indeb.* Quod vero d. ll. vi- 37
deantur negare fructus m. f. consumptos vindicari posse, id de vindicatione directa forsan concederemus, sed hoc tamen negamus, propterea non dari vindicationem, quod consumpti fructus non possint pro existentibus haberi; sed potius propterea negatur dari, quod non sint, *dextrixov* et το ουκ et digito demonstrabile, quod in vindicatione requiritur *l.* 6. *ff. de r. v.* cum existant non physice, sed tantum civiliter et juridice. Quinimo quia dolo consumpta habentur pro existentibus, datur ei vindicatio utilis *l.* 27. §. 3. *de r. v. l.* 22. *eod.* Bach. ad Treutl. *vol.* 1. *disp.* 5. *th.* 6. *d.* Hahn. *obs. ad tit. ff. de r. v. n.* 3. *fin.* Oldendorp. *class.* 3. *art.* 2. *n.* 4. Hillig. *ad don.* 20. *c.* 2. *lit. g. vers.* 5. *lit. c.* Joh. Fab. *ad* §. 1. *de action. n.* 23. Wesenb. *parat. de r. v. n.* 4. Vultej. 2. *inst.* 22. *n.* 34. Arumaeus *ad ff. disp.* 8. *th.* 9. Condici ergo vel utiliter vindicari possunt. Godofr. *ad l.* 16. *c. de praed. et al. reb. min.* condictionem vindicationis subsidiariam vocat.

Itaque m. f. possessor omnes fructus restituit, sive 38
extantes, sive non existentes; sive industriales; sive naturales. In industrialibus tamen etiam m. f. possessor impensas si commodum exstet, deducit. vid. Wissenb. *p.* 2. *disp.* 18. *th.* 22. *c. f. l.* 38. *ff. de haered. petit.* Hortens. *ad. d.* §. 35. Quod in praxi obtinet vid. Carpz. *jurispr. for.* Idem in percipiendis sine dubio observandum. Atque hinc novum argumentum adinvenimus. Scilicet fructus sine impensis existere non possunt. *l.* 36. §. *fin. ff. de haered. pet. l.* 46. *de usur. l.* 7. *sol. matr. l.* 51. *fam. herc. l.* 1. §. *ult. de pig. act. l.* 1. *pr. l.* 5. *ff. de dot. praeleg. l.* 5. *de imp. in res. dot. fact. l.* 4. §. 1. *de oper. serv.* Do-
nell. *lib.* 14. *comm. cap.* 7. *ibid.* Hillig. *c.* Quia ita- 39
que impensae deducuntur a fructibus consumptis, pro existentibus habentur. Tandem et ad percipiendos fructus restituitur m. f. possessor, sc. quos honeste percipere potuisset persona petitoris. Menoch. 1. *recup. poss. n.* 414. Sichard. *ad l.* 5. *c. de r. v. n.* 4. Costal. *ad l.*

65. §. *frum. ff. de cond. ind.* Aruma·us *disp.* 8. *th.* 14. *cum alleg. plur. et* Hartm. Pistor. *cum alleg.* Ant. Fab. *ad l.* 33. *de r. v.* vid. *d.* §. 35. *de r. d. l. fructus* 33. *de r. v. l.* 12. *quod. met. c. l.* 1. §. 1. *c. de haer. pet. l.* 62. §. 1. *de r. v.* §. 2. *de off. jud.* Vultej. *c. l.* Wissenb. *c. l. cum alleg.* qui etiam *l.* 55. *ff. de cond. ind.* conciliat. conf. Gieseb. *n.* 1542. *cum alleg.* (ubi singulare hoc refert, quod *suevico l. r. mscr. apud.* Gold. *c.* 468. Duplum percipiendorum restituendum esse sancitum.) conf. Marc. Lyclam *d. l.* 3. *ecl.* 1. 2. Hier. Oroz. *d. l. n.* 2.

40 Et congrue haec denuo cum nostris assertis consonant. Nam. m. f. possessoris dolus causa fuit, quod fructus percepti non sint, et non exstiterint, qui existere poterant et solebant. Ne itaque ob hunc dolum dominus damnum patiatur, non percepti habentur pro perceptis, quasi exstitissent. Nec obst. *l.* 17. *c. de r. v.* ubi fructus restituendi dicuntur, quos m. f. possessorem mala fide percepisse probatum fuerit. vid. Busius *comm. ad. l.* 12. *ff. quod. met. c.* Franzk. *ad tit. de r. v. num.* 73. Donell. 20. *com. c.* 5. *Vultej.*

41 Quid? quod a m. f. possessore illi fructus, quos inhoneste v. g. ex prostitutione ancillae, *cop. de fruct. t.* 3. *c.* 8. percipere potuisset, peti propterea non possunt, quia impossibile fuit eos existere *l. de condit. inst.* Pro existentibus enim haberi deberent; at haberi non possunt, quia impossibile fuit eos existere.

42 Postremo notandum, quod, quae de m. f. possessore dicta sunt, eadem sint intelligenda de b. f. possessore post litem juste ei motam. Is enim si victus fuerit, retro a tempore lit. contest. habetur pro m. f. possessore, vid. *l.* 25. §. 7. *ff. de haer. pet.* Notabilia sunt hanc in rem illa D. August. *lib.* 1. *de fid. et oper. c.* 7. quae refert Gratian. *can.* 5. *si virgo. e.* 34. *q.* 2. quae legi merentur. conf. *l.* 48. *d. a. r. d. l.* 22. *c. de r. v. l.* 25. §. 7. *de haered. pet. l.* 45. *de r. v.* Hartm. Pist. *p.* 4. *q.* 27. *n.* 1 *et* 7. Rauchb. *p.* 1. *q.* 28. *n.* 4. Arum. *disp.* 8. *th.* 5.

Haec sunt: quae de fructuum ex aliena re perceptorum acquisitione et restitutione afferre necessarium visum fuit, ut non modo jura non existentium, sed et incidenter universam hanc materiam, alias intricatissimam, quodam velut compendio illustraremus. Atque quoniam in materia consumptionis et non existentiae versamur, extremis digitis adhuc indigitare placet singularem effectum non existentiae et consumptionis fructuum: nimirum, quod illa in fructibus irrevocabiliter acquirendis tantum operetur in ipso momento consumptionis, quantum alias tractu temporis potest usucapio in acquirendo dominio aliarum rerum vid. *l.* 48. *pr. ff. de a. r. d. l.* 48. §. 5. *et* 6. *l.* 5. §. Iana. 19. *ff. de furt.* Vide plenius haec deducentem Hortensium *comm. ad l.* 1. §. 2. *ff. de pign. pag. m.* 214. 43

In aliis modis acquirendi dominium possemus forsan etiam nonnulla adinvenire, quae ad jus non existentiae pertinent, sed ne nimis prolixe deductis et longe petitis videamus vim aliquam juri non existentium emendicare velle, haec omittimus, jam tum aliquanto prolixius morati in specificatione, commixtione et accessione, quae adeo quotidiana non sunt in foro; ut propterea ab ista prolixitate abstinere maluissemus, nisi necessarium visum fuisset, in istis modis acquirendi demonstrare, quantum valeat jus non existentium in dominio acquirendo. Nunc itaque ad uberiorem messem eorum, quae in jure non existentium potissima et in praxi necessaria sunt, digredimur. 44

CAPUT VI.

De juribus realibus, quae rebus non existentibus extiguuntur.

CONSPECTUS.

Digressio. n. 1.
Jura realia *tolluntur rebus non existentibus. n.* 2.
Ut dominium. *n.* 3.
Ædificio in litore maris non existente, tollitur dominium soli. n. 4.
Imperium et jurisdictio *tollitur, regionibus et subditis non existentibus. n.* 5.
De titulis imperatorum et regum, *quibus se scribunt* dominus regionum et populorum non existentium *n.* 6.
De episcopis portativis *seu* non existentium episcopatuum. *n.* 7.
Eorumque curiosa exempla. n. 8. 9. 10.
De iis judicium. n. 11. 12. 13.
Istorum omnium titulare imperium nullum est, quia populi et dioeceses non existunt. n. 14.
Populus et resp. sunt aeterna. *n.* 15.
Adeoque non facile dici possunt non existere. n. 16.
Quomodo populus non possit non existere? *n.* 17.
Quomodo populus possit non existere? *n.* 18. *et* 19.
Non existunt populi *mari abrepti. n.* 20.
R. terrae motu. n. 21.
Igne. n. 22.
Gladio. n. 23.
It. quorum civitas fatali aratro deleta est. n. 24.
Populus, qui in alterius ditionem recessit, non existit. n. 25.
Nec pontificia dioecesis existit, quae mutavit Religionem. n. 26.
Controv. an jura status imperii *tollantur*, territorio immediato non existente. *n.* 27.
Quid sit status imperii? *n.* 28.
Quae sint jura status imperii? *n.* 29.
Fons horum jurium est immediata possessio. *n.* 30.
Aliud est esse principem vel comitem imperii *etc. aliud esse* statum imperii. *n.* 31.
Jus status imperii est reale *contra Spreng. et Limn. n.* 32.
Exempla ducum et comitum ad jura status non admissorum, quod bonis immediatis carerent. n. 33.
Itaque bonis immediatis non amplius existentibus *tollitur jus status. n.* 34.
Exempla. n. 35.
Dissent. n. 36.
An territorio ab hoste occupato *jus status tollatur*? *n.* 37.
Affirmatur. n. 38.
Limitatur. n. 39.

Possessio *amittitur, re possessa non existente. n.* 40.
V. g. si species. n. 41.
Vel sacra facta sit. n. 42.
Rem, quae non invenitur *possidere desinimus, quia pro non existenti habetur. n.* 43.
Aliud est, si res sub custodia nostra sit, et non inveniatur. n. 44.
It. si servus sit perditus. n. 45.
Obstant. text. n. 46.
Rerum naufragio demersarum possessionem *amittimus. n.* 47.
Loci inundati *possessio amittitur. n.* 48.
De lectione l. 30. §. 3. de acq. vel amitt. possess. *n.* 49.
Limitatio. n. 50.
Dissent. Gifan. n. 51.
Cur inundatio perimat possessionem? n. 52.
Inundatio interrumpit usucapionem. n. 53.
Apud Hollandos possessio inundati agri retinetur piscando. *n.* 54.
Servitutes rerum non existentium *dari. n.* 55.
Quo cum effectu? n. 56.
Et cur? n. 57.
De privilegiis rerum non existentium. *n.* 58.
An decemnio amittantur? n. 59.
Servitutes reales *extinguuntur* praediis non existentibus *contr. pl. dd. n.* 60.
Non obst. l. 13. pr. de s. r. p. *nec* l. 2 §. 2. de s. u. p. *n.* 61. 62.
Praedio restituto servitus realis postliminio redit. n. 63. 64.
Ecclesia, collegium, civitas destructa, si iterum aedificentur, omnia jura privilegia et feuda recuperant. n 65.
Limitat. n. 66.
Quomodo servitus realis redintegretur restituto praedio, quod non existebat? n. 67.
Via publica non existente amplius, vicinus eam praestat. n. 68.
Qui servitutem oneris ferendi debet, cogitur columnam non existentem restituere. *n.* 69.
Quod singulare hic est. n. 70.
Ratio specialitatis. n. 71.
Objectio. n. 72.
Cautela. n. 73.
Servitutes personales *extinguuntur* re non existente. *n.* 74.
Ut usufructus agro inundato. *n.* 75.
Vel mutato. *n.* 76.
It. Uno equo ex quadriga non existente. *n.* 77.
Non *tamen* restituuntur servitutes pers. *re non existente restituta. n.* 78.
Rationes. n. 79.
Jus emphyteuseos *perit*, re emphyteutica non existente. *n.* 80.
Si *tantum* pars ejus non existat, *canon adhuc solvendus. n.* 81.
Re feudali non existente *jus feudi extinguitur. n.* 82.
Ut servitia non debeantur. n. 83.
Non tamen illo casu hostem pristini domini juvare decet. n. 84.
Rebus haereditariis non existentibus *jus haereditarium extinguitur. n.* 85.
Si res haereditariae non existant dilapidatione b. f. possessoris haereditatis, *hic non tenetur ultra quam factus est locupletior. n.* 86.
Cur non? n. 87.
Haereditate non existente, haeres non tenetur confecto inventario. *n.* 88.
Si res haereditaria non compareat, *cavet haeres de persequenda ea. n.* 89.
Non obst. l. 21. de r. v. *nec* l. 20. Depos. *n.* 90.
Re pignori data non existente *jus pignoris amittitur. n.* 91.
Domo oppignorata non existente, *vel in hortum vineamve* mutata *in* area *vel horto manet jus pignoris. n.* 92.
Rationes. n. 93.
Si domus pignoratitia non existens reaedificata sit, nova domus *pignori est. n.* 94.
Nec opus est, ut eadem specie reaedificata sit. n. 95.
De fructibus oppignoratis non existentibus. *n.* 96.
Fructus non existentes *oppignorari possunt. n.* 97.
Etiam tacite. n. 98.
Quo cum effectu. n. 99.
Fructus tacite oppignorati *a nullo restituuntur*, si non existant *n.* 100.
Explicatur l. 16. §. 4. de pignor. *ibid.*
Fructus nominatim oppignorati *per se peti possunt. n.* 101.
Tacite oppignorati non possunt, *principali non existente. n.* 102.
Explicatur l. 1. §. 2. de pign. *n.* 103. *usque* 107.
Fructus nominatim oppignorati non existentes *ab. f. emptore non restituendi. n.* 104.
Rationis rationes. n. 105.
Obj. si usucapio non tollit pignus, ergo nec consumptio. resp. 106.
De existentibus fruct. hoc casu. n. 107.
Privilegia et jura collegiorum seu corporum *sunt realia. n.* 108.
Collegiis non amplius existentibus *illa extinguuntur. n.* 109.
Si collegium esse desinat, *an bona dividere membris liceat? n.* 110.
Quaenam bona, collegio non amplius existente, caduca *fiant? n.* 111.
Jus rei sacrae *an pereat*, aedibus *sacris* non existentibus? *n.* 112.
In processu concursus credit. qui jure dominii in prima *classe ponuntur*, rebus non existentibus *ad* ultimam *remittuntur. n.* 113.
Idem est in illo, qui speciale pignus *in re habet*, re ista non existente. *n.* 114.
Cautelae *in hunc casum. n.* 115.

Jus nostrum consistit aut in acquirendo, aut in conservando, aut in minuendo, hoc est amittendo, sit ille Phoenix legum Ulpianus *l. ult. ff. de legib.* vid. Brunnem. *ad d. l.* Quamobrem quando hactenus egimus de non existentia rerum, quatenus causa et occasio est acquirendi dominium, nunc videamus etiam, quomodo dominium et alia jura realia amittantur et annullentur, re non existente. Equidem in praeced. capp. etiam de amissione dominii actum est, sed relative tantum, quia ejusdem rei dominium uni tribui nequit, quin id pristino domino adimatur. Nunc vero de amissione jurium realium sine tali relatione ab- 1

solute, et de non existentibus, in quibus et forma et materia periit, agemus.

2 Nimirum *jura realia* tolluntur re non existente. *arg. pr. et* §. 3. *de usufr. l.* 2. *ff. eod. l.* 5. §. 2. *eod.* Anton. Faber. *ad l.* 23. *d. t.* Fr. Balduin. *ad* §. *pen.* 3 *inst. de usufr.* Bachov. *ib.* Itaque *dominium* rei non existentis, ut aureorum montium aut velleris etc. nul-4 lum est, aut re intereunte interit. Singulare est, quod, qui in litore maris aedificat, fiat quidem soli dominus, sed tantum quoad aedificium existit: hoc enim non existente et diruto, dominium aedificantis extinguitur, et solum iterum fit commune. *l.* 6. *pr. de r. d.* in quo dominium jure gent. acquisitum a civili dominio differre tradit. Ant. Fab. *ad d. l.* vid. Bas. *ad d. l.*

5 Idem sine dubio dicendum de imperio, quod jus reale et dominium quoddam est, aut cujus ad minimum pars est dominium eminens. vid. *disp. Wilh. Leyseri pro imperio contra dominium eminens. Wittеb.* 1673. Scil. quod imperium nullum sit, regionibus et subjectis, quibus imperari possit, non existentibus.

6 Non ignota est ista consuetudo, qua personae illustres in titulis suis se dominos et imperantes vocant ratione regionum, populorum, dioecesium etc. quae revera non existunt. Sic Carolus V. imperator se scripsit ducem *Neopatriae, Atticae, Athenarum, Patrae.* Cum illae regiones et civitates non existant, aut pro non existentibus haberi possint, aliquae vix quoad situm notae sint vid. dn. D. Beemann. *notit. dignitat. diss.* 3. *c.* 1. *th.* 3. Sic reges Hispaniae se scripserunt *reges Jerusalem*, cum subditi jerosolymitani, qui ipsis pareant, non existant. Unde cum inter *Baylium*, legatum Elisabethae reginae Angliae et legatum hispanum quaereretur, qua lingua colloquturi essent, et hispanus cavillaretur, lingua gallica utendum esse, quia regina Angliae sit regina Franciae, lepide Baylius: *non sane*, respondit, *sed utemur lingua hebraica, quia rex tuus est rex Jerusalem*, indigitaturus, regi Hispaniae tantum potestatis in Palaestinam esse, quantum dominae suae in Galliam. vid. dn. Beemann. *cit. loc.* 4. Inprimis orientales principes, titulis nimium luxuriantes, non abstinent a titulis rerum non existentium. Sic imperator turcicus se principem et *dominum Paradisi* mundani et omnium eorum, qui in eo vivunt, et Angelum Paradisi vocat. Ejusmodi fere sunt, cum se dominum templi Dei *Zabilon et Bassio, Rhetian et Magodin.* etc. vocat. Quos titulos exhibet Schardius *histor. op. rer. german. t.* 3. *fol.* 1089. Plures ejusmodi tituli in aliis orientalibus principibus conquirere non difficile, si modo opus esset.

7 Quando vero pontifices in imperio ecclesiastico semper exstiterunt aemuli simiae imperii civilis, istaque aemulatio haud raro cum quadam mixtura absurditatis conjuncta est, mirum non videbitur, si a sede romana egrediantur tituli affectati imperii in res non existentes. Sic tota die frequentatur a Papa constitutio patriarcharum et episcoporum etc. *in partibus infidelium*, ut loquuntur. Papa enim universum orbem, in quem sibi imperium, ut judaei jus in terras ultra fluvium Sabbathinum, arrogat, dividit in certos episcopatus, et eos confert, cui lubuerit. Inde sunt hodienum patriarchae, archiepiscopi, episcopi Orientis, ut Constantinopolis, Alexandriae, Corinthi, et aliarum civitatum, quae nunc vel plane non existunt, vel sub dominatione Turcae et Persae sunt. *Concilium tridentinum* ejusmodi episcopos vocat *portativos* et *ambulatorios*, de quibus et eorum potestate *Tholosani* locum notabilem vide apud celeberr. dn. Beemann. *not. dign. diss.* 15. *c.* 2. *th.* 6. Innocent. Gentillet 8 *au Burreau du Concile d. Trente livr.* 1. *pag. m.* 33. refert anno 1439. Patriarcham Constantinopol. Josippum, et artibus Eugenii subornatos legatos patriarchae Armeniae, (quae jam dudum a Saracenis et Turcis occupata erat) concilio trident. interfuisse, consensum suarum ecclesiarum cum isto concilio declarantes. Idem Gentillet *livre* 4. *sess.* 21. *p.* 167. lepidam fabulam recenset, de patriarcha assyrio, quam cardinal. Amulius petulanter commentus est, et literis divulgavit, sc. eum electum a clero et populo juxta Tygrim an. 1562. Romam venisse, confirmationem in dignitate patriarchatus a papa petiisse et solemniter impetrasse: et inter alia anilia narrasse, sub suo patriarchatu adhuc 15. archiepiscopatus, ut *Sirava, Hancava, Machiara, Chiaruchia, Cuchia, Schiabathan, Carangol. etc.* 27. Episcopatus et plus quam 200000. christianos numerari. Neque hodienum papa 9 desinit constituere episcopos Angliae, Helvetiae etc. Similiter in Borussia episcopus culmensis inscribitur 10 episcopus Pomeraniae *von Nachtangen*, et episcopus warmiensis simul vocatur episcopus scambiensis *von Samland.* Imo in vicinis his non ignotus fuit Valerius Maccionius, *episcopus de Vezzo et Marocco in Africa*, qui ducis hanoverani jam defuncti confessionarius fuit, et edidit *novenas s. Antonii*, de quibus epistolam ad istum episcopum evulgavit *Conringius*, in qua illum ita alloquitur pag. 50. *Nec ignoras, reverendissime domine, maroccanam ecclesiam reapse jam aliquot seculis nullam fuisse, et titulum ibi episcopalem nonnisi in ridicule vanam ostentationem omnipotentiae pontificiae, etiam per Africam porrectae, tibi esse datum.* Ante eit. Gentillet. *d. pag.* 33. et ipsa *acta concilii tridentini sess.* 1. referunt, Paulum papam duos titularios archiepiscopos non existentium archiepiscopatuum ablegasse ad d. concilium trident. scil. *Olaum m.* archiepiscopum upsaliensem et coecum *Robertum Venant*, archiepiscopum Armacan in Hibernia, qui etiam in sessione locum inter archiepiscopos occuparunt. vid. Binii *concil. trid. sess.* 8. *p.* 816. Gentillet satyrice illos vocat *pauvres Archeveques en blanc.* quod redditibus careant, et papa Olao m. 15. saltem thaleros singulis mensibus largitus fuerit, quod nimis parvum est salarium pro archiepiscopo, cognomento magnus dicto. Hinc solium romanum 11 mihi videtur edictum illud, quod extat apud *secretarium Appollinis*, quiliber *Boccalino* attribuitur, (sc. tollendum esse istum canonem logicum: *sublata causa tollitur effectus*, quia tributa publica ob necessi- 12 tatem publicam imposita, hac sublata non tolluntur) ex nova hac ratione canonizare: quia etiam episcopi manent, episcopatibus sublatis. Neque nobis religioni ducimus, narratos archiepiscopos et episcopos arma- 13 cani Vezzae, Marocco, Pomeraniae, Samlandiae nostrae etc. ista appellatione mactare, qua card. Baron. *tom. x. ad ann.* 878. *pag. ed. mog.* 626. *n.* 52. ex Nicета refert, illusum fuisse Theodorum, in metropolitam Pathmorum a Photico creatum, dum eum per

ludibrium, quod episcopatu careret, vocarunt *episcopum aphantopoleos*. i. e. civitatis invisibilis, quae nusquam appareret.

14 Horum omnium titularium dominorum imperium, jurisdictionem sive secularem sive ecclesiasticam et spiritualem in ditiones, regiones, dioeceses non existentes quis non videt, nomina tantum ab omni re vacua esse?

15 Equidem respublicae sunt aeternae, ut ait Tacitus; ille principum magister *lib.* 3. *ann. cap.* 6. *n.* 5. quod generosum responsum etiam erat Brulardi, Galliae cancellarii ad reginam suam, cum Henricum IV. cecidisse quereretur, quod ex Gramond. *hist. lib.* 1. adducit dn. Becmann. *polit. parall. c.* 12. *th.* 2. et civitates immortales esse dixit Isocrates vid. Grot. *lib.* 2. *de j. b. et p. cap.* 9. *th.* 3.

16 Atque ideo populus, imperium, dioecesis, civitas
17 etc. non facile dicenda sunt non existere. Licet enim mutentur partes, moriantur subinde homines, qui populum, civitatem, dioecesin faciunt, nihilominus tamen populus, civitas, dioecesis manet eadem. Manet enim vinculum, consociatio, ἕξις μία, spiritus unius, quem tot millia trahunt. vid. Grot. *d. l.* Et rectissime Aristot. 3. *polit.* 2. populum cum flumine comparans, dixit, flumina eadem vocari, quamquam alia subeat semper aqua, alia decedat. Conf. Ovid. 15. *metam. vers.* 180. et Seneca *epist.* 80. pulchre commentans illud Epicharmi: *in idem flumen bis non descendimus*, conf. eumd. *d. l. et Alfenum l.* 76. *de judiciis* subtiliter disputantes, an homo in senectute idem sit, qui fuit in juventute, mutatis particulis corporis: et quod Plutarchus de Thesei nave notat, conf. Stipmann. *de jure maritim. part.* 4. *c.* 1. *n.* 114.

18 Negari tamen non potest, inquit *incomparabilis* Grotius *cit. lib.* 2. *cap.* 9. *th.* 3. *n.* 3. ita fieri posse, ut intereat populus. Et, ut excell. dn. Becmann. docere solet, resp' immortalis et aeterna est negative, sicut pax aeterna dicitur, i. e. quod nullum tempus definitum habeat, quo desinat, (ut singuli homines aevi spatio *l. an usufr.* 56. *ff. de usufr.*) desinere tamen possit. Conf. omnino pereximia quae habet dn.
19 Puffendorff. *de j. n. et g. lib.* 8. *cap.* 12. §. 7. *Fit autem dupliciter, ut populus, resp. etc. non existat: scilicet aut interitu corporis, aut interitu speciei, sive spiritus quem dixi*, ait Grotius *c. l.* Seu ut Puffendorff. *c. l. docet*, materiali et formali *non* existenti. Populus itaque non existit, qui corporis rationem et formam amisit: vid. Grot. *d. l.* vid. Philo *de mundo cit. ibi in not.* Conf. dn. Puffendorff. *de j. n. et g. lib.*
20 8. *cap.* 12. *pr.* et Grot. *d. l.* §. 8. *n.* 2. Similiter dominium et imperium tollitur, si populus mari abreptus non existat, ut Atlanticae populi, teste *Platone, qui lib.* 32. *Timaei pag. edit. Basil.* 704. Insulam Atlantidem vasto gurgite mersam refert. (idque dum in Critia seu Atlantico circa finem (qui deficit) dicit, factum esse a Diis cum supplicium sumere vellent, *Marsilius Ficinus* in argumento Atlantici, ibi diluvium noachicum, involvi putat) vid. quae dn. Becman. de interitu Atlantidis et Azoribus Canariisque, ceu reliquiis Atlantidis, et alia de insularum novarum nativitate et interitu ex Kirchero refert. *histor. orb. geogr. c.* 5. *th.* 2, Aliorum populorum sic demersorum
21 exempla vid. ap. Grot. *d. l. et in not. ibid.* Item non existunt populi, quos terrae motus aut chasma hausit, quorum exempla Seneca *epist.* 91. gravissime recenset. Conf. Cicero, qui *ep.* 5. *l.* 4. etiam aliquot civitatum et oppidorum cadavera denarrat. Item quae *Kircherus* de *castro Euphemiae*, terrae motu subverso refert. Plura exempla videsis ap. Ammian. Marcellinum *lib.* 22
17. Sic populi igne absumpti non existunt, ut Sodomae et Gomorrae populi. Sic Sidonios et Saguntinos non existere refert Grot. *d. l.* quia sponte se internecioni dederunt. Similiter non existunt populi acie 23
gladii deleti, ut Ammonitae, Philistaei, Midianitae. Sic templariorum ordo non existit, ante 300. annos 24
sublatis omnibus fere membris. Et populi, cum quorum interitu vel ipsi civitatum muri interierunt et fatale aratrum passi sunt, ut *Carthago*, quo casu civitas esse desinit, ut dicit. *l.* 21. *ff. quib. mod. usufr. amitt.* vid. Anton. Mornacius *ad d. l.* ubi Tarvennam et Pictavium vetus ex annal. Francicis quoque allegat aratro deletas et sulcis salem inspersum esse, quod etiam urbi Sichem contigisse legimus. *Jud. cap.* 9. *vers.* 45. Itaque his omnibus casibus, si populus, ci- 25
vitas, dioecesis non existat, omnino imperium in eas
tollitur. Idem dicendum de populo, civitate, dioecesi, 26
quae in alterius principis ditionem vel a religione pontificia recessit, et in novo statu suo per pacificationes, pacta etc. confirmati sunt, tunc enim utique pristinorum imperium, episcopatus, dominium, potestas etc. nulla est. vid. Grot. *c. l.*

De dominio et imperio ad alia jura realia digressuri 27
ex *jure publico* controversiam *de amittendo* jure status imperii, *territorio et bonis non existentibus*, prius paucis agere placet. Status vocabulum explicat in suo 28
jur. publ. lib. 1. *tit.* 15. §. 1. ille nostris temporibus illustris Dorotheus, *quem ex hac legum civitate propter ejus optimam opinionem et gloriam serenissimus elector ad se deduxit et consiliorum intimorum participem fecit*, quibus verbis *constitut. tantae.* §. 9. *et const. dedit nobis.* §. 9. nominandus *dn. Rhetius*, cujus mentionem nulla festinatio transgredi debet. Nimirum status imperii est, qui in comitiis imperii votum et sessionem certam habet proindeque regulariter imperii bona immediata possidet. Aliae descriptiones sunt ab accidentali. vid. dn. Rhet. *c.* 1. §. 3. Conf. *Eitel Fridrich von Herden, Grundveste des H. R. R. part.* 1. *c.* 3. *fin.* Adeoque status imperii est verus civis imperii. Civis enim proprie est, qui habet potestatem judicandi et deliberandi de iis, quae ad το κύριος pertinent; reliqui incolae sunt vel subditi. Ita civis definitionem *aristotelicam.* 3. *polit.* 1. ad imperium congrue satis applicat *Paurmeister* et post eum *Conring.*

Jura itaque status imperii, quae faciunt statum, 29
sunt sessio et votum in comitiis. Causa et fons horum 30
jurium *est possessio immediatorum bonorum in imperio.* §. *über dieses haben wir.* 197. *Rec. imp. de an.* 1654. v. Franc. Irenic. *disc.* 18. *p.* 162. *part.* 1. *coll. jur. publ. ad Oldenb.* Et hodie aliud est esse principem 31
imperii, aliud statum imperii. Videlicet esse princi- 32
pem, comitem, baronem, civitatem imperii jus personale, esse statum imperii, jus reale est. Alias differentias vid. *in rec. imp. an.* 1641. §. *und demnach wir. capitul. Ferdin. IV.* §. *über dieses.* Et hinc regulariter inquit dn. Rhetius *c. l.* §. 5. votum habent in comitiis status imperii non qua duces, principes, co-

mites, sed qua certa bona et certum territorium habent immediate sub imperio *conf. idem l. 2. tit. 24. §. 1.* Dissentit Sprenger. *jurispr. publ. pag.* 186. de quo vid. dn. Rhet. *disp. jur. publ. 4. cap. 2. de subd. immed. imp. n.* 14. Conspirat cum Sprenger. Limnaeus *tom. 4. i. p. p. 74. seqq. et tom. 5. ad l. 1. c. 7.* Sed *Fr. Irenicus* eum erroris satis convincit et approbat illud Bertrami *de comitiis th. 4.* a Limnaeo reprobatum; *vocem dare in comitiis esse fructum feudi.* Perelegantes similitudines et alia egregia, quibus probatur jus status
33 esse reale, et ratione bonorum competere vid. ap. *Fr. Irenicum cit. loc.* Hinc dux Crumeriensis, Johannes Antonius, in comitiis *an.* 1640. *et* 41. quamvis Caesar et electores interveniret, votum et sessionem non obtinuit, sed demum in comitiis *an.* 1654. ob emptam Gradisciam. Et eum princeps de Hohenzollern, Eitel Friedrich anno 1641. d. 8. sept. Senatui principum se associare conaretur, a directoribus admonitus surrexit et secessit, nec amplius admissus fuit, decreto caesareo frustra interveniente. vid. Eitel Friedrich von Herden, *c. l. part. 2. cap. 5. p.* 104. ubi refert, nunciatum esse novellis comitibus et baronibus, qui bona immediata non possiderent, eos ad sessionem et vota in comitiis non admissum iri, *Sie haetten sich dann durch unmittelbare Güter im Reich ansaessig gemacht.* vid. plur. ap. Franc. Ireu. *coll. jur. publ. in Burgold. disc.* 18. *pag.* 156. ubi etiam processum totum, quo quis status imperii constituitur, recenset.

34 Hinc itaque quia jura status imperii inhaerent territorio et bonis immediatis, quaeritur, si forte urbs chasmate, mari, demolitione etc. deleta non existat, de quo *supr. n.* 21. *seq.* Si territoria et bona immediata non existant; si subditi, cives, populus, dispersi fuerint, an residui civitatis sessionem et votum in comitiis, civitate non existente, an princeps vel comes principatu vel comitatu non existente idem praetendere possit? Et videtur omnino statuendum per §. *über dieses haben wir r. i. de an.* 1654. tolli jus status imperii, territorio non existente, quia est jus reale, ut dictum. Ita decidit etiam Gastelius *de statu publ. europ. cap. 7. de stat. imp.* quod comes sine comitatu, eques sine equo, pastor sine grege abusive et *nihil tenentes* dicantur. Erhard. *de oper. rust. tit. 12. lit. a.* Consent. Burgold. *p. 1. disc. 18. n. 4. it. p. 1. disc. 20.*
35 *n.* 27. Bertram. *de comitiis* (. 40. Sic episcopus losanniensis, de quo *n.* 9., hodie non amplius in comitiis suffragium habet quia a Bernensibus episcopatu suo privatus est. *Fr. Irenic. pag.* 159. Similiter episcopus genevensis, inquit idem, quamvis spem habeat redeundi ad oviculas suas, tamen pastorem illum sine
36 grege nemo in comitiis suffragantem facile audiet. Contrarium defendunt Gylm. *in symph. supp. tom. 3. fol.* 325. Gerhard. *Hexad. jur. publ. 5. quaest. 6.* Dan. Otto *i. p. c. 17. pag.* 551. Gail. *de arrest. c. 6. n. 7.* Vietor. *de caus. exempt. imper. conclus. 28. et* 31. Ruland. *de comitiis p. 2. lib. 5. c. 4. n. 27.* Limn. *i. p. p.* 186. Speidel. *verb. Reichsstand. c. 7.* Sprenger. *i. p.*
37 Quid vero de occupationibus bonorum hostilibus, quales sunt recentes illae Galli occupationes ducatus bipontini et mompelgartensis, anne ob has jura status, sessio et votum suis dominis deneganda sunt? Ita videtur, quia ab hostibus capta pro non existentibus habentur, vide *l. 12. §. ult. ff. de reb. aut jud. poss.* Item quod in bellis non alia quam facti possessio attendatur, vid. Grot. *de j. b. et p. lib. 3. c. 20. th. 12. n. 2. conf. cap. 6. th. 24.* Et *Conringius* ait: qui caret facultate deliberandi de iis, quae ad τὸ κυριον pertinent, sive per injuriam sive jure, non est actu civis. Qui fruitur illa; sive jure sive injuria, reapse est in statuum sive ordinum sive civium censu. Neque enim refert, num jure hoc fiat an injuria. Alii quidem distinguendum putant inter statum imperii constituendum et constitutum. vid. *Gustel. d. l.* qui etiam *n.* 69. allegat Alex. *in cap. 1. quis dicatur dux* referentem, quod episcopus verdunensis olim a rege Galliae ejectus, comparuerit in comitiis. Nos tamen omnino 38
putamus, territoriis ita ab hoste ereptis, ut nulla spes recuperandi adsit, regulariter jus status imperii extingui, quemadmodum eo casu onus collectarum etiam tollitur. Gail. *lib. 1. obs. 21. n.* 18. Sed si eo tem- 39
pore, quo bellum nullum est, quod non sit publicatum, vid. Grot. *lib. 3. cap. 3. th. 5. et cap. 1. th. 5. n. 4. et lib. 2. c. 26. th. 4. n. 7.* bona occupata quidem sint, sed spes ea recuperandi nec a pristino domino, nec ab imperio (sicut enim status imperii facere unice dependet a principibus imperii: vid. electorum hac de re verba in *confirmat. diplom. Eggenbergiani*, quae refert Limn. *tom. 4. j. p. p.* 861. et *rec. imper. de anno* 1641. §. *und demnach wir Capitul. Ferdinand. IV. art. 45. r. i. anno* 1654. §. *über dieses*, ita omnino circa amittendum istud jus status totius imperii ratio habenda est) abjecta est; ni fallor, jus suffragii statibus imperii salvum manet.

Nunc ad *possessionem* digredimur, et notamus, nos 40
etiam invitos et ignorantes ipso facto possessionem amittere, re non amplius existente. *Si propter naturam rei, veluti si praedium inundatum sit, aut propter latronum potentiam non potest possideri, recte dicitur non esse quod possideatur*, verba sunt *l. 12. §. ult. ff. de reb. aut. jud. poss.* vide. *not. Godof. ad d. l.* Sic si, quod possidebam, in aliam speciem translatum est, vel ut vestimentum ex lana factum; possessionem amitto. *l. 30. §. 4. de acquir. poss.* vid. Mindan. *de mater. poss. cap. 11. n.* 78. Res enim 41
deficit hic, quae possidere possit, inquit Hillig. *ad don. lib. 5. c. 12. e.* qui ibi contra Donellum dissentientem disputans videri meretur. Conf. ea, quibus *cap. 2.* probavimus, id, ex quo species facta est, non existere. Item si res, quam possidemus, sacra, aut locus religiosus fiat, possessio amittitur. *d. l. §. 1.* Res 42
autem sacra, locus religiosus factus pro non existenti, quantum ad pristinam causam haberi potest, sicut enim clericus moritur seculo, ut vivat Deo, *caus. 16. qu. 1. c. 8.* ita talis res pristina secularis existere desinit. Non obst. *l. si servum 91. §. 1. ff. de v. o.* Item si id, quod possidemus, ita perdidimus, ut igno- 43
remus ubi sit, si pecus ita aberraverit, vel vas ita exciderit, ut non inveniatur, desinimus possidere, ait, *l. 25. pr. d. t.* Quae enim non reperiuntur, praesumuntur non existere ait Bald. *ad l. cum ita 32. §. 5. ff. de leg. 2.* quam legem vid. Conf. *l. 47. §. 4. legat. 1.* Et paria sunt, non existere, et existere, nec apparere *l. duo Titii. 30. ff. de testam. tut. l. 8. §. 3. leg. 2.* Dissimiliter atque si v. g. thesaurus conditus 44
sit, quem scimus a nullo adhuc occupatum, sed quem ob infirmitatem memoriae reperire non possumus: ejus enim possessionem retinemus *l. peregre 44. ff. h. t.* Idem est, si res sub custodia mea est, sed, quia di-

ligens inquisitio cessat, non invenitur. *l.* 3. §. *Nerva* 13. *d. t.* quia si velimus, naturalem possessionem nanciscì possumus *d. l.* 1. ubi vitiosam Noricae lectionem notat Duaren. *ad d. l.* Nam tales res non possunt pro non existentibus haberi, quia praesentia earum istis casibus adstruitur. *d. l.* 3. §. 13. *d. t.* Ubi *Duaren.* notat, alios male legere *in praesentia* (quod Conanum facere deprehendimus *lib.* 3. *com. c.* 9. *n.* 9.) alios adeo indoctos esse ait, ut praesentiam interpretentur
45 absentiam. Diversum quoque est in homine perdito *l.* 3. §. 13. vid. *l.* 47. *d. t.* (quam materiam summe difficilem vocat Hier. de Oroz. *de apic. jur. civ. lib.* 4. *c.* 13. *n.* 17.) Servus enim fugitivus, sicut aliarum rerum possessionem intervertere non potest, ita ne suam quidem potest. vid. *tot. l.* 15. *d. t.* Conan. *lib.* 3. *com. cap.* 9. *n.* 10. Mindan. *d. l.* et Donell. *lib.* 5. *cap.* 12. *f.* et ibi Hilliger, inprimis Hier. de Oroz. *l.* 4. *de apicib. j. c. cap.* 13. *n.* 17. *legem* 1. §. 14. *d. t.*
46 bene explicans, ne cum *l.* 15. *eod.* pugnet. Obstat, quod fugitivus servus non possideri *l.* 54. §. *fin. ff. de a. r. d.* sui ipsius furtum facere, *l. ancilla* 60. *de furt. l.* 1. *c. de serv. fugit.* (possessionis autem fit furtum, *l.* 1. §. 15. *ff. Si l. qui testam.*) et animus redeundi necessario inspiciendus dicatur *l.* 47. *de acquir poss.*
47 Sed istas objectiones omnes scite resolvit cit. Oroz. *d. l. n.* 18. Similiter lapidum in Tyberim naufragio demersorum possessionem amittimus, licet non domi-
48 nium *l.* 13. *ff. pr. d. t.* vid. *l.* 21. §. 1. *d. t.* Sic locum, quem flumen aut mare occupavit, possidere nos desinimus, *l.* 3. §. 17. *d. t. l.* 30. §. 3. *eod.* quia possideri non possunt, quae non extant expresse, dicit Godofred. *not. ad l* 12. §. 2. *de reb. aut. jud. poss.* in *d. l.*
49 30. §. 3. Recentiores editiones, quae ab ann. 30. editae sunt, perperam possidere non desinimus legunt, cum legendum sit nos desinimus; ita enim constanter habet *Vulgata, Holoandriana, Florentina, Russardi, Contii Charondae, Corporis Glossati ex recens. Godofr.* ut sic nulla sit antinom. inter dd. ll. quam aliqui ibi statuunt, vid. Meier. *coll. jur. arg. ad d. t. de amitt. poss. n.* 20. Dictam. *l.* 3. §. 17. autem non de simplici inundatione, sed alvei mutatione, de qua, *l.* 7. §. 5. *de a. r. d.* §. 23. *inst. eodem, collato cum* §.
24. Duarenus interpretatur *ad d. l.* 3. §. 17. *de acquir.*
50 *poss.* Communiter dd. id intelligunt de inundatione longioris temporis, non momentanea et quae saepe fit ad utilitatem et irrigationem agrorum, ut nili exundatio, quam glebis animas infundere scribit Pom-
51 pon. Mela *lib.* 1. *de situ orb.* Conf. quae doctissime hanc in rem conscripsit, Amaya *l.* 3. *obs. c.* 4. *ad. l. un. c. de nili aggeribus.* Dissent. Gifan. *in d.* §. 17. *n.* 93. *et in l.* 38. *de a. r. d.* et quavis inundatione involuntaria usucapionem interrumpi asserit, quem refutat Hill. *ad Donell. lib.* 5. *cap.* 12. *lit. c.* et Hier. de Oroz. *de apic. jur. civ. lib.* 4. *cap.* 13. *n.* 15.
52 Caeterum cur inundati fundi possessionem, amittamus, rationes vid. ap. Mindan. *de mat. poss. c.* 11. *n.* 64. et Fr. Duaren. *ad d. l.* 3. §. 17. Scil. quia res venit in statum, a quo incipi non poterat, *l. pluribus.* 140. §. 2. *de v. o.* et quia nulla cogitatio recuperandae possessionis praesumitur. Conf. Grot. *lib.* 2. *de j.*
53 *b. et p. c.* 8. *th.* 10. 2. Unde, si quis fundum possedit decennio inter praesentes, intervenit autem interruptio possessionis propter inundationem, decedente inundatione a praetore, non potest in integrum restituì. vid. Duarenus hoc late prosequens ad *l.* 3. §. 12. *de acq. poss.* conf. *l.* 19. *ff. ex quib. caus. major.* conf.
l. 8. *de divers. et temp. praescr.* Singulare est, quod 54
Grot. *d. l. c.* 8. *th.* 10. *n.* 2. *et* Wissenb. *ad tit. quib. mod. usufr. amitt. th.* 20. annotant, sc. apud Hollandos contra jus romanum possessorem fundi inundati possessionem per piscaturam retinere posse. v. *l.* 23. *quib. mod. usufr. am.*

Nunc a dominio et possessione ad *servitutem,* quae 55
etiam est jus in re *l.* 30. *ff. de nox. act.* transimus. Servitutes rerum non existentium dari, utut paradoxum sit, verum tamen est vid. *l.* 23. §. 1. *ff. de servit.* 11. *p. l.* 22. *eod.* conf. *l.* 17. *ff. de alim. leg.* vid. *l. Labeo* 10. *ff. de serv. p. r.* quae *l.* 10. ne pugnet cum *l. ult. ff. si serv. vindic.* quod vult Glossa ad *d. l.* 10. vide quae recte respondet Pacius 8. 'Εκνυτ. qu. 61. Franzk. *de servit. n.* 80. Praestant enim haec conciliationibus Accursii et Goveani *l. Var.* 15. 16. et
Conani *lib.* 4. *comm. c.* 7. *n.* 6. Sed cum res non exi- 56
stentes, in quibus servitus constitui all. ll. dicitur, *futurae* sint, (ex qua ratione etiam tales servitutes *in spe* non in *re* sunt, ut scite sit toto orbe celeberrimus Brunnem. *ad d. l.* 23. *de servit.* in quem Volusii Maeciani elogium, quo ipsum divi fratres maciant in *l.* 17. *ff. de jure patron.* vere quadravit: *Jctus praeter veterem et bene fundatam jurisperitiam anxie diligens*). Ideo diutius huic materiae, alias non ignobili, immorari non licet, quod tractationem *illorum non existentium, quae futura sunt,* sub initium
a nobis amoliti simus. Videri autem potest hac de ma- 57
teria praeter alios Fr. Conanus *lib.* 4. *comm. jur. civ. c.* 8. *n.* 16. Ubi etiam utiliter notat, futurarum rerum servitutem pure constitui debere, licet ea demum conditione, si res exstiterit, valeant, quod in futuris perpetuum est *l.* 73. *de v. o.* quia servitus sub conditione constitui nequit vid. *l.* 4. *ff. de servit.*

De *privilegiis rerum non existentium* itidem prolixe 58
agere possemus, quod scil. rei, quae non existit, sed *futura* est, ut domui seu collegio aedificando, privilegia concedi possint. De quo vid. Bartol. *in l. servus.* 17. *de alim. legat.* Costalius *ad l.* 1. *comm. praed.* Joh. Fab. *ad inst.* §. 3. *de servit.* Schurff. *cent.* 3. *consil.* 29. *n.* 4. Quodque ista privilegia decennio, (ut 59
solent privilegia vid. *l.* 1. *ff. de nundin.* Gail. *lib.* 2. *obs.* 40. *n.* 1. Enenkel. *lib.* 3. *de priv. cap.* 15. et quos adducit Schurff. *cent.* 3. *consil.* 29. *n.* 1. quem omnino vide) non amittantur, re futura, cui concessa sunt nondum existente: vid. Schurff. *d. l. n.* 2. *etc.* sicut nec servitutes futurorum praediorum. Sed ex eadem ratione etiam ab his nos abstinemus.

Accedimus itaque ad *servitutes praediorum non existentium amplius*: h. e. quae fuerunt, sed interiere. Itaque notamus, servitutes reales tolli, praedio sive serviente sive dominante non amplius existente. v. *l.* 35. *de s. r. p.* Accidens enim non potest existere subjecto corrupto. *arg. pr. inst. de usufr.* Bachov. *ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 17. *th.* 16. *c.* Voltej. *de feud. lib.* 1. *c.* 11. *n.* 5.
Itaque extinguitur servitus itineris, actus, viae, loco 60
per quem via, actus, iter debebatur, a flumine occupato i. e. in alveum mutato vid. *l.* 24. *quib. mod. usufr. am. l. si locus.* 14. *ff. quemadm. servit. amitt.* item si sublatum sit aedificium, ex quo stillicidium cadit *l.* 20. §. 2. *de serv. praed. urb.* vid. *l.* 35. *ff. de s. p. r.* Franzk. *ad tit. quemadm. servit. amitt. n.* 17. *seqq.* Dissentit

Pet. Costal. *part.* 2. *adversar. ad d. l.* 20. §. *si sublatum.* 2. Donell. *lib.* 11. *cap. ult. fin.* Treutl. *vol.* 1. *disp.* 17. *th.* 16. *s.* qui reales servitutes rei interitu non extingui contendunt. Sed vid. Bachov. *ad Treutl. d. l.*

61 Non obstat, quod *l.* 13. *pr. ff. de servit. r. p.* servitus vineae acquisita, sublata et extirpata vinea, manere dicatur; quia ibi servitus solo magis quam superficiei, h. e. vitibus debetur vel imposita est, vid. *l.* 3. *ff. de ser-*

62 *vit.* Busius *ad d. l.* Aliud est, si vitibus debeatur; vid. *d. l.* 13. *pr.* Duaren. *ad d. l.* 13. *pag.* 197. Nec obst. *l.* 20. §. 2. *ff. de serv. praed. urb.* ibi enim ex aequitate magis quam stricto jure servitus retineri videtur, idque tanto magis, quod ibi aedificium ei fini, ut aliud reponeretur, sublatum fuerit. Et cum servitutes urbanae superficiei inhaerere dicuntur, id nunc sensum habet, quod non in solo tantum, ut rusticae, sed simul in solo et aedificio consistant, ut explicat Duaren. *ad d. l. d.* §. itaque suo modo etiam solo inhaerent, vid. Bachov. *ad Treutl. d. l.* et Franzk. *ad tit. quemadm. serv. am. n.*

63 21. Notandum tamen, servitutem realem praedio non existente ita non perimi, quin quotiescumque illud in antiquum redierit statum et velut existere iterum incipiat, denuo postliminio actu restituatur *ad l.* 14. *quem.*

64 *serv. am. l.* 20. §. 2. *de s. p. r.* Si servitus aquae ducendae, aqua in fonte non existente, quod exaruerit, ita non amittitur, ut fluente iterum fonte aquam ducere non liceat. *l. et Atilicinus.* 35. *de s. r. p.* Gail. *lib.* 2. *obs.* 6. *n.* 2. Brunnemann. *ad d. l.* 35. *n.* 3. 4. Menoch. *rem.* 6. *retin. post. n.* 149. Franzk. VVesenbec. Mant. *ibi cit.* Sic aedificium, ex quo stillicidium in tuum praedium cassitat (h. e. saepius cadit vid. *Pomp. Fest. ad verb. cassitabundus.*) si sublatum sit, et dein restituatur, servitus stillicidii redit *l.* 20. §. 2. *ff. de s. p. u.*

65 Et *h. l.* argumento dd. concludunt, ecclesiam, collegium etc. destructum, si iterum aedificetur, omnia jura et feuda recuperare, quae priori debebantur, vid. Brunnem. *ad d. l.* Zas. *ad l. inter stipulantem* 83. §. *sacram.* 5. *de v. o. n.* 20. *seqq.* Pet. Costal. *ad l.* 20. §. *si sublatum.* 2. *ff. de s. u. p.* Klock. *vol.* 3. *cons.* 147. *n.* 118. Brunnemann. *ad l.* 7. *ff. quod cujus univ. n.* 8. Bald. *in margarita verb. civitas* conf. *l. hereditas.* 50. *ff. de haered. pet.* Idem obtinere, etiamsi alio loco aedificetur, defendit Gail. *lib.* 2. *obs.* 61. *n.* 6. 8.

66 Excipiendus tamen casus, si jussu principis castrum, urbs, ecclesia, collegium destructa fuerint ob delictum vel rebellione vel crimen violatae pacis vel scandalum etc. tunc enim omnia privilegia amittuntur, ut jurisdictio etc. statuta, immunitas etc. vid. Gail. *d. l. n.* 1. Pet. Cost. *ad l.* 7. §. 1. *quod cujusque univ.*

67 Servitus realis itaque redintegratur restituto praedio, quod existere jam desierat. Et quidem si restitutio facta fuerit intra tempus, quod ad amittendam servitutem sufficit, scil. 10. ann. inter praesentes, 20. inter absentes *l. pen. c. de servit. et aquae.* Brunnem. *ad d. l.* 5. *ff. quemadm. serv. amitt.* Cujac. *de divers. temp. praescr. cap.* 26. restituitur servitus ipso jure *d. l.* 14. *l.* 24. *ff. quib. mod. usufr.* Si tempus transierit officio praetoris *l. et Atilicinus.* 35. *ff. de servit. rust.* Busius *ad d. l.* 14.

68 Illud quoque notabile est in hac materia, quod si via publica fluminis impetu vel ruina etc sublata, non existat, vicinus proximus viam praestare teneatur. *d. l.* 14. §. 1. *quemadm. serv. amitt.* Sed ex aerario publico aestimatio restituenda, vid. Duaren. *d. l.* Busius et Brunn. *ad d. l.* conf. Mornac. *ad d. l.*

In *servitute oneris ferendi* hoc singulare est, quod, 69
si columna vel paries, quae onus sustineat, non existat, ab eo, cujus est, sit reficienda, *l. et si forte.* 6. §. 2. *ff. si servit. vind. eum.* 3. *de s. u. p. l.* 8. §. *eod.* Cum alias servitutum natura non sit, ut quis ali- 70
quid faciat, sed patiatur *l.* 15. §. 1. *de servit.* Ut hinc Hotom. 2. *anic* 17. singularem, abnormem et quasi spuriam hujus servitutis naturam vocet vid. *l.* 6. §. 2. *si serv. vind.* Ratio specialitatis est, quia alias magis 71
serviret, qui refectionis sumptus faceret, quam qui onera ferret; quin huic semper paries integer foret alterius impensa, inquit Hillig. *ad Don. lib.* 9. *c.* 21. *K.* Et cum servitus ipso jure sit perpetua, paries quoque perpetuus sit necesse est, si onus ferre debeat. Nihil autem in hoc mundo perpetuum esse potest, inquit Bartolus, nisi per surrogationem. Ant. Faber. *ration. ad d. l.* 33. *de s. o. p.* Cogi itaque potest dominus columnae servientis ad reficiendum eam, si non existat *d. l.* 6. §. 2. Similiter is, qui habet jus immittendae aquae, eum, qui servitutem debet, cogere potest, ut fossam reficiat, sive exstet fossa vel ejus memoria, sive non, ut ait *l.* 2. §. 4. *de aqu. quot.* vid. Bus. *ad l.* 15. §. *servitutum ff. de servit.* At at nemo ad factum 72
cogi potest. *arg. l.* 13. *fin. de re jud. l.* 81. *de v. o.* Resp. cum dominus hic dicitur cogi posse, id non de necessitate praecisa, sed hypothetica accipiendum, h. e. nisi malit solvere quantum interest. vid. Anton. Faber. *ad. d. l.* 6. §. 2. *si serv. vind.* Non tamen, quod 73
derelinquendo columnam etc. Dominus ejus ab obligatione reficiendi liberetur. *d. l.* 6. . 2. vid. *l. si absente.* 48. *l.* 64. *de usufr.* et Ant. Fab. *ad d. l.* 6. Brunn. *ad eandem.*

Sic etiam *servitutes personales* intereunt re non exi- 74
stente. Est enim jus in corpore, quo sublato ipsum tollitur *l.* 2. *de usufr. pr. et* §. *ult. inst. eod. l. pen.* §. *ult. o. eod. l.* 5. 2. *quib. mod. usufr. am.* Anton. Faber. *ad l.* 23. *eod. tit.* Sic *usufructus* aedium extinguitur aedibus exustis vel terrae motu vel vitio suo collapsis §. *ult. de usufr. l.* 5. *c.* 2. *quib. mod. usufr. am.* It. mortuo pecore usufructus ejus extinguitur, ut nec corium et caro debeatur *l. pen. quib. mod. usufr.* aliud in dominio *l.* 14. §. *bove.* 2. *de cond. furt.* It. si civitas fatale aratrum passa, ut Carthago, non existat, interit usufructus, qui ei legatus erat, *l. si usufr.* 21. *ff. quib. mod. usufr. am.* Item si ex agro 75
inundato stagnum aut palus, vel ex stagno ager, vel ex sylva caesa ager factus sit, usufructus ejus extinguitur, *l.* 10. §. 2. 3. 4. *d. t.* adeo, ut nec piscando retineatur *l.* 23. *d. t.* Anton. Faber. *ibi;* aliud si aqua eodem impetu recessit, h. e. alveum non fecit, ut explicat Brunnemann. *ad d. l.* Item, si gregis numerus eo pervenit, ut grex non intelligatur, petit usufructus *l. ult. d. t.* Conf. *l. pen. d. t.* Sic usufructus quadri- 76
gae extinguitur, si unus ex equis decesserit, quoniam 77
quadriga esse desiit, ut expresse ait. *l.* 10. §. *ult. d. t.* alias partibus v. g. domus non existentibus, ejus usufructus non extinguitur. *l. si cui insulae* 53. *ff. de usufr.* scil. si modo formam habitabilis adhuc domus retineat. Conf. *l. pediculis argenteis* 32. §. *cum inaures.* 8. *ff. de aur. et arg. leg.* Hoc tamen servi- 78
tutes personales prae realibus singulare habent, quod pereant, si res quocumque modo formam antiquam

mutaverit, nec redintegrentur, si domus v. g. exusta, vel collapsa restituta fuerit. *l.* 10. §. 1. *et* 7. *eod. l.* 36. *de usufr.* vel si scyphi, quorum ususfructus debebatur, in massam redacti, et iterum scyphi facti sint. *l.* 36. *eod.* vid. Bus. *ad d. l.* quia eadem numero domus non est, quae restituitur. *arg. l.* 20. §. 2. *de serv. v. p. l.* 5. §. 3. *quib. mod. usufr. am.* Quod secus est in Realibus, *l.* 20. §. 2. *de serv. v. p.* vid. *supr. n.*
79 63. Rationem differentiae optime penetravit ille, Franzkii judicio, perspicacissimus Hortensius. *comm. inst. ad . finitur de usufr.* dum, *non quidem*, inquit, *revera corpus restitutum, minus aut magis idem est cum priori in usufructu, quam in realibus servitutibus; sed haec ratio ducit. ut in usufructu idem corpus durius et strictius interpretemur, quam in servitutibus praediorum v. l.* 20. §. 2. *de s. v. p. quo scil. quam citissime ususfructus reddatur et consolidetur proprietati, l.* 3. §. 2. *de usufr.* quae sine eo inutilius maneret, *l. an usufr.* 56. *ff. eod. l. si usufr.* 8. *ff. de usufr. leg.* vid. Hier. de Oroz, qui hanc subtilem interpretationem suo videri, ita loquitur, adscribit, suppresso Hortensio, *lib.* 1. *de apic. jur. civ. cap.* 4. *n.* 9. ubi etiam explicationem Cujacii et Hilligeri rejicit. Jo. ab Imola *ad l. peculium* §. *quadrigae. ff. de leg.* 2. dixit ususfruct. magis in forma quam in materia consistit.

80 Idem quod in usufructu; etiam in *emphyteusi* obtinet, cujus jus perit, si tanta clades emerserit, ut etiam ipsius rei faciat interitum ut ait *l.* 1. *c. de jur. emph.* vid. §. 3. *inst. de locat. cond.* Adeo ut non existente re emphyteutica, nec canon sit praestandus. *arg. d. l.* 1. *c.* vid. Brunnem. *ad l.* 12. *de reb. aut. jud. poss. n.* 10. Fachin. Donell. Hillig. Carpzov. *ibi alleg.* Aliud si culpa emphyteutae non existat.
81 Bald. *in d. l.* 1. *c. de jure emph.* Si vero pars fundi emphyteutici non existat amplius, canon nihilominus solvendus est totus, aliter quam in locatione, quia canon non pro fructibus sed recognitione dominii praestatur. vid. prolixe Gail. 2. *obs.* 32. *n.* 24. Brunnem. *ad d. l.* 1. *c. n.* 5. 6. *et ibi citt.* Et nota, quod domo emphyteutica non amplius existente in area duret emphyteusis. etc.

82 Et quoniam Vultejo *lib.* 2. *cap.* 2. *de feud. n.* 9. et aliis pl. dd. Feudum dicitur ususfructus quidam, de quo vid. dn. Praesid. *exam. jur. feud. c.* 2. *qu.* 13. 14. 27. *etc.* itaque ab usufructu ad *feudum* transimus. Feudum itaque, cum sit jus reale et dominium utile, utique etiam re feudali non existente et jus feudi extinguitur *arg. pr. inst. de usufr.* Dn. Praeses
83 *d. l. cap.* 22. *qu.* 3. Rittershus. *partit. feud. l.* 2. *c.* 6. *qu.* 9. ut ad servitia et onera feudalia tunc vassallus non amplius sit obligatus. vid. Borchold. *comm. feud. c.* 8. *n.* 22. Si enim servitia exigi non possunt, cum feudum tam exiguum est, ut fructus pro sumptibus servitiorum non sufficiant, de quo vid. dn. Praesid. *ex. feud. c.* 18. *qu.* 27. eo minus poterunt feudo non
84 existente. Aedibus tamen in feudum datis non amplius existentibus, feudum in area manet, cum pinguius jus sit vassalli quam usufructarii. Dn. Praes. *d. l. c.* 22. *qu.* 4. Hoc tamen nota, quod, licet vassallus feudo non amplius existente non obstrictus sit ad servitia, propter memoriam tamen beneficii dominum pristinum offendere non debeat *per c. un. tit.* 38. *lib.* 2. *feud.* vid. Schneid. *epit. feud. pag.* 1. *n.* 16. Mynsing. *cent.* 5. *obs.* 65. *n.* 10. Unde putamus, ejusmodi vassallum non posse hostem dominii pristini juvare conf. *l. unius* 18. §. *servus.* 7. *ff. de quaest.* ubi servum in antiquum dominum non esse torquendum sancitur. vid. Manzii *specialia jur. com. de beneficientia. n.* 30. *pag.* 94.

In *jure haereditatis* manifestum satis est, haereditate 85
non amplius existente, jus haereditarium perire. Id 86
tamen hic singulare est, quod, si b. f. possessor haereditatis, quem titulo carere diximus *cap.* 5. *n.* 25. res haereditarias dilapidando, donando perdendo iisque etiam abutendo fecerit non existere, quod eas non teneatur praestare ei, qui verus haeres est, nisi in quantum locupletior est, *per l.* 25. §. 11. *ff. de haered pet* Sic consuluit actum b. f. possessoribus haereditatis, 87
qui commiseratione digni ideo visi sunt, quod re sua se abuti putent, non idem facturi verisimiliter, si scivissent, rem esse alienam. vid. Anton. Faber. *ad d. l.* Ita enim sunt a natura comparati plures, ut si qua insperata fiat boni melioris accessio, vivant multo deinceps lautius. Describit hoc ipsum praeclare Athenaeus. *lib.* 2. *et* 6. vid. Ant. Mornac. *ad d. l. v.* §. 3. *l. qui man. non p.* Quomodo hoc in passu b. f. possessor haereditatis differat a b. f. possessore rei singularis in rei vindicatione, explicat Anton. Fab. *d. l.* Caeterum hoc notum satis est, quod, si haere- 88
ditatis casu perempta non existat amplius, haeres non teneatur creditoribus si inventarium fecit. vid *l. ult.* . 4. *c. de jur. delib.* Inventarium enim ponit haeredem in eum statum, in quo fuisset, si nunquam adivisset haereditatem. Brunnem. *ad d. l. n.* 36. si vero inventarium non fecerit, de rebus non existentibus teneri a creditoribus videtur *l. ult.* §. 12. *c. de jur. delib.*

Sed quid juris, si res haereditaria non compareat 89
(qualia pro non existentibus haberi diximus *n.* 43.) vel si dubitetur an existat, vel in rerum natura sit, vel si servus in fuga sit etc.? Respondet ad haec in terminis *l.* 47. §. 2. *ff. de legat* 1. *l.* 69. §. *ult. eod.* haeredem cavere debere, se redditurum esse rem, si eam deprehenderit. Imo cavet etiam de persequenda re *d. l.* 69. §. *fin.* etiam suis sumptibus. *l.* 39. *pr. de legat.* 1. scil. si res post mortem testatoris abesse coeperit, uti putat Duaren. *ad d. l. arg. l.* 108. *pr. eod.* Alii aliter. Nec obst. *l.* 21. *ff. de r. v.* quia plenior 90
interpretatio est in testamentis *l. in testamentis.* 12. *de r. j.* Nec obst. *l.* 20. *ff. depositi.* Id enim in depositario aequum est, qui nullum sentit commodum. vid. Duaren. *ad d. l.* 47. Atque hoc singulare est in rebus haereditariis, quae non possunt reperiri; nam hae pro non existentibus quidem habentur, sed non in omnibus. Aliud est in iis, quae vere non existunt, in his enim cautio frustra requireretur.

Re pignori data non existente, pignus hypothecave 91
perit, ait *l. sicut.* 8. *pr. ff. quib. mod. pign. sol.* Sed si 92
domus pignori data non existat amplius, area ejus tenebitur, quia est ejus pars. *l. domo* 21. *ff. de pign. act. l.* 98. §. 8. *vers. non est ff. de solut. l.* 23. *de usucap.* Unde si in area domus oppignoratae, sed non amplius existentis, hortus vel vinea facta fuerit, in iisdem creditor jus pignoris habet. Domus enim, quae per se pignori erat, non per se in rerum natura erat, sed superficies tantum erat quae cedebat solo, cui hortus ut alia superficies nunc cedit cum jure pignoris. vid. *d. l. Paulus* 29. §. *domus* et Aeg. Hortens. *ad l.* 16. §. 2. *de pig.* Simili- 93

ter si in locum domus oppignoratae non amplius existentis nova domus aedificetur, nova haec domus pi-
94 gnori est. *alleg.* Nec requiritur, ut eadem qualitate et specie nova domus reaedificata sit: sicut verisimile est Luc. Titium emptorem ex suo ingenio aedificasse *in d. l.* 29. §. 2. *de pign. act.* Aliud in legato esse osten-
95 dit Aeg. Hortens. *ad l.* 16. §. 2. *de pign.* Nova itaque domus, hortus, vinea, etc. vendi a creditore possunt. Bar. *in l. fin. ff. de pign. act.* Seb. Medic. *de cas. fort. part.* 2. *qu.* 10. *n.* 128. Si tamen non debitor, sed alius aream emisset et aedificasset, expensae sunt refundendae vid. *d. l.* 29. § *domus.* Negus. *de pign. part.* 3. *membr. qu.* 4. *n.* 39.

96 Notabile est, quod *l.* 1. . 2. *de pign.* dicatur; fructus nominatim oppignoratos cum praedio, si non existant, non esse restituendos a b. f. emptore, quod strictim declarare, operae pretium videtur. Equidem *cap.* 5. jam prolixe de eo egimus, quod b. f. possessor de fructibus non existentibus non teneatur, quia dominium eorum irrevocabiliter acquisivit, sed ista decisio huc non pertinet ad fructus pignoratitios cum non iis modis, quibus dominium, etiam jus pignoris creditori perimatur, de quo mox. Itaque aliis rationibus haec res conficienda est.

97 Nimirum fructus non existentes, sed futuri, subintellecta conditione si extiterint. *l.* 73. *de v. o.* pignori dari possunt; non quidem per se, sed per prae-
98 dia. Et praediis oppignoratis fructus tacite quoque sunt
99 pignori *l.* 3. *c. in quib. caus. pignus tacit.* Atque hoc casu fructus tantum sunt in causa pignoris, et pignori accedunt, ut de iis per se actione hypothecaria agi non possit; sed tantum in actione de re principali, si ea res non sufficiat, officio judicis restituuntur *l.*
100 16. §. 4. *ff. de pign.* Ubi nota, quando dicitur, judicem de fructibus antecedentibus non existentibus cognoscere non posse, quod fructus non expresse cum re oppignoratos, tum ipse debitor bona fide consumere possit. vid. *l.* 2. *et* 3. *c. de serv. pign. dato manum*, tum multo magis alius a debitore causam habens, cum hinc ne eos quidem restituat fructus non existentes, qui nominatim sunt oppignorati *d. l.* 1. §.
101 2. *de pign.* de quo statim. Si vero fructus nominatim cum fundo pignori dati sint, per se peti possunt, et sunt non tantum in officio judicis, sed etiam in actione
102 et petitione. Qua ratione, si res pignori data non existat, v. g. si ancilla mortua sit, ejus partus post pignorationem natus, si sit in causa tantum pignoris, peti non potest: quia sublato principali tollitur et accessio: si vero nominatim etiam partus pignori datus, jure pignoris est, et non minus peti potest, quam ancilla potuit, *arg. l.* 29. §. 1. *ff. de pign.* Paul. *lib.* 5. *sent.* 2. Ita Aeg. Hortens. *comm. ad l.* 1. §. 2. *de pign. pag. mihi* 207. 208.

103 Si itaque debitor fundum et fructus nondum existentes oppignoravit nominatim, et statim, antequam fructus percepit, fundum vendidit, dissimulato pignore, et emptor, nesciens fructus oppignoratos esse, eos bona fide consumpsit, videtur, quod creditor ab emptore possit fructus petere, licet consumpti sint, quia saltem hodie petitur, quod jam olim peti actione per se
104 poterat; sed *d. l.* 1. §. 2. decidit, quod b. f. emptor, ut aestimationem fructuum non existentium restituat, cogi non possit, quia isti fructus nunquam debitoris
105 fuerunt, adeoque nec pignori esse potuerunt. Id vero, inquit *Hortens.* rationem decidendi nervose indigitaturus *ad d. l.* 1. §. 2. *p.* 211. nihil aliud est, quam rem alienam pignori dari non posse, aut ea spe tantum posse, si ea res debitoris fieret. Atque hic est 106
intellectus et species *d. l.* 1. §. 2. Sed Papinianus *d. l.* 1. . 2. adhuc interserit objectionem; sc. cur non sicut usucapta re principali pignus manet, ita et consumptis fructibus pignus in his maneat, ut de iis hypothecaria agi possit, cum idem in fructibus valeat consumptio, quod in rebus principalibus usucapio vid. *l.* 48. *pr. de a. r. d. l.* 48. §. 6. *de furt. l.* 4. §. *lana.* 19. *ff. de furt.* vid. *supr. c.* 5. *n.* 43. Ad quam objectionem cum respondet Papinianus *d. l.* hoc sibi vult: si debitor ante amissum (per usucapionem vel consumptionem) dominium rei, qua de agitur, rem pignori dedit, hoc pignus quidem supervenienti postea usucapione vel consumptione non perimi; sed hoc casu fructus nunquam pignori esse coepisse, quia nunquam debitoris fuernnt, ut eos pignori dare potuisset. (Existentes hoc casu non quidem per se, quia 107
nec illi fuerunt debitoris, sed una cum re principali 108
repeti posse idem Hortens. demonstrat d. l. pag. 214.)

Privilegium corpori seu universitati concessum 109
reale est *cap. pen. X. de inst.* vid. Menoch. *lib.* 3. *de praesumpt.* 103. *n.* 24. *et ibi citt. pll. dd.* et perpetua esse praesumuntur *l.* 10. *c. de vectigal. et commiss.* Brunnem. *ad d. l.* Enenkel. *de privileg. lib.* 7. *cap.* 5. *n.* 74. *et lib. c.* 6. *n.* 46. Mortuis tamen omnibus de collegio, collegium, et cum eo jura collegii extinguuntur. Panormitan. *in c. recolentes.* 3. *X. de stat. monach. conf. l. si usufr.* 21. *ff. quib. mod. usufr. am.* Quoad bona notandum est, si collegium existere 110
desinat (quod v. g. mandatis principis dissolutum sit) permittitur collegis pecunias communes inter se partiri *l. collegia* 3. *pr. ff. de colleg. et corp.* Brunnem. *ad d. l. et ibi cit. Farinac. et Menoc.* Sed hoc intelligendum, si collegium vel universitas bona communia quasi jure societatis vel communionis propter se ipsos principaliter et ad singulorum proprium ac certum usum, v. g. communia prata et agros, qui pro indiviso possidentur, habeat. Talia enim judicio communi dividun- 111
do separari possunt, quia ex collatione privatorum membrorum facta sunt communia. Alia autem, quae collegia non habent propter se, aut quae habent propter officium et laborem, quem pro civibus sustinent, aut si ista bona tamquam res sacrae in nullius bonis sint, illa ad fiscum sive secularem sive ecclesiasticum tamquam caduca pertinent. Si v. g. civitas, academia, ecclesia dissoluta sint, ut non existant vid. *l.* 7. §. 1. *quod cujusque univers. et* Bus. *ad d. l. n.* 4. ubi hoc in Germania, Dania et Belgio obtinere tradit. conf. Brunnemann. *ad d. l. n.* 7. *et ad l. collegia.* 3. *ff. de colleg. et corp. n.* 1. et Carpzov. *part.* 2. *const.* 6. *def.* 17.

Jus rei sacrae extinguitur re non esistente. Sic si 112
calix ita effractus est, ut nihil calicitatis amplius habeat, desinit esse sacer et jura rei sacrae amittit. Glossa *in auth. praeterea. c. de ss. eccles.* Non vero locus amittit jus rei sacrae, si aedes sacrae non existant: si v. gr. terrae motu dirutae *l. aede.* 73. *ff. de contr. empt.* §. *sacrae.* 8. *instit. de r. d.* Facit illud Senec: *consolat. ad Helviam. c.* 13. *fin. Si magnus vir cecidit, magnus jacuit. Non magis illum contemni, quam cum aedium sacrarum ruinae calcantur: quas*

eligiosi aeque ac stantes adorant. Jure canon. aliud videtur obtinere vid. *c. ecclesiis.* 20. *et c. de fabrica.* 24. *de consecratione dist.* 1.

113 In *processu concursus creditorum* singularia jura sunt rerum non existentium. Nimirum jure dominii omnibus creditoribus praeponitur deponens ratione depositi, it. locator et commodator ratione rei suae locatae, commodatae. Vid. *arg. l.* 8. 9. *ff. commodat.* it. Dominus ratione suae rei furtivae Carpz. *p.* 1. *const.* 28. *def.* 15. venditor, qui fidem non habuit de pretio *arg.* §. 41. *de r. div.* vel fraude inductus est, ut fidem haberet Carpzov. *d. l. def.* 17. 18. *seqq.* vel dominium sibi reservavit Carpzov. *d. l. def.* 21. it. debitor ratione pignoris *arg. l. pignus.* 9. *c. de pign. act.* Similiter liberi in bonis castrensibus vel quasi castrensibus propriis *l. assiduis.* 12. §. *exceptis. c. qui pot. in pign.* Carpz. *d. loc. def.* 14. it. in pecunia lustrica, *Pathenpfennigen.* Hi enim omnes in primam classem sunt collocandi. vid. Brunnemann. *in process. concurs. credit. cap.* 5. §. 5. 7. 8. Sed hoc intelligendum est, si res illae, quarum intuitu omnibus praeferuntur, exstant. Si vero non existunt, tunc his omnibus ex prima classe ad ultimam chirographariorum migrandum est. Carpzov. *d. l. def.* 150. Brunnemann. *d. l. c.* 5. §. 66. De pecunia lustrica tamen non existente notat dn. Praeses *in not. ad Brunnem. jus eccles. lib.* 2. *c.* 1. *membr.* 2. §. 13. *pag.* 314. quod filius, si pater concursum creditorum reliquerit, inter hypothecarios sit referendus. vid. *plur. l. c.* ubi de hac pecunia alia curiosa reperies. conf. dn. Rodovi *disp. de pecunia lustrica.* Sic etiam, qui speciale 114
pignus in re certa habet, ea non existente ad ultimam classem remittitur. Brunnemann. *dict. loc* §. 59. *et* 66. Quo periculo cum laboret specialis hypotheca; ob alia tamen maxima commoda omittenda non sit, consultum est quidem, utramque et generalem et specialem petere; sed quia nec hoc sine incommodo est, quod tunc non pro lubitu in qualicumque re debitoris executio peti possit, sed praecise prius specialis hypotheca excutienda sit. *l.* 2. *c. de pign.* et ibi Brunnemann. Frantzk. *ad ff. tit. qui pot in pign. n.* 36. Carpzov. *p.* 2. *c.* 23. *def.* 29. consultissimus est clausulam subjicere: *Jedoch salvo jure variandi.* Vel brevissimis se plene securum reddet, qui sibi hypothecam ita constitui curat: *Massen ich deshalb alle meine Güter verpfaende, und mich zugleich der Freyheit selbe zu veraeussern hiemit expresse begebe.* Quae cautelas suppeditat earumque vires plenius explicat dn. Praes. *sect.* 2. *c.* 4. §. 16. 17. 18. *tract de cautelis contractuum necessariis.*

CAPUT VII.

De obligationibus et solutionibus, quae rebus non existentibus demum conciliantur.

CONSPECTUS

Saepe contractus, obligatio, solutio nulla sunt rebus existentibus, et non existentibus, iis demum convalescunt. n. 1.
De mutuo re conciliato. *n.* 2.
Mutuum consumptione reconciliari negant quidam. n. 3.
Sed rectius aff. n. 4.
Defectus 3. *requisitorum mutuum reddunt nullum. n.* 5.
Expl. l. 13. de r. c. n. 6. *usque* 18.
Si aliena pecunia *mutuo detur, non est mutuum. n.* 6.
Cur non? n. 7. 8. 9.
In mutuo est alienatio. n. 8.
De Salmasii *contradictione judicium. n.* 10.
Res aliena mutuo data vindicari potest. *n.* 11.
Si vero non existat, *necessitas requirit reconciliationem mutui. n.* 12.
Quaenam actio tunc competat, mutuo danti? n. 13.
Quaenam domino? n. 14.
Fur *rem alienam mutuo dans ea existente*, habet condictionem. *n.* 15.
Quid si mala fide *accipientis res aliena non existat? n.* 16.
Species l. 13. §. 1. de r. c. *si res pro parte bona, pro parte mala fide non existat. n.* 17.
Cur rebus non existentibus mutuum conciliatur? n. 18.
Explic. l. 15. de reb. dub. *si haeres rem legatam mutuo dedit. n.* 19.
Explic. l. 56. de fidej. de fidejussore mutui reconciliati. *n.* 20.
Quidam non possunt contrahere. n. 21.
Ut pupillus *n.* 22.
r et quomodo non possit? n. 22. 23.
Pupillus non potest mutuum dare n. 24.
Ration. n. 25.
Si tamen dedit, mutuum non est. n. 26.
Ob utilissimos effectus. n. 27.
Sed si res b. f. consumpta non existit fit mutuum n. 28.
In favorem pupilli. n. 29.
Concluditur et probatur consumptione mutuum reconciliari. *n.* 30.
Si res m. f. consumpta non existit, datur actio ad exhib. *n.* 31.
Sed cur non vindicatio *hic commendatur? n.* 32.
Minor curatorem habens *non potest mutuo dare. n.* 33.
Si tamen dedit et res non existit, reconciliatur mutuum. n. 34.
Idem est in furioso. *n.* 35.
Explic. l. 12. de r. c. *n.* 36.
Idem quoque in prodigo. *n.* 37.
Si errore mutuo datum *sit, mutuum non est. n.* 38.
Si causae, *in quibus erratum est*, inhabiles sint ad dominium transferendum, *mutuum demum rebus non existentibus conciliatur. n.* 39.
Explic. l. 18. §. 1. de r. c. ibid.
Quid si istae causae habiles *sint ad dominium transferendum? n.* 40.
De sensu pr. d l. 18. ibi.
Difficillima Antin. in d. l. 18. pr. et l. 36. de a. r. d. *n.* 41.
Quinam hic antin. statuant? n. 42.
Conciliatio una. n. 43.
Altera. n. 44.
Alia. n. 45.
Alia. n. 46.
Facillima. n. 47.
Concluditur. quod in casu d. l. pr. mutuum nullam

sit jure civ. *sed* re non existente *demum detur* exceptio. *n.* 48.

Ampliatur l. 31. de r. c. *n.* 49.

Mutuum reconciliari, *si mutuum* errore datum *non existat. n.* 50.

De solutione *quae nulla est, re tamen non existente convalescit. n.* 51.

Qui pupillo solvit, *non liberatur, sed ad denuo solvendum cogi potest. n.* 52.

Si tamen solutum ita non existat, ut pupillus locupletior sit, *securus est. n.* 53.

De triplici securitate ejus, qui pupillo solvit. n. 54.

Si pupillus debitori solvit, *solutio nulla est. n.* 55.

Sed re non existente convalescit solutio. n. 56.

Elegans et huc faciens species. l. 17. de solut. explicatur. *n.* 57.

1 Hactenus lustravimus casus, quibus jus in re acquiritur vel amittitur rebus non existentibus; nunc considaremus etiam illos casus, quibus obligatio et solutio demum valent, rebus non existentibus. Et singulare sane est illud jus rerum non existentium, quod multis casibus contractus initus et solutio facta tamdiu valeant, et obligatio nulla sit, quamdiu res, quae venit in contractum, vel in solutum data est, existit, vice versa autem tunc convalescat obligatio, contractus, solutio, cum res non existit. Atque de hisce speciatim aliqua disserere omnino operae pretium videtur.

2 Primo itaque de *quasi mutuo* seu *reconciliato* hoc est, quod ab initio nullum est, sed ex post facto esse incipit, et confirmatur a lege, cum res mutuo datae
3 non existunt, et consumptae sunt. Equidem Accursius et Baldus *ad l.* 2. *de r. c.* Meyer *coll. jur. arg. de r. c. n.* 25. Strauch. *dissert.* 13. *th.* 2. negant, consumptione et non existentia rei mutuum reconciliari.
4 Nos tamen cum Castrens. *in l.* 11. *f. de r. c.* Fr. Balduino *ad* §. 2. *inst. quib. alien. lic.* Wesenbec. *parat. de r. c. n.* 12. Cujac. *lib.* 15. *q. q.* Pauli *ad l.* 56. §. 2. *ff. de fidejuss.* Treutl. *vol.* 1. *d.* 20. *th.* 6. *et* Bachov. *ibid.* Conano 7. *comm. c.* 1. *passim.* Althus. 1. *jurispr.* 28. *pag. m.* 188. et cum dd. communiter, bene conscii, consumptione mutuum reconciliari sta-
5 tuimus, infra *n.* 30. diligentius hoc examinaturi. Nimirum ut mutuum valide contrahatur, in mutuo dante requiritur, ut sit *dominus rei*, quam mutuo dat, et ut *facultatem* et *voluntatem* mutuo dandi habeat. Quoties vero aliquid ex his requisitis deest, mutuum non est, fit tamen re non amplius existente *simulacrum mutui* seu quasi mutuum, h. e. reconciliatum. De defectu primi requisiti prius.

6 Si quis *alienam pecuniam* mutuo dederit suo nomine; tunc nec dans nec accipiens ante ex mutuo obligatur, nec ante mutuum est; quam pecunia non existat amplius, vel consumpta est *l. nam et si fur.* 13. *ff. de reb. cred.* quae ut eam paulisper commentemur, meretur; licet *Groenwegen* eam abrogatam esse velit, quod negat Brunnem. *ad d. l.* Res aliena mu-
7 tuo dari non potest. Mutuo dans enim debet esse do-
8 minus *l. mutuum.* 2. §. 4. *ff. eod.* Est enim in mutuo alienatio *pr.* et §. 2. *inst. quib. mod. re contr. l.* 16. *de r. c. l.* 41. *eod.* ut etiam, qui donaverat pecuniam, si statim eam iterum mutuo accipiat, novum ei dominium queri dicatur *l.* 33. §. 1. *de donat.* vid. Wissenb. *Diatrib. de mutuo per tot. et vindiciis ejusd.* Alienare autem non potest, qui non est dominus. *arg. l.* 14. *c. de r. v. et t. t. a. de reb. alien. non alien.* quia nemo potest plus in alterum conferre quam habuit. *l.* 54. *de r. j.* (communiter excipitur creditor pignus alienans, quod tamen non opus esse, eleganter docet Aegid. Hortens. et Bachov. *ad* §. 2. *inst. quib. alien.*) Accedit quod ex pecunia non mea non possit 9
mutuum fieri, quia mutui datio de meo tuum facit *pr. inst. qu. mod re contr. l.* 2. §. 2. *de r. c.* (quae allusio alias sapit ineptias stoicorum in originatione vocum, quas Cicero passim perstringit vid. Cujac. *lib.* 11. *obs.* 37.; hic tamen negative ab ea argumentari licet) Imo licet *Salmasius*, cum ei in mentem 10
venisset jactitare ingenium Jctis irritandis aptum, defendat, in mutuo non esse alienationem (quo judicio *D. Huberi* ob salem suum singulariter capimur) id tamen ipse Salmasius fassus est, quod Vinnius *ad* §. 2. *quib. alien. lic.* ex proprio cum ipso colloquio refert, scil. quod res, quae mutuo datur, alienetur. vid. queso Wiss: *vind. disp.* 2. *th.* 1. 2. Si quis ita- 11
que pecuniam alienam bona fide alicui credidit, quamdiu illa extat, dominus eam vindicat, quia dominium ab eo non recessit, *l. rogasti.* 11. §. *ult. de r. c.* Tanto magis hoc procedit eo casu, quo fur alienam pecuniam alicui mutuo dedit. Sed quid si alienam pe- 12
cuniam accipiens consumpsit vel commiscuit *l.* 78. *de solut.* ut non existat? Sane tunc vindicari non potest, ut supra dictum *cap.* 2. *n.* 10. *c. f.* Neque ut mutuum repeti potest, quia in aliena pecunia mutuum non est. Hic ergo, cum alia remedia deficiant, singulare illud jus consumptionis succurrit, quo mutuum reconciliatur, ut per consumptionem dominium rei non existentis translatum, et sic mutuum factum esse videatur *d. l.* 11. *fin. l.* 19. §. 1. *tot. l.* 13. *pr. de r. c.* Quod cum efficitur, actionem nanciscitur, mutuo dans, 13
sc. *condictionem*, qua pecuniam mutuo datam repetere potest, ac si revera propria pecunia et verum mutuum fuisset: quae condictio vel ipso furioso etiam acquiritur. *l.* 12. *fin. ff. de r. c.* Dominus autem, cu- 14
jus pecunia erat, quam tertius mutuo dedit, tunc agere potest actionibus cessis sibi a mutuo dante, qui tamen ipse ante consumptionem nullas habuit, sed postea demum consecutus est. Quinimo, si fur pe- 15
cuniam furto ablatam alicui mutuo dedit, dominus quidem exstantem vindicat, nec fur tunc actionem habet. Sed quando pecunia non existit amplius, tunc et furi condictio nascitur, ut mutuum reconciliatum repetere et domino restituere possit. *l.* 13. *pr. l.* 9. *fin d. t. l.* 7. *c. si cert.* Equidem verus dominus isto casu, si pecunia non existat agere posset contra ipsum furem rei vindicatione, quia mala fide eam desiit possidere: sed si hic non sit solvendo, et sic dominus rem suam accipere non possit, jure civili necessarium visum fuit, furi tribuere condictionem, qua mutuum consumptione reconciliatum repetere et vero domino restituere possit. Rei namque restitutio furi non est poena. Et quilibet creditor alienae rei, mutuo conciliato, pro vero creditore habetur *l.* 19. *fin. d. t.* Insuper fur, quando facto suo, interveniente consumptione, debitorem fecit dominum, et ipse dominus factus esse videtur, cum ab eo, quasi domino debitor rem acceperit. Et hanc rationem suppeditat, *l.* 19. §. 1. *d. t.* ubi dicitur: *pupillus consumpta pecunia condictionem habet, non ratione, quam quod facto*

ejus intelligitur ad eum, qui acceperat, pervenisse. Sufficit hic enim factum traditionis: quod deest juris aut consensus, suppletur consumptione rei. conf. *l.* 55. *de cond. indeb.* ubi is, qui praedoni mercedem locationis solvit, non tenetur denuo solvere, et sic liberatur, quasi vero domino solvisset. vid. Wissenbach. *ad ff. part.* 2. *disp.* 18. §. 22. Si vero accipiens 16
alienos nummos mala fide consumpsit, dominus eos vindicabit, quod dolo possidere desierit, vel ad exhibendum aget. Si quis itaque pecuniam alienam acce- 17
perit, et deinde admoneatur, eam non fuisse dantis, admonitus vero jam tum partem consumpsisset ante admonitionem, alteram partem autem non attenta admonitione consumat, tunc pars ante denunciationem bona fide consumpta condicitur ut mutuum reconciliatum, pars post denunciationem consumpta vindicatur. Et hic videtur esse intellectus *d. l.* 13. §. 1.

Sed unde consumptioni et non existentiae tanta ve- 18
nit vis, ut mutuum, quod ante non erat, reconciliet et obligationem actionemque ex mutuo, quae re existente nulla erant, producat? Duarenus perpulchre ait *ad tit. si cert. pet. cap.* 2. *c. f. quia eo ventum est, ut nisi detur actio ei qui pecuniam mutuam dedit, cum aliena pecunia fuerit, nulla competitura sit actio adversus eum, qui accepit.* Et facit apprime *l.* 17. *fin. ff. de solut.* quae in simili casu, *si aliter*, inquit, *observaretur, accipiens in lucro versaretur.* Subtilior tamen adhuc est demonstratio Conani *com. lib.* 7. *cap.* 1. *n.* 15. quam clarius sic exponimus. In mutuum veniunt res fungibiles, quae debent consumi, atque cum consumptae sunt, res ejusdem generis funguntur priorum vice. Ergo si alienam pecuniam mutuam consumpsi, tunc totidem de mea pecunia istius vice fungitur: adeoque creditor idem, quod adhuc in extantem pecuniam poterat, in totidem de mea potest condictione. Nec debitor potest excipere contra creditorem, eum non fuisse dominum, quia ille ab hoc causam habet, ut eleganter Barbos. *ad l.* 12. *ff. sol. matr. n.* 6.

Atque sic explicatae *d. l.* 13. elegantem applicatio- 19
nem videamus in *l. quaedam.* 5. *ff. de Reb. dub.* cujus haec est species: est aliquis haeres ex testamento, in quo certa pecunia legata est Titio sub conditione vel die incerta, de quo vid. *l.* 3. §. 3. *c. commun. de legat.* Haeres haesitanter sperat, legatarium repudiaturum esse legatum, et propter spem conditionis minime implendae avaritiae cupidine ad mutuo dandum Sejo prosilit, ut eleganter loquitur *d. l.* 3. *c.* Hoc casu princ. *l.* 15. dicit, ex post facto apparere, quid actum est. Si enim legatarius non repudiavit, haeres alienam pecuniam credidit. Ergo legatarius exstantem vindicabit. Sed si consumpta sit? Respondet lex, idem ex eventu dicendum, h. e. haeres eam accipienti tamquam mutuum condicet, quia mutuum reconciliatum est re non amplius existente.
Adhuc elegantior usus hujus juris non existentiae ap- 20
paret *in l.* 86. §. 2. *ff. de fidejuss.* Ejus species haec est: Asclepiades Hermogenis pecuniam mutuo dedit *sine stipulatione* (nam et stipulatione reconciliatur mutuum *l.* 86. §. 2. *ff. si cert. pet. l.* 2. *et* 7. *c. eod.* vid. Cujac. et ibi Mozz. *de reb. quae mut. poss. n.* 23. si scilicet dans stipuletur, ut sibi reddatur, vid. *l.* 2. *c. d. t.*) mutuatarius dedit fidejussorem. Quia autem pecunia aliena est, nec fidejussor tenetur. Datus enim est mutui causa; mutuum autem hic non est. Si ergo Hermogenes pecunias suas vindicat, fidejussor mutuatarii non tenetur Asclepiadi, quia nec ipse mutuatarius Asclepiadi tenetur; vid. *l.* 32. *pr. c. f. ff. de admin. tut.* Sed si pecunia non existat amplius? Sane tunc mutuum reconciliatur. Poterit ergo Asclepiades condicere mutuum, anne vero nunc tenebitur fidejussor? et affirmat d. l. per elegantem rationem. In omnem enim causam acceptus videtur, quae ex ipsa annumeratione nasci potest.

Nunc ad θῆμα παράδοξον, *casum mirabilem*, ut 21
eum vocat Theophilus *inst. pr. quib. alien. licet*, nimirum a non Dominis transimus ad hos, *qui* quidem domini sunt, *facultatem autem alienandi non habent*: Hi enim etiam nobile exemplum juris rei non existentis praebent. Equidem contrahere est ex gen permissorum, ideoque regulariter omnibus licet. Attamen natura, lege et moribus quidam non possunt contrahere vid. Meyer. *coll. Arg. de r. c.* Et pupillus 22
non quidem natura vel lege, sed moribus non potest mutuum contrahere. Leges enim ei permittunt quocumque modo, adeoque et contractibus conditionem suam facere meliorem, etiam sine auctoritate tutoris. *pr. I. de auct. tut.* Unde etiam obligantur illi, qui cum eis contrahunt. Sed quia homines communiter sibi 23
cavent a pupillo contracturo, eo quod claudicent contractus cum eis initi. h. e. ipsos pupillos non obligent *d. pr. inst. de auct. tut.* vid. dr. Hoppii *disp. de contr. claudicante.* hinc cum dicitur, pupillos contrahere non posse, in sensus esse nobis videtur, qui 24
est, cum dicimus virginem nubere non posse, quam nemo sponsam cupit. In specie pupillus sine tutoris auctoritate non potest mutuum contrahere §. 2. *I. quib. alien lic. l.* 19. §. 1. *de r. c.* 9. *pr. de auct. tut.* Equidem accipere mutuum potest, ut acceptae rei dominus fiat. *d.* §. *nunc. I. quib. alien. lic.* et Theoph. *ibi*, vid. Vultej. *discept. scholast. c.* 16. *fol.* 189. 190. 25
dare autem non potest. *Tutor enim pupilli intellectum, animum et consilium supplet, quemadmodum igitur contrahentis et alienantis cujusque animus praesens esse debet, ita nec tutoris auctoritas, qua pupillo agenti animum praestat, abesse debet*, ut elegantissime ait Aegid. Hortens. *comm. ad inst.* §. *tutor. autem. j. de auct. tut.* Inprimis sine auctoritate tutoris alienare non potest *d.* §. 2. *l.* 9. *pr. ff. de auct. tut. Tutor enim quasi custos pupillo datur, ne rem suam perdat*, inquit Fabrottus: *mutuum autem est species alienationis, aut, si ex eo non sequatur alienatio, certe non est mutuum l.* 2. §. 2. *l.* 16. *ff. de r. c.* inquit Cu- 26
jac. *ad d.* §. 2. *conf. d. l.* 9. *pr. de auct. tut.* quid igitur, *inquit Theophilus*, si pupillus mutuum dederit sine auctoritate tutoris, an valet mutui datio? et resp. nequaquam. Quid ergo? Si extant, nummos actione in rem vindicabit. Sublato enim contractu, ceu causa, 27
tollitur obligatio, ceu effectus. Quia ergo mutuum hic non est, nec obligatio erit, *d. l.* 9. *pr. de auct. tut. c. omn. l.* 89. *de o. et a.* h. e. pupillus non tenetur accipienti pecuniam relinquere et permittere, ut is usum ex ea habeat propositum, ad quod si mutuum esset, teneretur, *Theophil.* Mutuum enim non statim repeti potest quandocumque placet et commodum est danti, etiamsi dans dixerit: quando mihi placuerit. Alias enim esset mutuum frustratorium et inutile. Ita *Bart. Bald. Imol. Alex. Jaso. et* Menoch. *de arb. caus.* 22.

lib. 2. cent. 1. Tiraquell. *ad l. 31. c. de revocand. donat. et comm. dd.* ut refert **Mozz.** *de mutuo quomodo deficiat. n. 4.* Vi dominii itaque remanentis penes pupillum illico res vindicari potest. Atque haec omnia leges benigne sanxerunt in favorem pupillorum, scilicet mutuum non fieri, ut exemplo vindicari possit. Commodius enim est, rem statim repetere posse, quam expectare debere, donec alteri commodum fuerit restituere. Haec ita se habent rebus exstantibus.
28 Sed si pecunia non existat amplius, si accipiens eam consumpserit? Si bona fide accipientis factum est, quo minus existat. h. e. si accipiens errore facti pupillum pro adulto habuerit, ut Theoph. *d. l. ait.* (Juris enim error hic non patrocinatur. Bachov. *ad treutl. 2. disp. 20. th. 6.* vid. *l. 2. §. 15. pro empt. et supr. cap. 5. n. 12.* vid. *l. 51. pr. de evict. l. 9. §. 5. vers. quod si fin. ff. de jur. et fact. ign.* vid. *l. leges. 9. c. de*
29 *ll. l. constitutiones. 12. c. de jur. et fact. ign.*) tunc mutuum, quod ante in favorem pupilli infirmabatur a legibus, idem nunc eamdem ob causam convalescit. *Neque enim actio in rem intentari potest, quoniam non extant nummi, neque ad exhibendum, quoniam non occultantur, neque mala fide consumpti sunt*, ait Theophil. Nisi ergo mutuum reconvalesceret, manifeste id, quod favore pupilli introductum est, ad damnum ejus introductum videretur, contra *l. quod favore. 6. c. de legibus. Ne autem hoc eveniat, et postquam nulla ei ex juris regularis actio competit, reliquum est, ut pupillus condictionem habeat, et quod pecuniae numeratione effectum non est, ut scilicet mutuum consisteret, et conditione teneretur accipiens, id efficiat bona fides consumentis. Nam et hic oritur condictio.* Verba sunt optimi institutionum paraphrastae Theophili *d. l.* et Cujac. *ad d. §. 2. quib. alien. lic.* ait: *Conditio crediti alia est ex numeratione, alia ex consumptione. Ex numeratione, si utilis sit numeratio, ex consumptione, si inutilis sit*
30 *numeratio, et si bonae fidei sit consumptio.* Manifestum itaque fieri ex hactenus allatis videtur, quod allegatis casibus mutuum reconcilietur, quando res mutuo data non existit amplius et bona fide consumpta est, contra quam auctores *n. 3.* citati sentiunt. Nam *l. 11. §. ult. fin. l. 12. l. 13. pr. l. 14. l. 18. §. 1. l. 19. §. 1. de r. c.* expresse dicunt ex consumptione condictionem nasci. Et licet generali voce condictionis ibi Jcti utantur, ea tamen secundum substratam materiam de condictione ex mutuo intelligenda. Hoc enim connexio in istis legibus exigit, in quibus primo quaeritur, utrum nummi alieni, vel ab eo, qui alienare non potest, mutuo dati sint mutuum, adeoque condici ex mutuo possint, et respondetur, non nisi consumptos condici posse, et ex consumptione nasci condictionem, puta eam, quae ante illam non dabatur, et de qua quaerebatur scilicet ex mutuo. Et *l. 13. §. 1.* dicitur, accipientem in istis casibus non ante teneri, quam res consumptae sunt. At consumptis eis, non tenetur actione reali, sed personali ex contractu reconciliati mutui. In *l. 14.* talis traditur Regul. *Toties condictio datur, quoties ex ea causa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transiisset:* atqui talis causa est mutuum, ex qua cum dictis casibus dominium non transierit re exstante, non exstante autem transierit, ideo dabitur condictio talis, qualis competiisset, si ab initio dominium transiisset, scilicet ex mutuo. *Et quid agat* (apposite ad nostrum propositum sit Conanus *7. comment. c. 1. n. 14.*) *nummorum dominus, cum eos non existentes vindicare aut ad exhibendum agere nequeat. Hoc illi nimirum superest, ut ejusdem generis alios suorum loco petat per condictionem, quod cum facit, nolens volens quasi mutuos eos petit.* Facit quod Conan. *7. comm. 1. n. 15.* Bachovius *disp. 20. ad tr. th. 6.* statuant, consumptionem esse modum acquirendi dominium, et ei eumdem effectum, qui alias numerationi rei propriae et ab eo, qui alienare potest, factae competit, adscribunt, eamque omne vitium mutui, quod est in defectu consensus et dominii, emendare, ac si nullum ab initio fuisset, doceant. Quid vero si mala fide fecerit accipiens, ne 31
amplius exstent h. e. sciens tradentem esse pupillum, consumpserit? Ad exhibendum de iis agi potest §. 3. *instit. quib. alien. lic.* conf. *l. 14. ad exhiben. l. 11. fin. ff. de r. c.* Quam caute Theophilus *d. l.? Nam quae, cum extant, actione in rem vindicantur, in his, si occultentur, aut mala fide consumpta sunt, actioni ad exhibendum locus est.* Sed cur imperator d. 32
l. actionem ad exhib. commendat, cum rei vindicatio jam tum competat? vid. *l. 27. §. 3. de r. v. l. 71. eod. l. 131. de r. i.* Hic labi videtur *Hotomannus* et *Cujac.* putantes imperatorem maluisse actionem ad exhib. commendare prae rei vindic. quod illa directa hoc casu competat, ista vero tantum utilis competere posset. Nam utraque etiam ad exhibend. utilis est eo casu, ubi de re non existente agitur. Non alia ergo quam subtilissima haec ratio subest. Sicut actio ad exhibendum directa est praeparatoria rei vindicationis directae, ita utilis et actio ad exhibendum est praeparatoria fictae vindicationis. Et propterea imperatori hic placuit magis commendare utilem act. ad exhib. ceu praeparatoriam vindicationis fictae, quae ipsa, quod non sequatur re non existente, fit ex accidenti, quia jam totum, quod desiderat, actor recepit: plane sicut re existente vindicatio non sequitur actionem ad exhibendum directam, si scil. ob contumaciam totius aestimationem et interesse jam consecutus est actor.

Quid vero si *minor* mutuum dedit, anne idem ju- 33
ris obtinebit, quod in pupillo obtinere diximus? Sunt qui minorem mutuum ab initio validum dare posse, nec reconciliatione per consumptionem opus esse putant. vid. Meier. *coll. jur. arg. de reb. cred. th. 9. n. 9. et th. 10. n. 3.* Jason. *et dd. alii ad l. 19. §. 1. de r. c.* Mozz. *cap. de person. quae mut. cont.* Cujac. *ad d. §. ult. quibus alien. lic.* Equidem ut minores et pupilli natura, ita quoque jus in multis distinxit. vid. §. 2. *inst. de curat.* Et de his minoribus, qui curatores non habent, communis quidem dd. ad *l. si curatorem. 3. c. de rest. in integr.* sententia est, eos recte obligari. Sed et curatorem habentes obligari posse dicuntur. *l. puberes 101. ff. de v. o.* quam ab Interpp. male accipi de eo, qui curatorem non habet Cujac. ad. d. l. ex verbis: *suis curatoribus*, notat. conf. *l. obligari. 43. ff. de obl. et act.* de qua omnino vid. Bachov. *ad tr. d. 6. th. 5. lit. c.* vid. etiam *l. si curatorem 3. c. de restitut.* quam Vultejan *disc. sch. c. 16. p. 194.* quidem se aliter et melius quam omnes dd. interpretari ipse praedicat; verior tamen nobis videtur interpretatio Bachov. *ad tr. d. l. th. 5.*

c. et Goedei *ad l.* 21. *de v. s. n.* 9. quos vide. Et curator ad obligationem minoris non videtur requiri, cum non personae sed rei detur; obligatio autem sit personae. vid. Vultej. *disc. schol. cap.* 16. *fol.* 170. 189. (qua in re excessum amat Erasm. Ungepaur, *exerc.* 10. *qu.* 1. ut obligationem personam esse adstruxerit, quod ipsius Gener, Joh. Strauch. *dissert.* 1. *th.* 16. in eo taxat.) Sed enim vero quia multae obligationes ad rerum alienationem tendunt, omnino distincte dicendum, talem obligationem in minorem cadere, in qua nihil alienat. v. c. si se ad factum v. g. ad describendum aliquid obliget, si nuptias contrahat, *l. sciendum* 20. *ff. de r. n.* si juret *l.* 9. §. 4. *de jurejur.* vid. Cujac. 19. *obs.* 32. Quoties autem minor circa res suas imprimis alienando disponit, tunc eum nihil agere statuimus sine curatoris consensu, si quem habet *l.* 3. *c. de rest. in integr.* Cujac. *ad l.* 101. *d. v. o. et l.* 19. *obs.* 33. Dissent. Treutl. *vol.* 1. *disp.* 6. *th.* 5. *lit. c. et disp.* 20. *th.* 9. vid. Vultej. *d. l. cap.* 16. Quid? quod *d.* §. *ult. inst. quibus alien. licet et l.* 25. *c. de administr. tut.* expresse tam de pupillis quam minoribus agunt. Et frustra esse videtur Theophilus *d.* §. *vers. et hoc apertissime*, quando mentionem curatorum *in d. l.* 25. ita interpretatur: *scis enim quod et impuberi curator detur.* Sicque hac in controversia a communi opinione *Bartol. Jason. Alex. Duaren. Donnell. Sichard. Castr. Saletyc.* Imo etiam a singulari *Vulteji* sententia, nec in totum recedere, nec in totum ei servire, sed media incedere via tutissimum reputa-
34 mus. Ergo si minor mutuum dedit, mutuum non erit, sed quamdiu res extat, vindicabitur, ubi non existit amplius, reconciliabitur mutuum et conditio competet.

35 Certius autem ista, quae de pupillo disputata sunt, pertinent ad *furiosum*. Nam et furiosus, si mutuo dederit, non alienat, adeoque mutui obligationem non contrahit, sed consumptos demum condicere
36 potest; *l. si a furioso* 12. *ff. de r. c.* Sed ratio, quam Pomponius ex Juliano affert ibi, satis obscura videtur: *Nam ex quibus causis ignorantibus nobis actiones acquiruntur, ex iisdem furioso acquiritur.* Sic autem ei lucem foenerabimur ex Conano 7. *comm. c.* 1. *n.* 14. Domino nummorum, quo inscio et ignorante mutuo dati sunt ab alio, si consumpti sint, condictio quaesita videtur, antequam sciat mutuo datos esse, ut idem jus ad haeredes pertineat, si ille, antequam hoc quidem resciscat, moriatur. Hinc inferre vult Jctus: si itaque ignoranti acquiritur conditio, quid vetaret etiam furioso eam competere, quod scire aut ratum habere nihil possit? Accedit solicita juris cura pro ejusmodi infelicibus, ut auctoritate sua sensum et consensum suppleat, quo citra suam culpam carent. Supponit enim furiosum certe consensurum esse, si mentis compos esset, ut mutuum esset consumptum validum, quo repetere illud posset, vid. Conan. d. l. Hier. Oroz. *de apicib. jur. civ. lib.* 3. *c.* 8. *n.* 13. actionem hic competere vult jure naturali tamquam ex quasi contractu. ubi ex re sola provenit actio, quae formatur ab eo tantum jure, quo res ipsa natura sua sentire et statuere videtur: quod cum imaginarium sit, ultra genus suum procedere non potest, sicuti naturaliter nihil solet, ut proinde res in suo genere veniat restituenda, vid. ibi. pl.

Prodigi, qui quoad bona sua furiosum faciunt exi- 37
tum, ut eleganter loquitur *l.* 12. §. 2. *ff. tut. dat.* in alienando et diminuendo patrimonium suum furioso comparantur. *l.* 6. *ff. de v. o.* nec possunt alienare arg. *l. is cui lege.* 18. *ff. qui test. fac.* Imo nec naturaliter obligatur, qua in re furioso non pupillo aequiparatur, *l.* 50. *de o. et a.* Videntur enim mente carere et luxus illa amentia est *arg. l. his. qui.* 12. *fin. de tut. dat. l. furiosi* 40. *de r. i.* Hinc sine suorum curatorum consensu mutuum dare aeque non possunt ut pupilli; sed si de facto dant, res existens vindicatur; non existente autem re mutuum reconciliatur et condicitur.

Tandem etiam de defectu tertii requisiti in mutuo 38
agendum, scil. *si errore mutuum contractum sit.* Actionem voluntariam faciunt liber appetitus et scientia vid. *interp. Arist. ad* 3. *eth. c.* 1. Hinc involuntariae sunt, quae propter vim vel errorem seu ignorantiam suscipiuntur. vid. *l. nihil consensui* 116. §. *ult. de r. i. l.* 9. *pr. de contr. empt.* §. 29. *de inst. stip.* Inprimis vero quoniam ad alienationem dominii rerum nostrarum voluntas est necessaria. vid. §. 40. *inst. de r. d.*, in mutuo de voluntate mutuo dandi omnino constare oportet. vid. Grot. *de i. b. et p. et. lib.* 2. *c.* 10. *th.* 13., ubi mendose traditum esse ait *a. Medina de restit. qu.* 10., rerum fungibilium dominum transire sine consensu domini. Si itaque aliquis rem aliquam accipiat errore ex alia causa, quam ex qua tradens eam dedit, tunc dominium non translatum, adeoque nec mutuum est.

Occurrunt autem duo casus in legibus, quibus ac- 39
cipiens et dans in causa errant. Unus est si utraque causa, tam illa, ex qua ego puto te dare, quam ista, ex qua tu putas me accipere, vel si tantum illa ex qua tu dedisti, ad dominium transferendum inhabilis est. Et hoc casu dominium non transfertur; uterque enim id voluit. Species est in *l.* 18. §. 1. *ff. de r. c.* Si tibi pecuniam dem eo animo, ut eam ceu depositum mihi serves, tu vero, quod de mea intentione tibi non constet, quasi mutuum accipias. Vel si tibi pecuniam mutuo dem, tu vero ea opinione accipias, quasi eam tibi commodaverim ostendi (vel ut Russardus *d. l.* legit ostentandi) causa aut ad pompam. (vid. *l.* 3. §. 6. *l.* 4. *commod.* et Bus. *ad. d. l. it.* Cujac. 10. *obs.* 37. *et* 5. *c.* 38.) vel dicis gratia (quod, unde dicatur ignorare se dicit Hispanorum doctissimus *Ant. August.* 2. *emend.* 2.; docet tamen Varro 5. *de lingu. lat.*) hoc est non serio, sed perfunctorie et simulate, vel ad supplenda solemnia juris, v. c. ut numeretur mancipationis gratia. vid. Hillig. ad Donel. His itaque casibus nec depositum nec commodatum est, multo minus mutuum. Hinc, quamdiu pecunia exstat, dans eam vindicare potest tamquam adhuc suam. Sed si pecunia non amplius exstet, dans eam condicere potest, et quidem sine doli exceptione, ut sit *d. l.* 18. *fin. h. e.* accipiens istam condictionem nulla exceptione tollere potest, quia, licet re vera mutuum vel commodatum, quod rebatur, fuisset, restituenda tamen pecunia esset.

Alter casus est, si istae causae, circa quas tradens 40
et accipiens errant, numero quidem sint diversae, genere tamen conveniant, h. e. si utraque ad dominium transferendum efficax sit; v. g. si ego donandi animo do, tu mutuo accipiendi animo. Et haec est spe-

cies *pr. d. l.* 18. *de r. c.* Decisio hujus casus in *d. l.* haec esse videtur: scil. hoc casu donationem non esse, quae sine acceptatione nulla est: neque etiam mutuum esse; quia tradens mutuum dare noluit (mutuum autem non est nisi inter consentientes, *l. si et me et Titium* 32. *de r. c.*) adeoque pecuniam accipientis factam non esse, cum alia opinione acceperit *d. l.* Unde si non existat, condici quidem posse jure civili, repelli tamen condicentem per exceptionem doli, quia donaturus animum non habuit alienum, ut consumere liceret. conf. omnino *l.* 25. *ff. de donat.* Atque hic planissimus sensus *d. l.* 18. *pr.* esse videtur. Ita quoque eam explicant Ant. Contius *l.* 1. *disp.* 9. Anton. Fab. *ad d. l.* 18. Duarenus *ad tit. si cert. pet. c.* 1. *n.* 4. *pag.* 877. Russard. *not. marg. ad d. l.* 18. Treutl. *vol.* 1. *disp.* 20. *th.* 4. *lit. a* Bachov. *ibi.* Pac. *cent.* 3. *qu.* 67. Wissenb. *ad tit. de a. r. d. th.* 26. *pag.* 820. Neque alia sententia nilli in mentem unquam forte venisset, si non contradictio *l. cum in corpus* 36. *ff de a. r. d.* alium sensum *d. l.* 18. *de r. g.* extorquendum esse suasisset ut antimonia difficillima, prout Duaren, *c. l.* judicat, evitetur. Ulpianus enim *in d. l.* 18. Juliano *d. l.* 36. quem ille expresse citat, conceptis verbis in faciem contradicere videtur. Hinc Wissenb. *d. l.* integrum lavare ait eos, qui conciliare d. ll. nituntur, et *in diatribe de mutuo disp.* 1. *th.* 21. *et seqq.* conciliationes tentatas sibi sumpsit refutandas. Similiter Ant. Cont. 1. *disp.* 9. *pag. m.* 70. Ant. Math. *disp.* 4. *Fundam. jur.* Gifan. *in d. l.* 36. et Bachov. *ad Treutl. d. l.* apertum et irreconciliabilem Jctorum dissensum hic adstruunt. Lud. Charondas 2. *veriśim.* 2. Vultej. *ad* §. 40. *inst. de r. d.* et Strauch. *dissert.* 6. *th.* 38. putant in *d. l.* 18. non simpliciter negari, quod ibi pecunia fiat accipientis, sed tantum quod ex mutuo vel donatione fiat. Quae conciliatio non invenusta quidem est, textui tamen *d. l.* 18. minus congruere videtur. vid. Hillig. *ad Donell. lib.* 4. *cap.* 18. Quid? quod, si juxta *legum indicem. Jac. Labitti* reliquias *lib.* 7. *disp. Ulpiani*, quatenus in corpore juris supersunt consulamus, et ex connexione sensum Ulpiani indagemus, videamus in *l.* 13. *de donat. l.* 35. *de a. r. d. l.* 34. *de acq. poss.* (quas sibi cohaesisse *in lib.* 7. *disp. Ulp.* integro, non vane augurari licet, cum de eadem agant materia) quaeri, an errantes sibi vel aliis acquirant, nec in toto *d. lib.* 7. de contractibus disputatum fuisse, quantum ex fragmentis ejus hariolari licet. Ingeniosa est Accursii *ad l.* 18. et post eum Zasii *ad. d. l.* Alciat. 5. *Parerg.* 15. Gilb. Reg. 2. Evavt. 20. Marc. Lyclam. *membran.* 5. *elog.* 16. Franzk. *de contr. empt. n.* 80. Conciliatio, qua putant accipientem *d. l.* 36. acceptare donatum, quasi in solutionem antiqui crediti datum sit, et tunc rationem differentiae d. ll. Pacius Evavt. *cent.* 3. *quaest.* 67. ponit in favore dissolvendae obligationis, vid. *l. Arrianus.* 47. *de o. et a.* Sed non desunt, quae hic regeri possunt. vid. Wissenb. *d. diatr. disput.* 1. *th.* 21. Nec *Duareni* conciliatio adeo inepta est, ut Wissenbach. eam vocat. sc. *d. l.* 18. de eo agi, qui acceptae quidem pecuniam, sed civilibus acsimis aperte renititur donationi, et de ea protestatur quod, quam non sit insolitum, pulchrum est legere ap. Duaren. E contra *l.* 36. de errantibus tantum agi, et hic etiam diversimode in *d. ll.* casus diversos decidi: cum dissensus sine errore, non vero error sine dissensu esse possit. Attamen istas diversas species ex *d. ll.* probare non adeo facile videtur. vid. Wissenb. *d. l.* ex ipsis textibus hanc conciliationem declinantem. Non insubtilis (ut loquitur. *l.* 11. §. *denique ff. de legat.* 1.) sed valde speciosa est Conani *l.* 3. *comm. c.* 7. *n.* 4. Hillig. *ad Donell. lib.* 4. *c.* 18. conciliatio, quam solam, si qua est, dissidium componendi rationem esse ait Vinnius *ad* §. 40. *inst. de r. d.* Scilicet quod Ulpian. *d. l.* 18. non neget pecuniam fieri accipientis; sed postquam retulisset Julianum negare isto casu esse donationem, et ipse negasset, esse mutuum, quod deinceps per ista, quae subjicit, hoc sibi velit: sc. se negando quod sit mutuum, concedere noluisse, quasi esset donatio, et quasi sic pecunia *magis fieret* accipientis, quam si mutuum esset. (In donatione autem pecunia magis fit accipientis h. e. irrevocabiliter.) Sed haec conciliatio ad minimum difficillis et coactie est. Facilior et *d. l.* 18. convenientior videtur Wesenbecii conciliatio *de reb. cred. n.* 12. Ulpianum ex subtilitate juris civilis disputare. (Hic enim genius est disputationum, quales fuerunt illae Ulpiani ex quarum *lib.* 7. *d. l.* 18. desumpta est.) Scilicet jure civili pecuniam errore acceptam condictione repeti, sed tamen hanc actionem exceptione doli elidi posse. Julianum vero omissis ambagibus de actione civili interponenda et per exceptionem doli repellenda, rem decidere secundum aequitatem naturalem. Constat ergo dici posse, quod pecunia errore accepta *d. l.* 18. *pr.* saltem jure civili summo non fiat accipientis, quodque nummis non existentibus dominium ejus transferatur per exceptionem doli. Nam *d. l.* 18. pecunia ex nullo titulo juri civili cognitio fit accipientis, sed ex principio actionum humanarum scil. concurrentis voluntatis utriusque ad eumdem finem, dominii translationem, quod ipsum est fundamentum aequitatis.

Ad casus istos, quibus ob errorem in causis dandi et accipiendi mutuum nullum est, sed consumptione conciliatur, referenda nobis videtur. *l. si et me et Titium* 32. *ff. de r. c.* In cujus specie re exstante videtur ordinaria actio scil. vindicatio competere, non existente autem re, ex aequitate condictio ex quasi mutuo concedi, quod brevitatis causa perlegentis eam judicio relinquemus. Evictum itaque est, quod etiam mutuum errore datum re existente nullum sit, non existente autem ea reconcilietur. Quamquam enim Anton. Faber. *Ration. ad d. l.* 18. *de r. c. p.* 47. *col.* 1. putet, mutuum non reconciliari, nisi iis casibus, quibus ab initio mutuum intendebatur et contrahebatur, sed inutiliter; id tamen contra nos non facit, cum mutuum errore contractum etiam sit mutuum inutiliter contractum.

Hactenus de obligationibus, nunc de *solutionibus*, quae rebus existentibus nullae sunt nec solventem liberant, rebus tamen utiliter non existentibus convalescunt, ut solvens liberetur. Sic qui *pupillo* sine tutoris auctoritate solvit, non liberatur. §. *nunc admonendi.* 2. *Inst. quib. alien. lic. l. pupillo* 15. *ff. de solut.* quia ille ut nihil; ita nec obligationem alienare potest *d.* §. 2. *inst. vid. l.* 22. *de solution.* Idem est in *minore*, qui, si curatorem habet, nec solvere nec solutum accipere potest. Nam et in solutione obligatio

vel nomen alienatur, et minor circumveniri potest. vid. Balduinus *d. l.* Dissent. Cujac. *ad l.* 101. *de v. o. et l.* 19. *obs.* 33. et nititur *l.* 1. §. 14. *ad sct. trebell.* Unde si pupillus pecuniam solutam male (Theophil. ἀσώτως, prodige, profuse, per luxum) consumpserit, aut furto amiserit, tunc solvens ad solvendum adhuc semel condemnatur, quia solutione priori nondum liberatus erat; ut sic temeritatem suam luat, quod scil. sine auctoritate solverit. Quia enim uterque de damno vitando certat, pupilli persona est favorabilior. vid.
53 Vultej. *d. l. c.* 16. *fol.* 189. Si tamen pecunia soluta penes pupillum adhuc exstet, vel non existat quidem, militer tamen consumpta sit, ut inde pupillus locupletior, vel tantum non pauperior factus sit. vid. *l.* 47. §. 1. *de solut.* vid. Glossa ibi. Donell. *lib.* 16. *c.* 10. *lit. H.* Theophil. *d.* §. vid. *l.* 37. *de neg. gest. l. morae* 26. *c. de r. v.* Tunc si pupillus denuo eamdem pecuniae summam petat, per exceptionem doli mali submovetur; quod utili consumptione, solutio quasi convaluisse videatur. Vultej. *disc. schol. fol.* 190. *c.* 16. putat pupillum hoc casu post constitutionem d. Pii *l.* 3. §. 4. *ff. de neg. gest.* non tantum naturaliter ex aequitate, sed et civiliter obligatum esse, quo minus repetere possit; non obstat *l.* 43. *de o. et a.* Dissent. ta-
54 men Jul. Pac. *cent.* 4. Ἐναντι. *qu.* 9. Nota obiter, quod solvens pupillo cum auctoritate tutoris liberetur quidem, plenissime tamen securus non sit, cum minor restitutionem in integrum possit impetrare. *l.* 1. *c. si adversus solut.* Dissent Fabrotius *ad not. Cujac. ad inst.* §. 2. *quib. alien.* Consuluit tamen hoc debitoribus imperator constitutione ad caesarienses advocatos, quae exstat. *in l. sancimus* 25. *c. de adm. tut.* (Errat enim Hotoman. eam non exstare putans, falsus ab inscriptione, vid. Fr. Balduin. et Bachov. *ad d.* §. 2. *quib. alien. licet.*) Hinc Accurs. *ad l.* 7. §. 2. *de minorib.* dixit, solventem pupillo consequi posse liberationem vel *plenam*, si sine tutoris auctoritate soluta pecunia in utilitatem pupilli versa est, vel *pleniorem* si tutore auctore solvit: tunc enim liberatur §. 2. *vers. ideoque inst. quib. alien. l.* 7. §. 2. *de minor. l.* 46. §. 5. *ff. de adm. tut.* vel *plenissimam*, si decreto judicis solvit. *d. l.* 25. *c.* vid. Bachov. *ad tr.* 6. 5. *lit. c.* vid. Carpzov. *part.* 2. *const.* 1. *def.* 45. 47.

Vicissim etiam si pupillus debitori suo solvit, so- 55
lutio invalida, nec dominium translatum est, nec pupillus liberatur, et pecunia iterum vindicari potest. Si tamen pecunia non existat, sed a creditore bona 56
fide consumpta sit, liberatur pupillus, inquit *l.* 9. §. 2. *de auctor. et cons. tut. et l.* 19. §. 1. *de r. c.* Idem est si creditor pecuniam solutam cum sua commiscuit. *l.* 78. *ff. de solut.* nam et tunc pro non existenti habetur, ut dictum *cap.* 1. *n.* 23. et solutio convalescit.

Ad solutiones, quae demum rebus non existentibus 57
convalescunt, pertinet perquam elegans species *l. Casius.* 17. *ff. de solut.* Est autem talis: debeo Titio 100. do tibi centum, ut solvas meo creditori, tu etiam tantumdem eidem debes, adeoque istos centum tuo nomine solvis. Neuter hic liberatur. Non tu, quia nummi alieni fuerunt quos solvisti; qui autem solvit dominium transferre debet *l.* 9. §. 2. *ff. de auct. tut. l.* 14. *de r. c.* adeoque manent mei, cujus fuerunt, et vindicari possunt a me *l.* 11. *fin. ff. de r. c.* §. 2. *inst. quib. alien. lic.* Wissenb. *diatr. de mut. disp.* 1. *th.* 6. sc. quando exstant. vid. *l.* 47. *ff. mandati et l.* 25. *ff. de donat.* Non ego: quia non meo nomine soluta pecunia. Et haec quidem, ut in *l.* 25. *de don.* in simili plane casu dicitur, quantum ad juris subtilitatem. Interim actionem mandati contra te habeo h. l. Ubi autem isti nummi non exstant amplius: h. e. bona fide consumpti, vel commixti sunt, solutio convalescit, ut tu libereris a tuo debito, ne creditor in lucro versaretur *d. l.* 17. Tu tamen mihi teneris mandati *d. l.* 17. *conf. l.* 12. §. 10. *ff. mandati.*

CAPUT VIII.

De praestationibus rerum non existentium in genere.

CONSPECTUS

Veniunt rerum non existentium *praestationes. n.* 1.
Materiae commendatio. n. 2.
Summa divisio. n. 3.
Quaenam casu non existant? *n.* 4.
Quae casu non fortuito non existunt *a nullo praestantur sed* domino pereunt. *n.* 5.
Quis probet *casum. n.* 6.
Dist. Casus fortuitus et improvisus. *n.* 7.
Furtum *non est cas. fortuit. n.* 8.
Nec incendium. *n.* 9.
Cujus culpa casum praecessit, *tenetur de re non existente. n.* 10.
Pius error Ripae. *n.* 11.
Qui in mora *fuit, tenetur de re licet casu non existente. n.* 12.
Item qui casum in se recepit. *n.* 13.
An talis teneatur, si res rarissimo casu *non existat? n.* 14.
Excursus de practicis legum *introductis* contra legum sententiam. *n.* 15.
Qui rem aestimatam *accepit* praestat *rem casu non existentem. n.* 16.
Ex quo fundamento. n. 17.
Quando aestimatio *transferat periculum rei* non existentis? *n.* 18.
Quid si cum pacto adjecta sit, ut *vel* tantum aestimatio reddatur? *n.* 19.
Vel tantum res. *n.* 20.
Si sine pacto distingu. contractus an in pecunia consistere possint. n. 21.
Exempl. n. 22.
Except. n. 23. 24.
An aestimatio indeterminata *transferat periculum* rei non exist.? *n.* 25.
An aestimatio alternative *adjecta? n.* 26.
Si rei dotalis aestimatio *alternative adjecta sit* vilior, *re non existente mulier aestimatione contenta esse debet. n.* 27.
Si contractus dominium non transfert, *an aestimatio transferat periculum? n.* 28.
Obst. l. 3. l. 54. §. f. commod. *n.* 29.

Salyceti, Mozzi, Bachov. Franzk. *singulanis hac in re opinio. n.* 30.

Quid in aestimatorio contr. *aestimatio operetur, remissive? n.* 31.

Qui dolo *fecit rem* non existere, *eam praestat. n.* 32.

Quod pacto non potest mutari. n. 33.

De III. culpae gradibus. *n.* 34.

Alii VI. *faciunt. n.* 35.

Regulae *de praestationis rerum* culpa *alicujus non existentium. n.* 36.

Quae tamen in foro interiori non attenduntur. n. 37.

Quod alicujus culpa lata *non existit, perinde praestatur atque quod dolo? n.* 38.

Culpa absolute *posita* levem *significat. n.* 39.

In materia de culpa non ex vocibus sed substrata materia *judicandum. n.* 40.

Culpa *quando* probanda? *n.* 41.

Quando praesumatur? *n.* 42.

Generalis ratio resolvendi ea, quae de culparum gradibus distinctis opponi possunt. n. 43.

De culpa in abstracto *et* concreto. *n.* 44. 45. 46. 47.

1 *Etiam ejus rei, quae in rebus humanis existere desiit, veniunt praestationes*, apposite ad nostrum propositum ait Ulpianus et Papinianus *in l. sed et ejus rei* 24. *ff. famil. herciac.* conf. verbotenus huc facientes *l.* 11. *ff. com. div. l.* 91. §. *ult. ff. de v. o. l.* 23. *eod.* Et si res non exstat, aestimatio praestanda. *l.* 10. *fin. ff. de jur. dot.* conf. *l.* 5. §. *f. de in lit. jur. l.* 31. *ff. fam. hercis.* et ad eam Ant. Fab. in Rat. Praestationes enim sunt personales *l.* 22. §. *pen. fam. herc.* nec proinde rei peremptione extinguuntur, inquit Ant. Fabr. *ration. ad d. l.* 24. *fam. herc.* Videamus itaque, quando et a quo res non existentes praestentur, seu cujus periculo res non existat, qua in re certum semper et expeditum ferre judicium Jcto dignissima et
2 summe necessaria scientia est. Commendationem ampliorem hujus materiae vide apud Conan. 7. *comm.* 8. *n.* 7.

3 Notandum autem generaliter quoad praestationes et periculum non existentium, quod res non existat vel *casu*, vel *dolo* nostro, vel *culpa*, inter quae velut me-
4 dia est *mora*. Casu fortuito res non existit, cujus interitui nullo hominum consilio provideri potest, quaeque παραλόγως, praeter id, quod expectari potest, periit *l.* 2. *ff. de adm. rer. ad civit. l. quae fortuitis* 6. *c. de pign. action.* Exempla vid. in *l.* 52. §. 2. *pro socio, l.* 36. *pr. de judic. l.* 5. §. *quod vero. commod.* (de cujus lectione vid. Pet. Fab. *ad l.* 23. *de r. i. pag.* 123. *l.* 52. §. 3. *locati, l.* 15. §. 26. *d. t. l.* 2. §. 6. 7. *si quis caut.* (ubi de chasmate erudita vide apud Budaeum *ad d. l.* 15. *locat. fol. m.* 146.) *l.* 78. *fin. de contrah. empt.* (ubi Wissenb. ad *l.* 23. *de r. i. n.* 46. nihil mutandum esse contra *Salmasium* erudite defendit) *l.* 18. *c. locati.* vid. *l. fin.* §. 1. *c. de tem.*
5 *app.* Et generaliter notandum: quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerint, nullo b. f. judicio praestantur, ut ait *l. quae fortuitis* 6. *c. de pign. act.* v. *l. contractus* 23. *fin. ff. de r. i. l.* 6. §. 7. *de off. praesid. l. cum duobus* 52. §. 3. *pro soc.* et damnum rei, quae casu non existit, est domini. Cui enim magis perire potest, quam domino? ait Anton. Fabr. *ration. ad l. periculum* 35. *ff. de reb. cred.* vid. Petr. Fabr. *ad l.* 23. *de r. i. p.* 122. Anton. Fabr. *cod. l.* 4. *tit.* 18. *def.* 5. *n.* 4. Carpzov. *p.* 2. *const.* 26. *def.* 15. *n.* 1. Qui autem causatur, rem petitam 6
casu fortuito non existere, id probare debet, cum sit facti, vid. *l. si creditor* 5. *c. de pign. act.* Castr. *ad d. l.* Brunnem. et dd. communiter *ad l.* 6. §. *pen. de edend.* Seb. Medic. *d. casib. fortuit, part.* 1. *qu.* 14. *n.* 1. Mascard. *de prob. concl.* 830. *n.* 9. Gail. 2. *obs.* 21. Joh. Köppen. *decis.* 138. Carpz. *p.* 2. *c.* 26. *n.* 2. Quomodo probetur, vid. Sebast. Medices *d. l. et n.* 7. *cum alleg. pl.* Hartmann. Pistor. *part.* 1. *qu.* 18. *n.* 3. *et ibi alleg. Mascard.* Quando autem quis a praesta- 7
tione rei casu non existentis liber pronunciandus est, oportet, ut res non existat casu *fortuito*, non *improviso*. Improvisus enim est, qui imprudentibus evenire solet, et ubi culpa occasionem casui dedit. Ita distinguit post Glossam, Bart. Bald. etc. Sebast. Medices. *d. tr. p.* 1. *qu.* 12. *n.* 10. Unde ubi diligentissimus praecavisset, et praevidisset, non dicitur proprie casus fortuitus *l.* 2. §. 7. *ff. de admin. rer. ad civit.* Me dic. *d. l. n.* 5. *cum allegat.* Et improvisus casus pu 8
nitur per modum culpae. Medic. *d. l. n.* 11. *cum allegat.* Sic si res furto ablata non existat, non pertinet ad casus fortuitos, *l.* 52. §. 3. *ff. pro soc.* vid. Petr. Fabr. *ad l.* 23. *de r. i.* Carpzov. *p.* 2. *c.* 26 *d.* 15. quia diligentissimus ita potest res suas custodire, ut eas fur auferre non possit, inquit Duaren. *de commod. cap.* 8. Nisi sit furtum domesticum, quod provideri nulla diligentia potest, vid. eleg. text. *in l. un.* §. 4. *furt. advers. naut.* conf. Salyceet. *ad l.* 52. §. 3. *ff. pro soc.* Sic etiam, si res incendio pe- 9
rempta non existat, ad casus pure fortuitos non videtur pertinere, cum id sine culpa fieri non praesumatur. *l.* 11. *de peric. et comm. l.* 3. §. 1. *de off. praef. vig.* Proinde cujus culpa ordinata ad causam 10
praecessit, ejus damno et periculo res casu perempta, non existit, *l.* 5. §. 4. *commodat.* Seb. Medices *p.* 1. *de eas. fort. qu.* 16. *n.* 46. *et qu.* 10. *n.* 5. Nec immeritum hoc est ejus infortunium. *Ubi enim plurimum mentis ac rationis, ibi minimum adversae fortunae, ubi autem plurimum adversae fortunae ibi minimum mentis* ut prudenter Aristot. *lib. m. m. cap.* 38. Prudens enim in rerum suarum administratione eventus praevidet, si maritus uxori aegrotae medicum adhibere noluit, amittit lucrum dotis, negligens in ea incurrit. Sic si moriatur, vid. Sebast. Medices *part.* 2. *qu.* 10. *n.* 82. nisi morbus incurabilis fuerit, tunc enim mors non videtur esse casus improvisus, vid. Roland. *de lucro dotis. qu.* 66. *n.* 9. Item, si commodatarius re commodata ultra destinatum, et concessum usum utitur, rem licet casu non existentem praestat. *l.* 5. §. 7. *commod.* ubi plura exempl. Hinc Ripa *de peste. tit. de privil. contr. n.* 11
34. infert, inquilino pensionem non esse remittendam, quod ob pestem non potuerit inhabitare aedes, si sodomita, blasphemator usurarius sit: neque colono ob sterilitatem praedii conducti, si decimas non solvit, pensionem remittendam esse Hostiens, et Joh. Andr. *in cap. propter sterilitatem* volunt. Cum ob illorum culpam et peccata pestis et sterilitas accidisse videatur. vid. *c. revertimini.* 6. *qu.* 1. Sed haec in praxi ita non obtinent. vid. Mozz. *de natural. locat. n.* 29. Similiter qui in mora est rem restituen- 12
di, si post moram res casu fortuito non existat, ejus periculo non existit. *l. quod te mihi* 5. *ff. de reb. cred.*

Ivi ex legati. 23. *l.* 24. *l. nemo.* 82. *ff. d. v. o. l.* 47. §. *fin. de leg.* 1. *l.* 39. §. *vers. ipsius. eod. l.* 25. §. 2. *sol. matr. l.* 35. *de usufr. et* ut Aemil. Ferettus *de mora. n.* 48. sit, id probant innumerae leges. Vid. Carpzov. *part.* 2. *const.* 26. *def.* 25. *et c.* 30. *d.* 14. Mev. *p.* 5. *dec.* 43. *n.* 5. De justis causis morae vid. Donell. *ad l.* 23. *de v. o. n.* 12. A culpa enim se vix excusare potest, qui moras nectit. Nisi etiam apud creditorem vel dominum res fuisset interitura, etsi confestim reddita fuisset *l. cum res.* 47 §. *ult. de leg.* 1. *l.* 14. §. 1. *depos. l.* 15. §. *ult. de r. v. l.* 40. *de Her. pet. l.* 12. *l.* 13. §. 4. *ad exh.* Wissenbach. *ad l.* 23. *de r. i. n.* 48. Pet. Fab. *ad eamd.* Forcatul. *de mora p.* 2. *n.* 42. 43. Arumaeus. *de mora cap.* 8. *n.* 2. quod tamen in delictis non habet locum. *l.* 1. §. 34. *l. pen. de vi et vi arm. ult. ff. de con. furt. l.* 14. §. *quatenus. Quod met. caus.* Wissenbach. *d. l. et ibi alleg. plur.* vid. Aemil. Feret. *de mor. n.* 46. *seqq.* Arum. *d. l.* Si debitor solutionem offerat, et creditor accipere rem moretur, ejus damno non existit. *l.* 72. *de solut.*

13 Notandum autem, quod is, qui alias rem casu non existentem praestare non tenetur, tunc praestet, quando pacto periculum et casum in se suscepit vid. *l.* 11. §. 1. *de act. empt. l. quae fortuitis.* 6. *c. de pign. act. l.* 9. §. 2. *locat. l.* 39. *mand. l. licet.* 8. *c. eod. l.* 1. *pr. vers. sed si vend. ff. de per. et com.* Bachov. *ad tr. d.* 29. *th.* 6. *lit. H.* Ant. Fab. *cod. lib.* 4. *lit.* 41. *def.* 53. *n.* 1. Contractus enim legem ex conventione accipiunt *l.* 23. *vers. nam hoc. de r. i. l.* 5. *c. de pact. int. empt. c. contractus.* 85. *de r. j. in vito.* Unde etiam ad hoc primo omnium respicitur §. 5. *I. de locat. l.* 25. §. 3. *eod. l. si quis domum.* 9. §. 2. *l.* 19. *c. eod. l.* 1. §. *fin. eod.* Mozz. *de locat. accid. n.* 51. Bachov. *ad* §. 5. *I. de locat.* De differentia pacti vel in continenti vel ex intervallo adjecti et ejus efficacia. vid. *l. juris. g.* 7. §. 3. *vers. sed ex parte. ff. de pact.* Petr. Faber. *ad l.* 23.

14 *de r. j.* c. f. Sed quaeritur: si quis casus fortuitos in se recepit, an teneatur praestare rem non existentem, si rarissimo casu perierit. Negant. Bart. *in l. sed si quis.* 4. §. *quaesitum. ff. si quis caution.* Jason. Fulgos. Hier. Gratus. *lib.* 2. *resp.* 94. *n.* 46. *et plerique dd. in l. fistulas.* §. *frumentum. ult. ff. de contr. empt.* vid. Mozz. *de natural. locat. n.* 52. *et ibi alleg. plur. et n.* 60. ubi hanc communem opinionem esse testatur. conf. Gail. *lib.* 2. *observ.* 23. *n.* 19. Carpzov. *part.* 2. *c.* 26. *def.* 8. Non enim de his cogitatum esse videtur, licet etiam jurato casibus renunciatum sit, (an insolitorum casuum expresse mentio fieri debeat disputant dd. vid. Brunnemann. *ad l.* 78. *de contr. empt.* Mozz. Dn. Praeses *in cautel. contr. sect.* 2. *cap.* 2. §. 9. consulit exprimendum esse.) vid. Gail. *d. l. et lib.* 2. *obs.* 41. *n.* 3. Gomes. *var. resol.* 2. *cap.* 3. *n.* 19. Em. Svarez. *comm. op. n.* 28. Menoch. *cons.* 27. *n.* 18. conf. Barbos. *lib.* 3. *axiom. cap.* 9. *n.* 4. Affirmant Bald. Immola, Pinell. *ad l.* 2. *de rescind. vend. p.* 1. *c.* 3. *n.* 29. Busius *ad l.* 15. Johann. Strauch. *dissert. ad jus justin.* 15. *th.* 20. *etc.* conf. Carpzov. *part.* 2. *const.* 37. *def.* 17. Recepta tamen jam in Praxi fere ubique, etiam in Gallia, ut testatur Mornacius *ad d. l. fistulas*, et communior est prior sententia, ideoque ei standum, licet dd. eam *ex l. fistulas.* 87. §. *frumentum. ult. ff. de contr. empt.* errore introduxerint, et contra directam sententiam Jeti *d. l.* quod Molina *disput.* 495. *n.* 20. recte notat. Qua occasione Paul. Bus. *ad d. l.* 15. *locat. n.* 7. supinum patrum commentandi morem increpat. Atque ita se res 15
habet: sunt adhuc plurium legum practicae observationes et abusus, saepe irrationabiles, qui contra legum sensum consuetudine et stylo curiae invaluerunt, ut judex contra eas sententiam ferre non magis possit, quam contra legem: quod omnino dd. frigidae occupationi circa textus saepe acceptum ferendum. Sic enim practica *l. diffamari. c. de ingen. manum*: ad injurias relata, plane incongrue, contra textum, corrupte et perniciose introducta est, uti id Contard. *in l. diffamari pr.* et eleganter Mev. *part.* 1. *dec.* 144. et Carpzov. *lib.* 2. *resp.* 57. solidis demonstrant argumentis; et tamen eam omnium fere curiarum consuetudine servari testatur Blarer. *ad l. diffamari cap.* 5. *n.* 76. *fin.* Cothmann. *resp.* 4. *n.* 31. *vol.* 3. Mev. *d. l.* conf. Brunnemann. *ad d. l. diffamari.* Sic communis interpretatio *l. ad bestias* 31. *ff. de poen.* contra sensum legis est, quod primus Alciatus *in paradox.* monstravit, nec diffitetur Brunnemann. *ad d. l.* et tamen ubique fere recepta est. Gail. 2. *obs.* 110. *n.* 41. *cum allegat.* Quadrat igitur huc, quod Hortensius licentiosus in Imperatorem cavillatur, *comm. ad inst.* §. *si tamen de r. d. pag. m.* 91. *exedendum nobis est, quod intriverunt dd.* Et non sunt mutanda, quae certam semper interpretationem habuerunt *l. minime de leg.*

Sed sicut is, qui expresse omne periculum in se 16
recepit, tenetur rem quocumque modo non existentem praestare, ita etiam is, qui aestimato rem accepit, quia, ut Pet. Fabr. *ad l.* 23. *de r. i. pag.* 125. sit, tacite videtur in id conventum esse, dum rem aestimato accepit. Nimirum in genere aestimatio adjecta facit, ut rei non existentis periculum sit accipientis, qui aestimationem tunc restituere tenetur *l.* 5. §. 3. *ff. commodati. l.* 1. §. 1. *ff. de aestimatoria. l.* 10. *c. de jur. dot.* vid. Carpzov. *lib.* 1. *resp.* 106. *et ibi allegat. pl.* Idque in jure ex 17
hoc fundamento sustinetur, quia res aestimato datae quasi venditae sunt. Aestimatio venditio est ait *l. plerumque* 10. §. *fin. ff. de jur. dot. l. quotiens* 16. *eod.* et accipiens quasi emptor rerum aestimatarum dispendium subit et periculum expectat, expresse dicit *l. un.* §. 9. *vers. aestimatarum. c. de rei uxor. act.* vid. Petr. Costal. *advers. ad l.* 5. §. 2. *commod.* (Differentias simplicis venditionis et dotis causa, vid. apud 18
Cujac. *lib.* 17. *observ.* 1.) Quandoquidem autem materia de vi adjectae aestimationis est intricatissima, hoc fundamentum instar cynosurae tenendum esse videtur, quoties scire discupimus, an aestimatio transferat periculum, nec ne: scil. ut videamus, an res aestimata pro vendita haberi possit. Primo itaque, si 19
aestimatio rei adjecta est cum hoc pacto, ut tantum aestimatio reddatur, sine dubio res pro vendita haberi potest. vid. *l.* 5. *c. de jur. dot. l.* 10. *eod.* nam et hinc actio venditi oritur *l.* 16. *ff. de jur. dot. d. l.* 10. *c. eod.* Et proinde rei quomodocumque non existentis, periculum aeque accipientis est, ac alias emptoris. Tenetur etiam tantum de quantitate, quae perire non potest *Lincend.* 11. *c. si certum pet.* Huc facit *l.* 5. *c. de jur. dot. l.* 10. *eod. l.* 8. *ff. praescr. verb.* ad quam vid. Hieron. Oroz. *de apicibus. jur. civ. lib.* 2. *cap.* 9. Treutl. *vol.* 1. *disp.* 24. *th.* 3. E contra si 20
aestimatio adjecta est rei hoc casu pacto, ut res praecise restituatur, tunc res pro vendita non potest haberi, adeoque periculum non est accipientis. Et tunc

aestimationis adjectae non alius est effectus, quam ut si accipientis culpa factum, quo minus res existat, vel deteriorata sit, adeoque pretium restituendum veniat, de pretio certe constet, neve de hoc disputare aut in litem jurare opus sit, Fr. Conan. 7. *comm.* 3. *n.* 7. Brunnemann. *ad l.* 5. §. 3. Menoch. *lib.* 3. *praes.* 74. *n.* 16. *ubi plur. allegat.* Et hic est casus *l. si inter* 21. *c. de jur. dot. et l.* 69. §. 7. *de jur. dot.* Hactenus de eo casu, si aestimatio adjecta cum pacto expresso, quo ista, quae diximus, simpliciter tenenda sunt, sine distinctione contractuum, an dominium
21 transferatur nec ne. Id vero plusculam habet difficultatem, quando nullum pactum adest. Hic igitur distinguendi sunt contractus, in quibus res aestimata datur. Si contractus dominium et usucapiendi conditionem transferre solet, seu si in pecunia consistere potest. Glossa *in l. si inter* 21. *c. de jur. dot.* Salycet. *ad l.* 5. §. 3. *commod. n.* 5. Brunnemann. passim,) tunc res aestimata pro vendita haberi potest, adeoque si quomodocunque non existat, praestat eam accipiens *arg. l. cum fundus* 3. *et l. quaero* 54. §. *fin. locat.* Glossa *d. l.* Salycet. *ad d. l.* 5. §. 3. Menoch. *lib.* 3. *praesumpt.* 74. *n.* 3. *ubi pl. allegat.* Mascard. *de prob. concl.* 664. *n.* 1. Brunnemann. *ad l.* 5. *c. de jur. dot.*
22 *num.* 7. Exemplum esto in rebus aestimato in dotem datis, quae si non existant, periculum est accipientis viri, cujus et est commodum *l. un.* §. 9. *vers. aestimatarum. c. de rei ux. act. l.* 5. *l.* 10. *c. de jur. dot.* ibi Bald. *l.* 10. *pr. ff. eod.* Glossa *in l.* 21. *c. eod.* Jason. *in l.* 11. *c. de pact. num.* 2. Covarruv. *pract. quaest.* 28. *n.* 1. Franck. *de Evict. n.* 73. Brunnemann. *ad l.* 5. *c. de jur. dot. n.* 1. Menoch. 3. *praesumpt.* 64. *n.* 14. *seqq.* Scip. Gentil. *de aestim. rer.*
23 *in dot. dat.* Carpzov. *lib.* 1. *resp.* 106. Excipiendi tamen nobis adhuc videntur illi contractus, quibus dominia quidem transferuntur, et pecunia pro re intervenire potest, sed in quibus tamen aestimatio non solet emendi, sed tantum dividendi causa rebus adjici. *vid. omn. l. servos* 34. *ff. fam. herc.* Huc nos referendum putamus spinosum alias §. *damna.* 3. *l. cum duobus* 52. *ff. pro socio*, quo Salycet. *ad. d. l.* 5. §. 3. *num.* 6. contra nos utitur. Nam licet societas dominium pro parte transferat, periculum nihil minus tamen est commune, licet res aestimatae sint, ob dict. rationem; nisi res non existat culpa socii, de qua vid. *l.* 52. §. 3. *vers. si nihil. ff. pro soc.* quam optime
24 explicat Salycet. Si vero contractus dominium non transfert, nec pecuniae interventionem pro re tolerat, nunc aestimatio venditionem, quae prorsus ad istius contractus naturam evertendam tendit, facere non praesumitur Salycet *d. l. v. l. in ambigua* 19. *l. benignius* 18. *ff. d. ll.* adeoque nec periculum transfert, nisi id specialiter actum sit, ut est in *l.* 5. §. 3. *commod.* Conan. 7. *comm. c.* 3. *n.* 7. Dissent. Carpzov. *lib.* 1. *resp.* 106. *n.* 11. *et infra nominandi.* Exemplum habe, si quis equum vel locet vel commodet et dicat: *Nehmt es in acht, es kostet* 50. *Thal.* vel: *ich wollte lieber* 50. *Thaler missen.* Nam hic intentionem habet, ut equus restituatur et accipientem tantum admonuisse, diligentiae, quam ex contractu debet, vide-
25 tur. Nota, quod aestimatio indeterminata non transferat periculum v. g. *wo das Pferd durch mich umkömmt, will ichs ihm bezahlen.* vid. *l.* 9. *c. de cont. empt. l.* 96. §. 2. *de leg.* 1. Salycet. *ad l.* 3. §. 5. *eom mod. n.* 7. Men. *lib.* 3. *praes.* 74. *n.* 21. De pecoribus conductori aestimato datis, quodque eorum mors non noceat ei, vid. Ant. Fab. *cod. lib.* 4. *tit.* 41. *def.* 9. *n.* 4. Carpz. *part.* 2. *const.* 37. *def.* 16. Quid vero si 26
aestimatio alternative adjecta est, ut aut res aut aestimatio reddatur? Denuo videndum, an contractus dominium transferat, nec ne. Si transferat, tunc periculum rei non existentis simpliciter est accipientis. vid. *l. si quando* 109. *de legat.* 1. *l. Stichum* 95. *ff. de sol.* vid. Brunnem. *ad l.* 21. *c. de jur. dot. cum alleg.* Re existente vero damnum est dantis, si forte res deterior facta est. vid. *l.* 10. *fin. ff. de jur. dot. et l. sequ.* 11. in qua Anton. Fabr. *lib.* 7. *conject. c.* 5. sine necessitate mutat *et* in *nec.* Exemplum esto 27
in re dotali aestimata alternative data. Singulare vero est, quod si aestimatio vilior rei dotali adjecta fuerit, mariti sit electio, aut rem aut justum pretium restituere *l.* 12. §. 1. *ff. de jur. dot.* conf. *l.* 2. *c. de resc. vendit.* Hocque obtinet si res extat, si vero non existat, mulier contenta esse debet aestimatione ab initio facta. vid. Jac. Cujac. *lib.* 17. *observ. c.* 1. ubi reperis rationes etiam limitat. Conf. *l.* 6. *c. sol. matr. l.* 7. §. 3 *de donat. int. vir.* et ibi mutantem Anton. Fabr. 7. *conject. c.* 6. Si vero contractus dominium 28
non transfert, accipiens rem non existentem non praestat. nec obstat *l. fundus* 3. *l. quaero* 54. §. *ult. ff. commod.* Recte enim Salycet. *ad d. l.* 5. §. 3. *n.* 6. re- 29
spondet, istas ll. loqui non de re principali locata, sed de accessorio instrumento vel servo, quod cum specialiter locatum non esset, ideo aestimatio facit emptionem. vid. omnino quomodo Glossa et Salycet. *ad d. l.* 3. *locat.* distinguant inter locationem in lustrum, et in annum factam. Vel distinguendum cum *l.* 19. §. 2. *locat.* vid Carpzov. *lib.* 1. *resp.* 106.

Azo, Bartol. Accurs. Salycet. *ad d. l.* 5. §. 3. *com-* 30
mod. n. 4. *seqq.* Mozz. *de rebus quae poss. commod. n.* 6. Bachov. *ad Treutl. disput.* 24. *th.* 3. *lit. H.* Franzkius *de commod. n.* 44. *seqq.* Rauchbar. *lib.* 2. *quaest.* 29. *n.* 24. Lauterbach. *de commod. c. f. et pl. dd. ad l.* 1. *de aestim.* volunt, aestimationem adjectam in contractibus, qui dominium non transferunt, id operari, ut, si de natura contractus alias veniat levissima culpa, res praestetur etiam si casu fortuito non existat, quorsum trahunt *d. l.* 5. §. 3. *commod. l.* 52. §. *damna.* 3. *ff. pro soc. et arg. l.* 17. §. 1. *de praesc. verb.* Si vero alias venit levis culpa, faciat venire levissimam. Quomodo adhuc subdistinguant in commodato vid. ap. Franzk. *d. l.* Quae sententia non quidem probabilitate sua, expressa tamen lege forsan caret. Insu- 31
per nostra receptior et communior est. vid. Anton. Fabr. *cod. lib.* 4. *tit.* 41. *def.* 9. Pet. Costal. *ad l.* 5. §. 3. *commod.* Carpzov. *p.* 2. *c.* 37. *d.* 6. Brunnemann. *ad d. l.* 5. *et quos* Costal. *cit.* In innominato isto contractu aestimatorio, qui ab aestimatione adjecta nomen habet, quid tenendum et quomodo distinguendum sit, facile intelligi potest ex *l.* 17. *de praesc. verb.* Conan. 7. *comm. c.* 18. Bachov. *ad Treutl. disput.* 3. *th.* 2. *lit. E.* Franzk. *t. de aestim. n.* 4. 5. Zoes. Struv. ib. Brunnem. *ad l.* 1. *ff. de aestim.*

Nunc videamus quis rem praestet, si *dolo vel culpa* 32
alicujus non existat amplius. Indubium autem est, eum rem praestare, cujus *dolo* non existit. Imo nec 33
pactum de dolo futuro valet, uti pactum de casu fortuito valebat vid. *l.* 1. §. 7. *depos. v. l.* 27. §. 3. 4.

ff. de pact. l. 17. *commod.* Brunnem. *ad d. l.* 27. Facit. *l.* 5. §. 7. *de adm. tut.* ubi dicitur, testamento tutores dans non potest cavere, ut sint ἀνεκλόγιστοι. Aliud est de dolo jam admisso. vid. *d. l.* 27. §. 3. *de pact. l.* 4. *c. de transact. l. jur. gent.* 7. §. 10. 15.

34 *de pact.* Quod *culpam* (quae quid sit vid. *l. si putator* 31. *ad l. aqu. l.* 30. §. 3. *eod.*) attinet, distinguendi sunt gradus culpae (de quib. vid. *disp. inaug.* Waechtleri *Witteb.*) et contractus, ex quibus res non existens debebatur. Displicuit quippe Jctis stoicorum paradoxum *omnia peccata esse aequalia.* vid. Cic. *paradox.* conf. Plutarch. *in solone* de legibus Draconis, Wissenbach. *d. l. gradus culpae* sunt *tres.* Est quippe *culpa lata, levis, levissima* (quod nomen *levissimae culpae* Duarenus *de commod. c.* 8. notat, semel tantum in corp. juris, sc. *l. in lege aquilia* 44. *ff. ad l. aquil.* reperiri) Tres istos gradus culpae legibus placuit definire exemplo civis et patrisfamilias, non incongrua methodo. conf. Aristot. *lib.* 2. *et hic cap.* 6. et Fr. Duarenus *de commod. cap.* 8. *p.* 955. recte putat, hic totam rem utilius demonstrari posse exemplis, quam definitionibus dialecticis. vide quaeso ibi et ad *l.* 47. §. 5. *de leg.* 1. exempla concinna. Est itaque Jctis culpa *levissima,* quam diligentissimus *l.* 25. §. 7. *locat. l.* 1. §. 4. *de o. et a. l.* 44. *ad. l. aquil. levis,* quam licet non exactissimus, bonus tamen, *l.* 35. §. 4. *de contr. empt. l.* 47. §. *fin. legat.* 1. *lata,* quam tantum non plane negligens et saltim res suas non omnino abjiciens civis et paterfamilias poterat evitare vid. Ekbolt. *ff. commod.* 7. *fin.* Quae, ut puto, adeo clara sunt, subineptire videri possit Mare. Lyclama *l.* 7. *Membran. eclog.* 34. ubi haec intelligi vix posse, dicit, ab eo, qui non fecerit ex dolo et culpa Hyppocentaurum, quod simile

35 ibi latius diducit. Sunt alii, qui sextuplicis generis culpam faciunt, inter quos est Sebast. Medices. *part.* 1. *qu.* 10. *n.* 2. *etc.* in quos invehitur Conanus *lib.*

36 7. *comm. c.* 4. *n.* 7. Praemissa distinctione culpae, nunc et contractus distinguendi, et hae regulae notandae. *Quoties in contractibus tantum unius versatur utilitas, tunc alter, cujus nulla est utilitas, de re non existente non tenetur, nisi ejus dolo et lata culpa non existat, is vero, cujus utilitas sola in eo versatur, tenetur de re non existente, si quacumque ejus culpa, lata levi, levissima, factum fuerit, ne res existat. Quoties vero utriusque contrahentis versatur utilitas, res non existens praestatur tantum si dolo, lata et levi culpa factum quo minus existat.* Quod enim Nic. Burgundus *tract. de pericul. et culp. in contract. p.* 76. *et seqq.* contendat, in iis etiam contractibus, qui utriusque gratia fiunt, regulariter praestari culpam levissimam, magno conatu magnas nugas agit, inquit Wissenb. *ad l.* 23. *de r. i. n.* 25. Et hae regulae, quarum sedes est in *l.* 5. §. 2. *ff. commodati* justitiae synalacticae egregie sunt attemperatae, utpote in qua accurate habetur ratio proportionis inter lucrum et damnum. vid. *l.* 108. §. 12. *de leg.* 1. vid. Grot. *de j. b. et p. l.* 2. *c.* 12. 13.

37 Nota tamen in foro interiore istam distinctionem non obtinere. Ibi enim obligamur proximum indemnem servare absque discrimine culpae, vel latae, vel levis, vel levissimae, nec ibi culpae gradus attenduntur, vid. notabilia hanc in rem verba Portii *in comm. ad inst.* §. *item commodat. n.* 10. et dn. Ziegler. *dicast. concl.* 43. §. 11. De his culparum gradibus in genere adhuc 38 notandum, (1.) Quod culpa lata, seu ut alias vocatur latior *l.* 32. *depos.* gravior *l.* 54. §. 2. *de a. r. d.* negligentia Lata *l.* 7. §. 2. *de adm. tut.* dissoluta *l.* 29. *pr. mand. etc.* aequiparetur dolo in contractibus *l. quod Nerva* 32. *depos. l.* 1. §. 5. *fin. de o. et a. l.* 7. §. *de susp. tut. conf. l.* 1. §. *si mens. fals. l.* 29. *pr. mand. l.* 8. §. 3. *de precar. l.* 2. §. 5. *de haered. vend. vid. l.* 4. *quod vi aut clam.* Ubi nota, quod Euripides dicat, stultitiam esse sororem malitiae. vid. *l.* 9. §. 5. *vers. quod si. fin. ff. de jur. et fact. ign.* Adeoque si cujus lata culpa res non existat, praesumitur dolo factum, quo minus existat, et res praestanda est. Vultej. *disc. schol. c.* 15. culpam latam *malitiae.* seu *versutiae* dolum, culpam *imprudentiae* seu *ignaviae* culpam in specie dici vult. vid. *l.* 91. §. 1. 2. 3. *de v. o.* vid. §. 11. *inst. de obl. quae ex delict. l.* 50. *fin. de furt. l. pen. ff. de incend. ruin. nauf.* Pet. Fabr. *ad d.* 23 *de r. i. p.* 132. (2.) Cum culpa absolute ponitur, quod in- 39 telligenda sit culpa levis, vid. §. 3. *quibus mod. re contr.* ut sine culpa fieri dicatur, quod non sine levissima factum est *l.* 3. §. 1. *vers. et hoc. ff. naut. caup. stab.* Leges enim quemlibet praesumunt bonum patremfamilias. At levis culpa est, quam bonus pa- 40 terfam. evitat. (3.) Quod ex materia substrata et natura contractus, non ex verbis legum dijudicandum sit, quae culpa praestanda sit. Leges enim praeprimis culpam levem et levissimam promiscue confundunt, quod infra cap. seq. saepius occurret. Wesenb. Bachov. ad *pen inst. de locat.* et *ad tr. th.* 6. *lit. e.* Franzk. *ad ff. d. t. n.* 203. Zoes. ib. (4.) Quod is, qui dicit ali- 41 cujus culpa rem non existere, id regulariter probare debeat *l. periculum* 35 *de reb cred.* Seb. Med. *p.* 1. *qu.* 10. *n.* 8. Hartm. Pistor. *p.* 3. *qu.* 49. *n.* 3. Carpz. *part.* 2. *const.* 11. *def.* 26. *et lib.* 5. *resp.* 13. Mascard. *de probat. conclus.* 509. Culpa enim regulariter non praesumitur, cum quisque bonus et diligens esse praesumatur. Carpzov. *d. l. const.* 26. *d.* 18. *n.* 8. Qui tamen 42 alias ad exactissimam diligentiam tenetur, et rem dicit non existere, ejusmodi casu, qui regulariter absque culpa non contingere solet, ut sunt incendium, furtum, fuga *l.* 32. §. 3. *pro. soc. l.* 3. *de off. praef. vig.* ille secundum plerosque dd. probare debet, se nullam culpam admisisse, cum alias praesumptio contra ipsum futura sit, vid. Seb. Med. *part.* 2. *qu.* 7. *n.* 2. *cum alleg.* vid. Hartman. Pistor. *part.* 1. *qu.* 18. *n.* 8. Anton. Gomez. *l.* 2. *resolut. cap.* 3. Mascard. *de probat. conclus.* 272. Menoch. *lib.* 6. *praes.* 61. *n.* 30. *seqq.* Carpzov. *part.* 2. *const.* 26. *def.* 18. *n.* 11. conf. *ibi cit.* Bald. Unum adhuc est, quod hic monendum, idque 43 plane necessarium, et tale, quo nihil magis merito interpretes exercere, et quo nihil dignius animadversione in toto jure civili esse judicat Hortensius *comm. ad inst.* §. *fin. quib. mod. re contr.* Nimirum ista, quae adduximus et omnia alia praecepta de praestatione culpae levis et levissimae, de distinctione contractuum etc. tot insultibus quatiuntur, tot instantiis et contradictionibus legum concutiuntur, ut quotecumque verteris, cavillos, cornua, scirpos, conspicias, ut quomodocumque respondeatur, tamen cum Oeno funis torqueri videatur. Sic ex *l.* 13. §. 1. *de pign. act.* sequi videtur, quasi in pignore culpa levissima, in commodato tantum levis praestetur. Conf. §. 4. *i. quib. mod. re contr.* It. in §. 2. *eod. et l.* 3. *de peric. et comm.* a

venditore, in §. *ult. de locat.* a conductore exactissima diligentia, *in l.* 32. *depos.* a depositario mediocris (vid. enim §. *fin. de societ. l.* 22. §. 3. *sct. trebell.*) requiri videtur etc. In quibus et aliis pluribus locis dd. se moleste macerare deprehendes. Nos de singulis quidem suo loco aliqua monebimus; sed in genere sed. Hortens. *d. l.* assererat, non reperiri ullam meliorem, tam multos in jure tamque diversos hac de re locos conciliandi rationem, quam si distinguatur inter
44 *culpam in concreto et abstracto.* Qua in re lampadem ab Hortensio traditam esse ipsi Bachovio et Henningo Wegnero, olim prof. regiom. auguratur Franzkius *ad ff. de depos. n.* 88. et se iterum a Wegnero, *quem virum undequaque clarissimum et praeceptorem suum fuisse ibi laudat*, accepisse, testatur. Vide quoque Petr.
45 Fabr. *ad l.* 23. *de r. i. pag.* 130. 137. Quae enim de gradibus culpae traduntur de culpa in abstracto intelligenda sunt. Et isti gradus et distinctiones culpae tum demum locum habent, quando quis ultra communem hominum diligentiam negligens est. Talis enim si contrahit, non excusatur, si in aliis rebus et negotiis non fuerit diligentior quam in suis, sed tenetur de culpa levi vel levissima in abstracto considerata, prout id natura contractus requirit; debebat enim diligens esse non ad normam suae vel hujus istiusve, sed ex norma communis in genere hominum diligentiae. Excipiendus tamen et excusandus videtur depositarius negligens, si suo more diligens fuit. Si 46
quis vero alias juxta summum modum humanae naturae diligens est, non juvat distinguere inter culpam latam, levem et levissimam; neque talis tantum obligatur ad diligentiam in abstracto, ut rem venditam, locatam etc. ita tantum curet, sicut in his contractibus communiter homines solent; sed tenetur ad diligentiam in concreto, hoc est suam, ut quantum in suis rebus segvandis cavere solet, tantum in alienis rebus sive depositis sive oppignoratis sive venditis etc. etiam praestare debeat. Quod si intermittit, citra distinctionem 47
culpae levis vel levissimae semper committi culpam latam, *l. quod Nerva* 32. *ff. depos.* Licet ista culpa alias in abstracto considerata sit levis vel levissima. Diligentia enim ejus, ad contrahendum alterum invitasse videtur. Et de hujusmodi hominis diligentia Hortens. accipit §. *ult. qu. mod. re contr.* §. *ult. loc. l.* 2. §. 1. *l. sequ. ff. de per. et com. l.* 13. §. 1. *et l. seq. de pignorat. act.* Vide, si vacat, plenius haec deducentem Franzk. *exercit.* 9. *qu.* 9.

CAPUT IX.

De praestationibus rerum non existentium in contractibus.

CONSPECTUS

Cur res non existentes in contractibus specialim hic tractentur? n. 1.
In mutuo *cujus periculo res non existat. n.* 2.
Si res a pupillo mutuo data *casu pereat, qu. cui pereat, quia dominus mansit? n.* 3.
Idem de re immob. a muliere alienata. *n.* 4.
Opp. res perit suo domino. n. 5.
De eleganti specie l. rogasti. 11. de r. c. *n.* 5. 6. 7.
Cura qua concil. l. rogasti. 19. praesc. verb. et l. 34. mand. *n.* 6. 7.
Res commodata *casu non existens perit domino. n.* 8.
An et aestimata? n. 9.
Si vero qualicumque culpa commodatarii non existat, hujus est damnum. n. 10.
Casus, quo commodatarius tenetur, si commodans suum equum commodatum ipse interfecit. n. 11.
Commodatarius tenetur de culpa levissima *regulariter. n.* 12.
Si res commodata incendio *periit. n.* 13.
Opp. l. 13. §. 1. de pign. *sc. in commodato non praestari levissimam culpam. n.* 14.
Noodti *emendatio d l.* 13. *n.* 15.
Si commodantis commodo *res commodata est. n.* 13. *Exempl. n.* 17.
Et non existit. n. 18.
Si utriusque gratia *commodatum contractum. n.* 19.
Si equi commodati servi imperitia perierunt. n. 20.
Qui commodatum per famulum remittit, an teneatur, si per famulum factum, ne existat? n. 21.
Si commodantis propriae res cum commodatis sint in periculo interitus, an suis praelatis *commodatarius teneatur de commodatis non existentibus? n.* 22.
An si duobus res commodata, *singuli eam praestare teneantur* in solidum? *n.* 23.
Cautela *in casum, si res commodata non extiterit. n.* 24.
De precario *non existente. n.* 25.
Opp. l. 5. §. 2. commod. *n.* 26.
Cujus periculo depositum *non existat? n.* 27.
Singulare jus circa accessoria rei depositae non existentia. *n.* 28.
Opp. l. 5. §. 9. commod. *n.* 29.
Cujus periculo res pignoratitia *non existat? n.* 30.
Concil. l. 1. §. 1. de pign. act. l. 19. c. de pign. *n.* 31.
Si res stipulatione promissa *non existat, quando teneatur promissor? n.* 32. 33.
An res non existens venire possit in stipulationem? n. 34.
Si res empta *non existat, periculum est emptoris. n.* 35.
Etiam jure ff. contr. Cujac. *n.* 36.
Atqui venditor est dominus. n. 37.
Dissent. Cujac. Conan. Hortens. Oros. H. Grot. etc. *n.* 38.
An horum sententia aequior sit? n. 39. 40.
Opp. l. 33. locat. *n.* 41. *it.* l. 12. de per. r. v. *n.* 42.
It. l. 14. §. 1. eod. *n.* 43.
Si venditoris culpa levi *res non existat, ipsius est periculum. n.* 44.
Si aedes venditae combustae *sint, an damnum sit venditoris? n.* 45.
Exceptiones, *quas circa periculum rerum venditar. afferunt commun. non sunt exceptiones. n.* 46.
Si genus *venditum. n.* 47.
Si res alternative *vendita non existat. n.* 48.

Si res pereat antequam venditio perfecta est. *n.* 49.
Si res conditionaliter *vendita non existat. n.* 50.
Si res sub pacto adject. in diem *vel l.* commissoriae *vendita non existat. n.* 51.
Si scriptura *ad emptionem requisita. n.* 52.
Si res ad mensuram vendita *non existat. n.* 53.
Expl. l. 1. §. 3. de pericul. et com. *n.* 54.
Si vinum *emptum perierit nondum gustatum. n.* 55.
Si res per aversionem empta *non existat. n.* 56.
De ista phrasi. n. 57.
Si fides de pretio habita, dominium tamen reservatum sit, si cujus damnum sit, res vendita existere desinat casu etc. n. 58.
An res non existens vendi *possit? n.* 59.
Cujus periculo res locata *non existat? n.* 60.
Quando locatorum fructuum *periculum sit conductoris. n.* 61.
Si res locata culpa conductoris *non existat. n.* 62
An conductor praestet domum ob incendium *non existentem? n.* 63.
Quid si pactum: ignem non habeto? *n.* 64.
Quale pactum sit: ignem innocentem habeto. *n.* 65.
Si res locata ab inimicis conductoris *perempta sit, huic eam praestat. n.* 66.
Si aurigae *culpa merces non existant. n.* 67.
Si architecti *culpa domus collapsa non existat. n.* 68.
Si equus *locatus a lupo devoratus non existat amplius. n.* 69.
Quando conductor praestet rem ob levissimam ejus culpam *non existentem. n.* 70.
Opp. §. pen. inst. de locat. *n.* 71.
Cujus sit periculum, *si* res in societatem *deducta non existat. n.* 72.
It. si res communis *non existat. n.* 73.
Quando mandatarius *teneatur de re non existenti? n.* 74.
De contract. innomin. *concl. n.* 75.

1 Antecedenti capite in genere de eo tractatum est, quando et a quo res non existentes praestari debeant. Sed quoniam in omnibus contractibus singularia veniunt observanda circa res non existentes, juvat contractus plurimos percurrere, et quid in singulis circa non res existentes singulariter observandum veniat, notare. Servabimus autem, ut supra, ita hic quoque ordinem institutionum, et de contractibus realibus, interque eos de mutuo primo agemus.

2 Quamquam autem in mutuo et omnibus contractibus, quibus dominium rei in accipientem transfertur, non opus videatur quaerere, cujus periculo res non existat, cum accipienti, ceu domino quocumque modo pereat, §. 2. *inst. quib. mod. re contr.* et culpam nemo in re sua, sed aliena praestet; non desunt tamen etiam in mutuo singulares casus, de quibus eleganter
3 disputari et dubitari potest. Exempli causa demonstratum est *cap.* 7. *n.* 26. 27. quod pupillus ejus rei, quam mutuo dedit, maneat dominus. Jam esto casus, quo mutuo accipiens mutuum non consumpsit, ita enim reconciliaretur, sed res casu fortuito perempta non existit. Ecujus periculo non existit? Annon videbitur pupilli? Is enim est dominus, cui res sua perit, ut dict. *cap. praeced. n.* 5. Notandum ergo hic singulare jus, quo ex aequitate damnum nihilominus hoc casu est accipientis, non pupilli. Nam alias, ut recte *Accursius* docet, pupillus hic deterioris esset conditionis, quam major. Quod enim dominium pecuniae a pupillo non recessisse dicant II. id faciunt in favorem ejus, si adhuc exstat; caeteris autem casibus, etiamsi res casu amissae sint, perinde habentur, ac si consumptae essent ex mutuo, ne quod favore statutum, in odium retorqueatur vid. Bachov. *ad tr. disp.* 20. *th.* 14. *lit. a.* vid. Gloss. et dd. conf. Zas. *n.* 8. *ad l.* 9. *c. de pign. act.* Sic rei immobilis, 4
a muliere absque curatore alienatae, dominium quidem non transfertur, attamen, si casu desinat existere, perit non mulieri, sed emptori. Jason. *ad l. non omnis.* 19. §. *si pupillus.* 1. *ff. de reb. cred. n.* 6. vid. Carpzov. *p.* 2. *c.* 15. *d.* 35. Nec obstat, rem perire suo domino. 5
l. pignus. 9. *c. de pign. act. l. et t. t. de comm. et per. r. v.* Locum enim habet haec regula de eo, penes quem dominium remansit ex jure communi, non ex jure speciali Jason *d. l. n.* 5. Carpzov. *part.* 1. *c.* 15. *d.* 35. vel dicendum dominium in ista regula opponi iis, qui tantum usum vel custodiam vel possessionem rei habent Carpzov. *p.* 2. *c.* 26. *d.* 20. *n.* 10. Elegans quoque est species *l. rogasti.* 11. *ff. de r. c.* quae hic commemorari meretur. Rogasti me, ut tibi crederem pecuniam, ego cum eam non haberem, speciem v. g. lancem vel patinam argenteam dedi, ut eam venderes, 6
et nummis inde redactis utereris. Si tu lancem vendidisti et nummos accepisti (sicque conciliatur *d. l. rogasti. d. r. c.* cum *l. rogasti.* 19. *de praesc. verb.* vid. Oroz. *de apic. jur. civ. lib.* 3. *c.* 8. *n.* 4. *pag. m.* 232.) mutuum inter nos contractum est *d. l.* 11. *de r. c.* Nec obstat *l.* 34. *ff. mandati*, (ubi obiter no- 7
tamus, Russardum clarius legere) inter quam et *d. l. rogasti.* 11. Bachov. *ad tr. v.* 1. *d.* 20. *th.* 3. *lit. b.* Cujac. 8. *ad Afric.* Anton. Fab. 3. *conj.* 19. antinomiam statuunt; loquitur enim *d. l.* 34. de stricta mutui natura et *l. rogasti* 11. de mutuo, quod fit fictione brevis manus. Ita Pac. *cent.* 3. Ενχνι *qu.* 64. Bos. *ad d. l. rogasti.* Wesenbec. *ad ff. de r. c. th.* 8. Aliter sed frigide Robert. 2. *sent.* 5. *Zasius, Conanus, Duaren. Gisan.* conciliant. vid. Bachov. *d. l.* Sed quid, si lanx, antequam eam vendidisti, casu aliquo non existat amplius, cujus periculo non existet? Sane si ab initio aestimato data fuisset, sine dubio tuum periculum esset *l.* 1. §. 1. *de aestim.* vid. Bus. *ad l.* 4 *de r. c.* Sed in *d. l. rogasti* supponendum est, lancem inaestimato datam esse. Quid hic respondendum? Pulcherrim. Ulpianus cum Nerva respondet *in d. l. rogasti*, distinguendo, an nihil lanx fuerit venalis, nec ne, vid. d. l. conf. Bus. *ad d. l.* 4. *de r. c.*

Si *res commodata* casu fortuito perempta non exi- 8
stat, commodantis damnum est *l.* 18. *pr. commod.* Seb. Medic. *de casu fort. p.* 2. *qu.* 10. *n.* 50. *cum alleg.* Imo, si in rem vitiosam sciens commodavit, et eo vitio interiit, tenetur ad interesse, *l.* 19. §. 3. *d. t. adjuvi enim nos non decipi beneficio oportet. l.* 17. §. 3. *f. d. t.* Cautelam vid. in dn. Praes. *tr. de cautel. contr.* 9
sect. 2 *c.* 1. §. 12. Salycet, Moza. Frantzk. putant, commodatarium praestare rem commodatam casu peremptam, si aestimato data fuerit, de quo vid. *cap.* 8. *n.* 30. Si autem qualicumque culpa commodatarii fa- 10
ctum fuerit, quod res non existat, is qui commodatus est (quod *in l.* 12. §. *f. d. t.* pro commodato accepit, poni notat Gilb. Reg. Ενχνι. 2. *c.* 20. *p.* 84.)

rem praestabit, v. g. si equum ad iter commodatum, ad duellum fortuito ortum adhibeat v. *l.* 10. §. 7. *l.* 18. *pr. vers. alioquit. d. t.* conf. *l.* 5. §. 7. *vers. plane. d. t.* vid. elegantem cautelam hanc in rem in dn. Praes.
11 *dict. tract. sect.* 2. *c. th.* 8. Imo idem obtinet, si tu equum commodato accepisti, et suborto forte fortuna tumultui te immiscueris, commodansque etiam incidens in tumultum, proprium suum equum incognito occiderit. Ita Jason. *l. si quis. ff. si cert. pet. n.* 25.
12 Mozz. *de comm. act. n.* 9. *p. m.* 145. Regulariter ergo commodatarius tenetur rem non existentem praestare, licet *culpam levissimam* admiserit. Proprium enim et regulare commodatum tantum commodantis gratia contrahitur, *l.* 5. §. 1. *d. t.* et tale commodatum quoque in dubio praesumitur, vid. Seb. Med. *d. l. n.* 60. et
13 ibi cit. Franc. Turzan. ille philosophus Jctus. Hinc si res commodata *incendio peremta* non existat, commodatarius teneri videtur, quia sine culpa levissima non ortum esse incendium praesumitur, nisi contra-
14 rium probetur. vid. *cap. praec. n.* 9. 43. Obstat vehementer *l.* 13. §. 1. *de pign. act.* sed ad eam varie responderi potest, vid. Franzk. *ad ff. tit. commod. n.*
15 52. *p.* 396. *et praec. cap.* 8. *n.* 43. Commendamus tamen etiam speciosam satis emendationem *d. l.* 13. Gerardi Noodt. Prof. Neomag. *lib.* 1. *probabilium jur. c.* 4. §. 1. unam literulam mutantis: scil. *u* in *a*, quas, sibi invicem simillimas, typographus probabili errore forte confudit et posuit: *ut in commodato*, cum sic legendum fuisset: *venit in hac actione et dolus et culpa;*
16 *at in commodato venit et custodia.* Sed et aliquando tantum dantis commodo res commodatur, quod com-
17 modatum falsum vocat Salycet. *ad l.* 5. §. 3. *commod. n.* 4. e. g. si studiosus, forte virginem invisens, famulo lemniscatum suum pileum commodet, ut splendidius eum comitetur. Vel si comoedus vestes commodet scenicis, qui in scena personas susceperunt. vid. *l.* 5. §. *ff. commodat* ubi pl. exempl. Vel si alius comoediam spectaturus et hinc voluntatem percepturus, vestimenta commodet; vid. *d. l.* 5. §. 10. verb. *vel ipsi praetori ultro commodavit.* Et hoc casu commodatarius tantum tenetur, si res non existat ejus dolo et culpa lata. *l.* 5. §.
18 10. *commod. l.* 12. *eod.* Aliquando etiam res commodatur communi commodantis et commodatarii gratia, vid. *l. in rebus.* 18. *pr. vers. at si utriusque ff. h. t.*
19 Et tunc tenetur commodatarius tantum si ejus dolo, culpa lata, et levi factum, quo minus res existat, non si levissima *l.* 18. *fin. ff. h. t.* vid. Seb. Medic. *part.* 2. *qu.* 10. *n.* 45. Mozz. *de divis. commodati.*
20 *n.* 3. *p. m.* 125. Culpa autem commodatario non potest imputari, si equos commodato petenti commodatus etiam puerum commodet, cujus malo regimine equi pereant. Seb. Medic. *de cas. fort. p.* 3. *qu.* 10. *n.* 52. nisi ex post facto petitus sit famulus etc. vid. Mozz. *quomodo tollat. commod. n.* 11. *et ibi cit.* Portius
21 *ad inst. d. t. n.* 9. Sed quid si commodasti mihi v. g. librum, et venit famulus tuus, qui tuo nomine repetit illum, eique tradidi. Famulo super pontem eunte excidit liber, vel famulus se in pedes conjecit et aufugit, vel liber alio modo perit. Qu. cujus periculo liber non existat? Resp. Si constat de mandato tuo, et famulum a te missum esse, vel si famulus est integrae opinionis *l.* 21. *de r. v.* cui fides habenda est, tunc commodantis; si vero aliquem elegi, ut ad te commodatum perferret, periculum meum est, attenta tamen distinctione, an mei tantum, an communi causa commodatum fuerit, et consequenter ponderatis culpae gradibus v. omnin. *l.* 22. *l.* 10. §. 1. *l.* 11. *l. argentum.* 20. *commod. l.* 20. *fin. ff. praescr. verb.* Seb. Medic. *p.* 2. *qu.* 10. *n.* 54. Mozz. *quomod. toll. commodat. n. ult.* Perez *ad tit. c. de commodat. n.* 12. Duaren. *de commod. cap.* 8. Gomez. *tom.* 2. *var. resolut. c.* 7. *n.*
3. Wissenbach. *disp.* 27. *ad ff. th.* 14. Si res com- 22
modatae et meae simul in periculo interitus sunt, et dum meas salvo, res commodatae pereant, qu. an de non existentibus tenear? Affirmant dd. si pretiosiores fuerunt res commodatae, *l. quod Nerva.* 32. *ff. depositi.* Dissentit Godofred. *ad d. l.* 5. §. 2. *commod.* propter *l.* 14. *praescr. verb. l. praeses.* 6. *c. de servit. et aqua.* (Franzkius adhuc subdistinguit.) Si meae pretiosiores sunt, negant. vid. *d. l. praeses.* 6. *c. de serv.* Si tamen, dum salvavi rem commodatam mea existere desierit, habeo actionem commodati contrariam. vid. Seb. Medic. *p.* 2. *qu.* 10. *n.* 55. Mozz. *quom. commod. toll. n. ult.* et Portius *ad §. item inst. de commod. n.* 10. Nec obstat, quod charitas incipiat a se ipso: eleganter enim Salicet. *in l.* 5. §. *sicut. n.* 9. *l. t.* ait, hoc verum esse, de ordinata charitate, non inordinata, ut hic, ubi contra illam tacite aliud promissum est. Si duobus res v. g. vehiculum commode- 23
tur, idque perierit. Qu. an singuli in solidum teneantur, si res non existat. Resp. aff. per *l. si ut certo.* 5. §. *ult. ff. commod.* licet pro parte quidem effectu (alii legunt evectus h. e. evectionis. vid. Hotom. *edit. ff.*) singuli usum habuisse videantur. Sunt enim quodammodo (i. e. improprie. vid. Cujac. *lib.* 26. *obs.* 26.) duo rei habendi, de quibus vid. §. 1. *instit. de duob. reis. l.* 11. §. *ff. eod.* Nec obst. *l.* 21. §. 1. *d. t.* ibi enim pacto conventum videtur, ut vasa sint communi periculo, vid. Hotomann. *quaest. illustr. qu.* 19. Cujac. *tr.* 8. *ad African. ad d. l.* 21. Pac. *cent.* 4. Evxvt. *qu.* 41. Wissenbach. *disp.* 27. *th* 10. Totum. §. *ult. d. l.* 5. obscurum optime explicat Duaren. *de commod. cap.* 8. *fin.* jure novissimo tamen per *nov.* 99. *c.* 1. *et auth. hoc ita. c. de duob. reis stip.* (1.) Duo correi non tacite, sed tantum, si id expresse actum est, constituuntur, ita Cujac. *ad d. nov.* 99. Wesenbec. *de duob. reis. n.* 7. Hahn. *ibid.* Rittershus. *in nov. p.* 3. *cap.* 6. *num.* 11. Dissent. Salycet. *d. l. n.* 2. Bachov. *ad Treutl. vol.* 2. *d.* 27. *th. ult. lit. e.* et post eum Carpzov. *p.* 2. *c.* 17. *def.* 13. *n.* 10. (2.) Veri correi per *dict. auth. et nov.* habent beneficium divisionis, si alter praesens et solvendo sit. Ita Wesenbec. *d. l.* Hahn. *ibid.* Gomez. *lib.* 2. *resol. c.* 12. Bachov. *d. l.* Perez. *d. l.* Brunnemann. *ad l.* 2. *c. de duob. reis.* Carpzov. *p.* 2. *c.* 17. *d.* 13. Postremo notetur necessaria et elegans cautela, 24
scil. ut commodans a commodatario petat exprimi usum, ad quem re opus habet: alias precarium erit. Menoch. *lib.* 2. *d. a. i. q. cas.* 23. Covarruv. *l.* 3. *var. resol. c.* 15. *n.* 7. In hoc autem insignis latet differentia. Si enim precarium est, accipiens non tenetur de re non existente, modo non ejus culpa lata perierit. *l.* 8. §. 3. *ff. de precar.* Cujac. *lib.* 23. *obs.* 21. Si commodatum est, tenetur, modo ejus quacumque culpa factum fuerit, quod non existat, *l.* 5. §. 2. *commod.* De hoc et aliis effectibus dictae cautelae vid. dn. Praeses *tr. de cautel. contr. nec. sect.* 2. *cap.* 2. §. 3. 4. Imo etiam post usum finitum commodatarius est in mora, non qui precarium accepit *l.* 4. *fin. l.* 5. *l.* 8. §. *pen. l.* 12. *pr. de precario.*

25 Quod modo diximus de eo, qui precarium accepit, plenius deductum vid. ap. Cujac. *tr.* 5. *ad Afric. in l.* 108. §. 2. *de leg.* 1. Brunnemann. *ad d. l.* 8. *de preb.*
26 *n.* 3. Nec obst. *l.* 5. §. 2. *commod.* Ibi enim istis verbis: *ut est constitutum* aut quaedam constitutio imperatorum indigitatur, ut in *l.* 3. §. 1. *de minorib.* vel constitutum possessorium intelligendum, quod etiam *precarium* vocatur *l.* 2. §. *f. de precar.* Brunn. *ad l.* 18. *de a. p. et ad l.* 15. §. 4. *de prec.* vid. Bachov. *ad tr. vol.* 1. *th.* 5. *lit. K.*

27 Si *depositum* non existat damnum est deponentis, non depositarii *l.* 1. *c. depositi.* nisi hujus dolo vel lata culpa factum, quod non existat, *l.* 23. *de r. i. l.* 1. §. 8. 10. 20. *et* 47. 32. *depos.* (lata culpa hic sumenda in concreto vid. *cap. praec. n.* 43.) Non si culpa levi vel levissima *l.* 1. §. 5. *de o. et a. l.* 20. *depos.* nisi mercedem acceperit *l. qui mercedem.* 40. *ff. locat. l.* 5. *naut. caup.* vel in mora restituendi fuerit *l.* 12. §. 3. *ff. depositi.* Praesumitur enim tunc depositarius ab eo tempore depositum in suos usus vertere *arg. l.* 25. §. 1. *depos. l.* 4. *pr. ff. de reb. cred. c. ult. x. deposit.* Vel nisi se obtulerit *l.* 1. §. 35. *ff. depos. l.* 5. §. 2. *com.* tunc enim depositum in negotiorum gestionem incidere videtur, et deponenti non potest imputari, cur talem rei suae custodem elegerit. Conan. *comm.* 7. *c.* 4. *n.* 9. conf. casum *l.* 1. §. 25. *eod.* Vel nisi depositum hoc pacto detur, ut uti liceat; quo casu depositum tamen manet, nec in alium contractum transit, quia et ante
28 usum revocari potest. Conan. *d. l.* Id vero singulare est, quod ea, *quae depositis rebus accedunt*, non sint deposita: ut puta si homo vestitus deponatur, vestis non est deposita, nec capistrum, si equus cum capistro depositus. *l.* 1. §. 5. *ff. depos.* Si itaque capistrum vel vestis non existat et interest, magna et lata culpa depositarii, non tenetur. Imo si dolo in accessorio versatus sit, vel plane reddere nolit, conditione furti vel vindicatione agendum, non depositi, ut vult Bald. *ad d. l.* Glossa *Vinc. Carocius de deposito* cit. a. Brunneman. *ad d. l.* 1. §. 5. et Paul. Busius ibid. Contractus enim depositi quidem est bonae fidei, attamen qua res ipsas stricti juris est, ut quae rebus depositis accedunt, si non simul expressa, pro depositis non habeantur, inquit Mev. *part.* 2. *dec.* 54. *n.* 5. Nec obstat *l.* 5. §. 9.
29 *commod.* Vid. egregie hic dist. inter commodatae rei accessoria, et quae commodatum sequuntur, nec non inter depositi et commodati accessorium quoad periculum et dd. ll. conciliantem Canonum *comm. lib.* 7. *c.* 4. *n.* 14. aliis dd. hic silentibus, ut ipse ait.

30 Quando *res oppignorata* et non tradita non existit, damno debitoris ceu domini non existit, et creditor nihilominus debitum suum repetit. §. *ult. inst. quib. mod. re contr. l. quae fortuitis.* 6. *et l.* 9. *c. de pign. act. l. si inter.* 21. §. 2. *ff. de pign. l. amiss.* 52. *ff. de fidej.* Seb. Medic. *p.* 1. *qu.* 16. *n.* 39. *et part.* 2. *qu.* 10. *n.* 111. *et* 124. Si vero res pignoratitia creditori tradita est, tenetur de pignore non existente, si ejus culpa levi factum, quo minus existat *l.* 14. *l.* 30. *ff. de pign. act.* conf. *l.* 22. §. 4. *l.* 25. *ff. d. t. l.* 9. §. 5. *de reb. aut. jud. poss.* Sed obstat *l.* 13. §. 1. *ff. de pign. act. l.* 19. *c. de pign.* et secundum aliquos etiam *l. si nulla.* 8. *c. de pign. act.* qui ita legunt: *si ulla etc.* Sed Russardus et aliae edit. legunt, si *nulla*, et ad-
31 dunt deinde *minime.* Sed videtur in d. ll. et custodia requiri a creditore. Cujac. *l.* 19. *obs.* 24. ibi supponit solius creditoris gratia pignus datum esse, Sulycet. *ad d. l.* 19. *c. n.* 1. et Glossa dist inter culpam in committendo et omittendo. Nobis ista distinctio de culpa in concreto et abstracto, de qua caput praec. n. 43. locum habere posse videtur.

Jam sequuntur *contractus verbales* seu *stipulationes.* 32 Breviter hic notamus, quod si res certa promissa est, eaque casu fortuito non existat, non teneatur promissor. *l.* 23. *l.* 33. *l.* 83. §. 5. *de v. o.* (ubi exemplum rei civiliter non existentis) conf. *l.* 91. *p. eod.* vid. *l.* 98. *fin. pr. de v. o.* vid. Donell. *ad l.* 23. *de v. o. n.* 12. vid. Balduin. *ad* §. 16. *de legat.* Aliud si res incerta seu quantitas aut genus promissum est, *l.* 30. §. 5. *ad l. falcid. l.* 11. *si cert. pet.* nisi promissor rem promissi generis ol tulerit, et alter sine causa justa accipere recusaverit, *arg. l.* 72. *solut.* Struv. *de v. o. exerc.* 47. *th.* 24. Caeteroquin promissor tenetur rem certam promissam praestare, si ejus culpa levi factum fuerit, quo minus existat, *l.* 51. *l.* 137. §. 3. *de v. o.* Ni- 33 mirum si culpam levem in committendo admisit, non si in omittendo *l.* 51. *l.* 91. *pr. de v. o.* Exemplum vid. in *d. l.* 91. *pr.*; non enim ibi promisit se servum curaturum, sed daturum; et qui dare promisit, ad dandum non faciendum tenetur, vid. Zas. Duaren. Cujac. Donell. *ad l.* 91. Wissenbach. *p.* 2. *disp.* 26. *th.* 20. Struv. *d. l.* Dissent. Goedd. *de contr. stipul. c.* 11. *n.* 39. vid. Struv. *d. l.*

Incidenter notamus, quod inutilis sit stipulatio, si 34 in eam res non existens, quae nec existere potest, veniat, ut Hippocentaurus, §. 1. *de inut. stip. l.* 97. *pr. de v. o.* de quo vid. erudita apud Isidorum *l.* 11. *etym.* et Bachov. et Joh. Fab. *ad dict.* §. conf. *l.* 83. §. 6. *de v. o.* Si tamen res non existens condici posset v. c. furti, tunc stipulatio utilis est *d. l.* 83.

Sequuntur *contractus consensuales* interque eos pri- 35 mo *emptio et venditio.* Si res empta vendita non existat, casu fortuito peremta, periculum est emptoris, si emptio perfecta est, licet nondum consummata sit per traditionem et dominii translatione. Idque probant textus *l. necessario.* 8. *pr. de per. et comm. rei vend. l.* 7. *l.* 16. *eod. l.* 34. §. *pen. l.* 35. §. 4. *de contr. empt. l.* 5. §. *ult. de rescind. vend. l. Lucius.* 11. *de evict. l.* 15. *de jur. dot. l.* 39. *f. solut. l.* 11. §. 9. *ff. quod vi aut. clam. l.* 1. 4. 5. 6. *c. de peric. rei vend.* (Qui textus omnes vehementer refrangantur Cujacio, qui 36 *tr.* 8. *ad African.* tantum jure institut. §. 3. *de empt. vendit.* non ff. id obtinere causatur, vid. Wissenbach. *disp.* 35. *th.* 27.) conf. Sebast. Medices *d. tr. part.* 2. *qu.* 10. *n.* 84. *seq. pag.* 268. Struv. *syntagm. jur. civ. de peric. rei em. th.* 96. Treutl. *d.* 28. *v.* 1. *th.* 8. Bachov. *ad instit. d. l.* Nam et commodum est emptoris. 37 vid. Aegid. Hortens. *ad* §. 3. *instit. de empt. vend.* Nec obstat, quod venditor ante traditionem dominus maneat, res autem suo domino pereat. *l. pignus.* 9. *c. de pign. act.* Responsionem vid. apud Bachov. ad *Treutl. disp* 28. *th.* 8. *lit. c. et ad instit.* §. 3. *de empt.* et Carpzov. *part.* 2. *c.* 26. *def.* 20. confer. *l. quod te mihi.* 5. *de reb. cred. l. s Sticus.* 33. *ff. de verb. obl. l. naturalis.* 5. §. 1. *c. f. de praescr. verb.* vid. *l.* 23. *de v. o.* Quid? quod dominium emptori proximum sit, et non 38 stet nisi per ipsum, quo minus id traditione consequatur. vid. *l.* 174. *de r. i.* Contrarium itaque his manifestis juris rationibus et tot textibus sententiam placuisse Cujacio *tr.* 8. *ad african. in l. si fundus.*

23. mirandum esse, dicit Bachov. *comm. ad instit. d.* §. 3. et Jcto indignum *vol.* 1. *ad Treutl. disputat.* 28. *th.* 8. *c.* Facit cum Cujacio Conanus *lib.* 7. *comm. c.* 10. et Aegid. Hortens. *comm. ad d.* §. *cum autem. l. de empt. pag.* 340. qui provocat ad *l. lectos.* 12. *l. quod si* 14. *ff. d per. et com.* vid. ibi plur. text. imprimis autem sibi obloquentibus occludi os posse dicit. per *l. si fidejussor.* 29. §. *quaedam. ff. mandati.* Dissentit etiam Hieron. Oroz. *lib.* 2. *de apicib. jur. cap.* 6. *th.* 15. 19. *etc.* et singularem vocat suam opinionem, *n.* 14. *fin. et n.* 15. *d. l.* in multis tamen Hortensii vitulo arare nobis videtur. Accedit dissentientibus magnus Grotius *lib.* 2. *de j. b. et p. cap* 12. *th.* 15. qui etiam periculum emptoris esse re nondum tradita, commentum juris civil. vocat, quod Wissenbach. *diatrib. de mutuo disputat.* 1. parum civiliter factum esse judicat. vid. Hahn. ad Wesenbec. *de contr. empt.*
39 *n.* 11. ubi Grotium refutat. Et videtur ista sententia specie ad minimum aequitatis plurimos etiam judices occupasse. Sic enim Anton. Mornacius *observ. ad l.* 11. *ff de evit.* eam ob aequitatem in foro gallico, et Wissenbach. *disp.* 35. *th.* 27. in Frisia receptam esse, ex relatione refert, quamquam contrarium testetur Ulr. Huberus *ad inst. de empt. vend. n.* 6. ipse Prof. Frisius. vid. *disputat.* Wacchtleri *de grad. culpae.*
40 *th.* 32. *fin.)* Quicquid tandem horum omnium sit, sententia nostra non modo dd. jur. civil. omnibus fere est communior, sed et moralistis aequior visa. Faciunt enim nobiscum Vincent. Filliucius *in moral. tract.* 35. *cap.* 8. *pag.* 303. Stephan. Fagundez. *de justitia, contract. et domin. lib.* 3. *cap.* 47. *n.* 1. Molina *tom.* 2. *de just. disputat.* 366. §. 3. Lessius *tom.* 1. *de just. lib.* 2 *c.* 21. *dub.* 12. *n.* 96. Rebellus, Reginald. Mantica, Ant. Gom. Ignat. de Lasare etc. vid. Covarruv. *pract. cap.* 3. *n.* 5. Facit nobiscum etiam Praxis. vid. Carpzov. *part.* 2. *constit.* 26. *def.* 20. Anton. Faber. *cod. lib.* 4. *tit.* 40. *def.* 8. *n.* 9. *etc.* conf.
41 *Preusch Land-Recht. lib.* 4. *tit.* 6. *art.* 13. §. 1. Sed tamen dissentire Africanum in *l. si fundus* 33. *locati.* Wissenbach. *disp.* 35. *th.* 27. tam confidenter asserit, ut se ejus assertionis non poenitorum dicat, priusquam quid melius efferri viderit, quam vidit. Sed conciliationem vide br vitatis ergo sp. Anton. Faber. *lib.* 2. *conject. c.* 4. Bronchorst Ἐναντ. *cent.* 2. *assert.* 55. Bachov. *ad inst. d.* §. 3. et Treutl. *d. l.* Pac. *cent.* 8. Ἐναντ. *qu.* 8. Aliter Lyclam. *lib.* 6. *eclog.* 3. *pag.*
42 *m.* 196. *seqq.* Nec obstat *l. lectos.* 12. *de peric. et comm.*
43 *rei vend.* vid. Bachov. et Bronchorst. *d. l.* Nec obstat *l.* 14. §. 1. *eod.* Aliud enim est, si genus vel res ad mensuram vendita est. vid. *n.* 53. et Bachov. Bron-
44 chorst. *d. l.* Praestat tamen rem emptam non existentem venditor, si ejus levi culpa non existat, *l. quod saepe* 35. §. 4. *de contr. empt. l.* 5. §. 2. *commod. l.* 23. *de r. i. l.* 3. *et passim de peric.* vid. Carpzov. *p.* 2. *c.* 26. *d.* 24. Itaque si venditor jusserit servum venditum per catadromum, aut in fontem, cloacam etc. descendere, vel aliud negotium periculosum suscipere, isque eo periculo moriatur, nihil aliud dispicitur, quam an id bonus paterfam. jussisset. *l.* 54. *pr. de act. empt.* (ubi quid catadromus sit, Budaeus *ad d. l.* inquirit, et lectionem corruptam esse concludit. Turnebus *autem, alterum illud Galliae decus, lib.* 27. *Advers. cap.* 18. *c. f. pag.* 1621. funem esse vult, qui summo theatro illigatus, ad imum solum declivis perstingebat, per quem descendere maximi periculi et artis adeoque miraculi erat. quod ex Dione deducit.) Si tamen aedes venditae, quas adhuc 45
inhabitabat venditor, combustae, non existant. culpa venditoris non praesumitur. *l.* 11. *de peric. et comm.* Gail. *lib.* 2. *observ.* 21. *n.* 51. *et ib. cit.* Afflict. *decis.* 57. *n.* 4. 5. *etc.* Non obstat *l.* 3. §. 1. *de off. praef. vig.* Sed id probandum est vid. Struv. *de per. rei vend. th.* 95. Diss. Fr. Balduin. *ad d.* §. 3. *instit. de empt.* vid. *praec. cap. n.* 41. 42. Quae autem hic 46
alias per modum exceptionum a regulis communiter recensentur, quod non periculo emptoris pereant, juxta versus illos antiquos, quos Nicasius refert, ea nos non exceptiones esse, sed velut in modum consectarii a contrario ex regulis generalibus deduci posse putamus. Sic cum res certa empta periculo emptoris di- 47
citur non existere, species intelligitur non genus, vid. *l.* 30. §. 3. *ad l. Falcid. l. incendium* 11. *c. si cert. pet.* Et si genus venditum, traditio necessaria est, non vi contractus, sed natura rei, ait Brunnem. *ad l.* 11. *ff. de act. empt.* et ibi alleg. Socin. etc. Simi- 48
liter periculo venditoris non existit species alternative empta vid. *l.* 34. §. 6. *de contr. empt.* neque enim ibi uterque servus emptus erat. Ulterius quia res empta 49
periculo emptoris non existit, sequitur, nondum perfecto contractu non esse periculum emptoris *l. necessario* 8. *ff. de peric. et comm.* multo minus si res desinat existere antequam contractus fuit. vid. *l.* 15. *pr. de contr. empt.* Est autem perfecta emptio, quando contrahentium sensus purus determinavit pretium certum et rem certam, et quanta qualisque ea sit. Traditio enim ad perfectionem emptionis non pertinet, sed tantum ad perfecti consummationem. Ergo si res 50
sub conditione veniit, emptio perfecta non est, et hinc cujus sit periculum, ex eventu conditionis aestimandum vid. Struv. *syntagm. exercit.* 23. *de peric. et com. ff. n.* 99. Carpzov. *part.* 2. *c.* 26. *def.* 21. et Fab. de Monte *tr. de empt. vend. qu.* 6. *n.* 4. Sed si 51
pactum adjectionis in diem vel legis commissoriae venditioni adjectum fuerit, venditio pura est, non conditionalis. Sunt enim ista pacta non conditiones suspensivae, quae contractum suspendunt, ut perfectus non sit, sed resolutivae, quae contractum perfectum sub certa conditione resolvunt, vid. *l.* 11. *ff. de l. commissoria* conf. *l. ult. c. de peric. rei vend.* itaque rei emptae sub istis pactis non existentis periculum est emptoris. Potest tamen adjectio in diem sub conditione suspensiva adjici, vide Franzk. Zoes. *ad tit. de addict. in diem n.* 5. non vero Lex commissoria vid. Zoes. *d. l. n.* 3. Dissent. Cujac. *ad tit. c. de pact. int. empt.* Similiter emptio nondum est perfecta, si 52
scriptura sit requisita. *pr. instit. de empt. l. contract.* 17. *c. de fid. instr.* Si quem curiosum juvat formulam antiquam emptionis scriptura confectae ex membranis antiquitatum erutam legere, adeat *Fr. Balduin. comm. instit. ad tit. de empt. pag.* 558. Et habet certe multum honestae voluptatis, multumque momenti ad illustrandum jus civile haec cognitio antiquitatis. Parili 53
modo si res fungibilis vel alia sub certa mensura vendita est, ante admensurationem emptio perfecta non est, quia non constat, quantum sit emptum *d. l.* 8. *de peric. et com.* adeoque sub conditione mensurae emptio facta videtur *l.* 35. §. 5. *de contr. empt. l.* 13. §. 14. *de act. empt.* vid. *l.* 1. §. 1. *de peric.* Co-

lium facientia, quae curatius elaborata afferre apud animum constitueramus. Sed et tempus occupationi circa hanc disputationem destinatum et materiae copia, ultra quam initio cogitatum est, se praeter opinionem adeo extendit, ut vix consultum videatur, pauca quae restant prolixius diducendo cum magno temporis et occasionis capessendo itineri proposito accomodatae jacturae incertam opinionem aucupari. Praeterea in tam difficili abstrusa diffusaque per maximam partem juris materia, quaedam ex infinitis omittere, non adeo turpe videtur, cum in ejusmodi materiis desinere possimus, deficere raro queamus. Quamobrem quemlibet candidum aestimatorem qualis qualis opellae nostrae, qua hactenus maxima et plurima momenta juris rerum non amplius existentium quanta licuit diligentia exposuimus, non male nobis versurum esse confidimus, si jam in paucis residuis abrumpamus, et pro more non insolenti festinato disputationem claudamus colophone. Ne tamen totam disputationem nimis abrupta conclusio turpi hiatu plane foedet, ista quae adhuc restare videntur, summo tantum indice tangemus.

1 Postquam ergo res non existentes in contractibus, eorumque jus consideravimus, nunc etiam res non existentes *in quasi contractibus* venirent lustrandae.

2 Atque ut de iis pauca afferamus, institutionum ordinem secuti, breviter notamus, *negotiorum gestorem* in puncto juris teneri de re non existente, si quacumque ejus culpa, etiam levissima, factum fuerit, quod res non existat §. 1. *de obl. quae ex qu. contr. l.* 23. *de r. i. l.* 24. *c. de usur. l.* 21. *c. mand. arg. l.* 1. §. 35. *depos.* vid. Cujac. *ad d. l.* 23. Donell. 15. *comm.* 15. Bachov. *ad* §. 1. *inst. de obl. quae ex qu. contr.* Vultej. *disc. scholast. c.* 15. *fol.* 165. sequius tamen videtur plerisque, eum tantum teneri, si ejus levi culpa factum fuerit, ne res existat, nisi alius se obtulerit. Pet. Faber. *ad d. l.* 23. *de r. i. pag.* 138. Franzk. *exerc.* 11. *q.* 7. *n* 11. Brunn. *ad l.* 20. *c. de neg. gest.* et Bach. *d. l.* Interdum non praestat rem non existentem, nisi ob dolum et latam culpam v. g. si res alias peritura fuisset *l.* 3. §. 9. *de neg. gest.* Interdum vero rem praestat licet casu perierit *vid. l.* 10. 11. *ff. d. t.* vid. Franzk. *d. exercit.* 11. *qu.* 7. *tot.*

3 *Res pupillares* non existentes *tutor* praestat, si ejus dolo, lata et levi culpa non existant, *l.* 1. *pr. l.* 18. *de tut. et rat. distr. l.* 33. *pr. arg. l.* 39. §. 6. 7. *l.* 47. *c. arb. tut. l. chirographis* 57. *ff. de admin. tut.* v. Petr. Fabr. *d. l. pag.* 141. Duaren. *ad tit. de admin. tut. c.* 5. Franzk. *exerc.* 3. *q.* 9. Diss. Cujac. Hotom. et Pet. Fab. *ad d. l.* 23. *de r. i.* et provocant ad *l.* 4. *c. de peric. tut.* Sed vid. Brunnem. *Exerc.* 22. *ad* §. 2. *de obl. quae qu. ex contr.* Bachov. *in tr. vol.* 2. *disp.* 9. *th.* 5. *lit. c.* Et haeres tutoris ne quidem tenetur, si ejus levi culpa factum, quo minus res existat. vid. Ludwel. *exercit.* 14. *th.* 6. *b.* Ant. Fab. *l.* 1. *conject.* 12. Diss. Cuj. *lib.* 13. *obs.* 39. contra quem disp. Hotom. 1. *amicab.* 23. *tot.* Anton. Faber. *l.* 1. *conject.* 12. Franzk. *d. exerc. qu.* 1. 10.

4 Ex quasi contractu sc. aditione haereditatis oritur obligatio haeredis ad legata praestanda legatariis. Non v. creditoribus haereditariis, vid. Bach. *ad* §. 4. *inst. de qu. contr.* Haec tamen obligatio non semper se extendit ad *non existentia legata*, ut ea etiam praestare teneatur. Si enim res legata vivo testatore existere desiit, nihil legatario debetur, nec legatario quicquam periit, quam spes et destinatio quaedam, non legatum. Mortuo vero testatore, seu post cessionem diei, quo tempore demum legatum proprie dici potest, damnum rei legatae non existentis pertinet ad haeredem, si dolo vel culpa vel post moram haeredis perierit. Aeg. Hortens. *ad* §. 16. *de leg.* (An quoque si sine mora periisset, vid. Goed. *ad l.* 12. §. 1. *n.* 9. *de v. s.* ubi obstant. text. concil. Fr. Balduin. *ad* §. 16. *de leg.* inprimis Joh. Rob. Aurel. *lib.* 1. *sent. c.* 23. quod caput in materia ista, quando distinguendum sit, utrum res non existens apud actorem etiam periisset, singulariter commendandum.) 5 6 7

Nec obst *l.* 22. §. 3. *ad s. c. treb.* quasi haeres tantum latam culpam praestet, loquitur enim de fideicommisso conf. *l.* 22. *l.* 108. §. 12. *de leg.* 1. *l.* 25. §. 16. *fam. herc.* Brunn. *exerc.* 13. *ad d.* §. 16. quod cum deposito comparant dd. *v. d. l.* 108. Pet. Fab. *d. l.* 23. *de r. j. pag.* 130. Duar. *ad l.* 47. *de leg.* 1. (Aeg. Hort. *ad d.* §. *si res* 16. *inst. de leg.* in legato per vindicationem culpam et negligentiam, in legato per damnationem tantum dolum et factum proprium praestari vult.) 8 9

An vero haeres rem legatam praestet, si ejus culpa levissima factum, quo minus existat, multi affirmant propter *l.* 47. §. *pen. de leg.* 1. v. Str. Synt. *exerc.* 35. *th.* 21. Wissenb. *ad inst. disp.* 26. *th.* 28. Aequior tamen, Brunnemanni judicio. *d. ex.* 13. *p.* 112. est sententia negantium per *l.* 108. §. 12. *ff. de leg.* 1. Cui ne obst. *d. l.* 47. Duar. *ad eamdem* putat, ibi maximam haeredis utilitatem praecipue versari, cum tantum servulus legatus sit. Et secundum proportionem utilitatis etiam reliqua in legatis et fidecom. aestimanda esse deducit. conf. Mynsing. *ad h.* §. *in fin.* vid. Bart. *ad d. l.* 47. *n.* 9. Alit. Brunn. *d. ex.* conf. idem ad *d. l.* 47. *n.* 6. Si vero casu fortuito res legata non existat, omnino haeres eam non praestat *l. si ex legati caus.* 23. *ff. de v. o.* et ibi Donell. *l.* 36. *fin. de leg.* 1. Hocque generaliter obtinet. *l.* 5. *de r. c.* quoties res certa et species debetur, quod et hic supponendum vid. *l.* 26. §. 1. *de leg.* 1. *d. l.* 23. *de v. o.* Fr. Bald. *d. l.* Duaren. *ad l.* 26. §. 1. *leg.* 1. Conf. Meier. *coll. I. arg. de leg. th.* 50. *ubi pl. text. cumulantur.* 10 11 12

Aliud si genus vel quantitas legata: haec enim non possunt perire *l. incend.* 11. *c. si cert. pet. l.* 30. §. 3. *ad l. falcid.* Nisi genus certis speciebus conclusum fuerit a testatore v. g. lego centum ex argento, quod habeo. Tunc enim si omne argentum testatoris non existat amplius, nihil debetur *l* 30. §. 5. *ad l. falcid.* Balduin. *d. l.* Idem est, si genus relinquatur sub ratione speciei vid. *l.* 96. §. 2. *de legat.* 1. *l.* 51. *eod.* 13

Si res legata per accessionem fuerit extincta *l.* 41. §. 14. 15. *de leg.* 1. vel ex ea species facta sit *l.* 88. *pr.* §. 1. *de leg.* 3. vel si legatum non reperiatur *l.* 47. §. 4. *de leg.* 1. legatum cessat, quia tunc res non existit, vel pro non existenti habetur vid. *supr. cap.* 2. *cap.* 4. *cap.* 6. *n.* 42. nisi probari possit, his casibus testatoris voluntatem mutatam non esse, vid. *l.* 44. §. 2. *leg.* 1. *l.* 11. §. 12. *leg.* 3. quod tamen praesumitur *l.* 6. §. 1. *de aur. et arg. leg.* Conf. Aeg. Hortens. *comm. ad l.* 16. §. 2. *de Pignor.* Donell. *lib.* 8. *c.* 17. *lit. H.* Brunn. *ex.* 13. *ad* §. 16. *de leg.* Si domus legata non existat, area quidem debetur *l.* 22. *de leg.* 14 15

1. Sed si restituta fuerit, nova domus non debetur *l.* 65. §. *f. leg.* 1. nec materia superstes *l.* 88. §. 3. *leg.*
16 3. In ratione l. falcidiae tamen res non existunt damno haeredis, non legatarii, quia ejus est et commo-
17 dum, vid. *l.* 30. *pr. ad l. falc.* Notabile est, quod si dos legata fuerit a marito sub certa quantitate, ea debeatur, licet nunquam dos exstiterit § 15. *I. de leg.* modo maritus non legaverit v. g. catenam auream, quam loco dotis attulit, et in haereditate nulla catena existat. dn. Praes. ib.

18 *Re principali non existente* accessorium, licet existat, non debetur *l.* 2. *ff. de pecul. leg.* Sic si servus legatus non existat amplius, nec peculium debetur, nec instrumenta, fundo instructo legato non existente §. 17. *I. de leg.* Theoph. ibid. (Nisi accessorium per modum rei principalis legatum sit, ut: fundus *et* in instrumenta.) Neque tantum in legatis valet ista regula, sed generalis est. vid. *l.* 129. *de r. i. c. accessorium* 42. *de r. i. in* 6. De ejus except. et limit. tamen vide Pet. Fab. et Wissenbach. et dd. reliquos *ad d. l.* 129. *de r. i. et d. c.* 42. Barbosam. *lib* 14. *axiom. cap.* 79. *et ibi cit.* it. Petr. Andr. Gammarum *lib.* 2. *dial. legal. de loco a principali ad accessorium.*

Supersunt adhuc aliqua ad jus non existentium pertinentia, quae etiam non tam prolixe, uti mereantur, sed breviter lustrabimus.

19 *Rei non existenti succedit pretium*, *l.* 22. *de haered. pet. arg. l.* 72. *de leg.* 2. *l.* 21. *de haer. vend. ubi dd. l.* 14. *c. f. de r. i. l.* 80. §. 1. *de furt.* Scilicet in universalibus *d. l.* 22. *de haer. p.* et ibi Bartol. et Costal. Goedd. *ad l.* 14. *de v. s. n.* 18. hinc et in dote. Gloss. *in l. labeo.* 114. *verb. pretium de v. s.* In singularibus enim id procedere frequentiore calculo dd. negant; rationes eleg. ex Baldo et Jason. allegat Barbos. *locupl. lib.* 14. *ax. cap.* 76. *th.* 6. nisi in subsidium *l.* 80. §. 1. *de furt.* Costal. *d. l.* Quin in particularibus tamdiu aestimatio rei succedit in subsidium, quamdiu quoad obligationem potest. *d. l.* 80. *l. vinum. ff. de r. c.* Goedd. *d. l. n.* 21. Plura vid. ap. Costal. et Barbos. *c. l.*

20 De jure *expensarum* et *meliorationum quatenus non existunt* amplius, tractatio hic etiam locum inter jura rerum non existentium reperiret, sed patere, quaeso, benevole lector, te a festinantibus nunc remitti ad hos, qui de expensis et meliorationibus totos compilarunt tractatus sc. Joh. Garsiam de Savedra, gente et nomine *Gallaecum*, Georg. Pfaffenreuter. *in vol. nov. Bas.* 4. *Hector. Feliciam de damno et expensis.*

21 De *aestimatione rerum non existentium* nobilissimam pariter et intricatissimam materiam etiam elaborandam suscepissemus, nisi jam eam elaboratam satis prolixe et ex prof sso deprehendissemus apud Marc. Eyclamam a Nyeholt *tract. de ineunda rei debitae aestimatione ad l. venum.* 22. *ff. de reb. cred.* et dd. *commun. ad d. l.* Hunnium. et Hahnium *tr. de aestimatione.* Dav. Linder. *in antinomiis de rei debitae peremptae praestatione et ineunda aestimatione*, Masium *de aestimatione*, passim apud plerosque. Liceat itaque et hanc materiam ab aliis jam occupatam transire.

22 De *instrumentis non existentibus* (Sic expresse loquitur *l.* 5. *c. de fid. instr.*) scil. an amissio apochae, tabularum testamenti, actorum jud. etc. noceat, et quae remedia hic suppetant, hic adhuc agere certius constituceramus; sed cum alium jam disputationem hac super materia hic loci habendam elaborari comperti simus, calamum compescimus, et lectorem remittimus ad *l.* 18. §. *f. c. de testib. l.* 4. 5. 6. 7. 8. 10. 11. *c. de fid. instr.* Sichard. et Brunn. et dd. *ad d. ll.*

Superest itaque ut *actiones*, *quibus de non existen-* 23
tibus agitur strictim saltem indicemus. Vindicari res non existentes non posse diximus supr. *cap.* 2. *n.* 10. *l.* 4. *n.* 10. *cap.* 5. *n.* 37. *etc.* Imo cum vindicamus illa, quae dolo alicujus non existunt, sensu juris civilis existentia vindicamus. *supr. c.* 2. *n.* 28. *c.* 5. *n.* 34. 36. *etc. conditione furtiva* repetitur res furti- 24
va non existens non tantum a fure *l.* 8. *de cond. furt.* sed et ab haeredibus furis, etiamsi ad eos nihil pervenit *l.* 7. §. 2. *l.* 9. *ff. d. t.* quia in perpetua mora est fur, vid. *l.* 5. *de divers. praescr.* Brunneman. *ad l.* 28. *de usur.* (Dissent. Cujac. *lib.* 7. *obs.* 37. vid. Bus. *lib.* 4. *subtil. c.* 8.) etiamsi res sine dolo et culpa haeredis existere desiit *l.* 7. §. 2. 16. *d. t.* vid. plur. Bachov. *de action. disput. th.* 20. 21. Aegid. Hortens. *ad* §. *sic itaque.* 14. *de act.* De *actione ad exhiben-* 25
dum actum *est c.* 4. *n.* 3. *seqq.* quod scilicet ea, quae pro non existentibus habetur, ut accessoria, petantur separari et sic velut existentiae suae restitui. Datur quoque utilis actio ad exibend. de rebus, quae dolo alicujus existere desierunt *l.* 14. *l.* 16. *l.* 11. *fin. ad exhib.* imo aliquando licet non existant sine culpa et dolo malo *l.* 12. §. 4 *ad exhib.* Oldend. *class* 3. *act.* 1. *n.* 7. *pag.* 234. conf. Bachov. *disp.* 2. *de action. th.* 24. ubi diss. Anton. Faber. refutat vid. supr. *cap. n.* 31. 32. *actio in factum* subsidiaria datur de rebus 26
non existentibus quando que, cum nulla alia competit, vid. *cap.* 2. *n.* 26. conf. *l.* 37. *pr. l.* 52. §. *in clivo ad l. aquil.* vid. plur. Bus. *lib.* 2. *subtil. c.* 6. De *condi-* 27
tione egimus. *cap.* 4. *n.* 22. scilicet ei rei non existentis aut pro tali habitae aestimationem repeti. Item condictionem dari eo casu, cum multum propter non existentiam reconciliatum est, dictum. *cap.* 7. *n.* 30. *actione l. aquiliae* repetimus aestimationem rei nostrae, 28
quae, etiamsi tantum culpa alicujus desiit existere in vivis etc. vid. *tot. tit. inst. et ff. ad l. aquil.* Oldendorp. *class.* 6. *act.* 12. *p.* 824. *actione de in rem verso* 29
persequimur res nostras non existentes, si consumptae fuerint in utilitatem domini vel patris ejus, cum quo contraximus, vid. *l.* 3. 5. 7. *t. t. de in rem verso.* Ex 30
leger hodia de jactu is, cujus merces ejectae non existunt, actione ex conducto agit contra magistrum navis et hic contra vectores ect. ut aestimationem a reliquis pro rata parte accipiat. vid. *t. t. de l. rhod. de jactu.* *Actione quod metus causa* aestimationem rei metu ex- 31
tortae, etiam cum non existit amplius, *l.* 1. *c. de his, quae vi metusve c.* petimus a metum in ferente vel juvante vel conscio et possidente. Nam b. f. possessor de re metu extorta non tenetur, si non existat amplius *l.* 14. §. 5. *quod met. c.* Brunnem. *ad d. l.* Neque vim inferens tenetur rem restituere, si intra tempora, quae judicatis dantur, existere desiit sine ejus dolo vel culpa; sed sufficit tunc triplum *l.* 14. §. 10. *d. t.* Actione in factum praetoria viator vel ve- 32
ctor *a nauta, caupone etc.* repetit res suas, quavis culpa ejus familiaeque non existentes, modo non casu fortuito et vi majore perierint *l.* 3. §. 1. *f. naut. caup.* quod tamen nauta etc. probare debet *l.* 2. *c. de*

naufrag. XI. Struv. *syntagm. exerc.* 8. *th.* 111. vid. Peck. *ad tit. ad rem nautic.* Stypmann. etc. de jur. marit.

33 Quomodo de reliquis rebus, *quae ex quocumque contractu debentur, vel* in *contractum veniunt*, agendum sit, si non existant amplius, ex iis, quae superioribus capitibus de praestationibus damno et periculo rerum non existentium proposuimus, intelligi potest. Cum enim novimus, quid contrahentes in hoc vel isto contractu sibi invicem praestare debeant. simul constat, quod actione ex isto contractu persequi liceat damnum rei non existentis, si id actor ex contractus natura ferre non teneatur, sed veniat in actio-
34 ne. Itaque si dolus culpave pro natura contractus aut pactum de casu praestando intercessit, locus erit actioni ex contractu, licet res non amplius extet aut dari nequeat *l.* 5. §. 1. 2. 3. *commod. l.* 12. §. 3. *depos. l.* 1. *c. commod. l.* 13. *c. de pact.* res ipsa petitur, pretium vero est in condemnatione seu executione. *l. vinum.* 22. *de r. c. l. pen. et ult. ff. de cond. triticiar.* Goedd. *ad l.* 14. *de r. j. n.* 22.

Huc usque academicam consuluisse experientiam suf- 35
ficiat, limatoria ab exercitatiore expectes, *benevol. lector.* Si quid vero in his omissum, aut quod ad tuum non est palatum, reperias, memento, ultra sortem humanae imbecillitatis esse, in nullo penitus aberrare; omnium habere memoriam et omnibus placere. Tandem tibi, Deus immortalis, ter o. m., pro clementissima studiorum meorum benedictione, concessis animi atque corporis viribus et infinitis beneficiis tuis, indignissimo mihi clementissime exhibitis, sit laus, honor et gloria, cujus non est extiturus.

FINIS.

DISPUTATIO TERTIA

DE IMPEDIMENTIS LEGALIBUS.

D. III. APRIL. ANNO MDCLXXXIV.

RESPONDENTE

NICOLAO KRÜGERO, STADA-BREMENSI.

CAPUT I.

De natura impedimentorum legalium.

SUMMARIA

Ingressus. n. 1.
Origo vocis. n. 2.
Impedire idem quod implicare. n. 3.
Postmodum variis rebus applicatum. n. 4.
Impedimenta in exercitu quae dicantur? n. 5.
Legale a lege descendere notissimum. n. 6.
Vox legis in specialissima significatione pro l. 12. *tabb. n.* 7. 8.
Quod secundum leges legitimum dicitur. n. 9.
Applicatur aetati. n. 10.
Nec non haereditati. n. 11.
In sensu strictiori quaenam dicatur? n. 12.
Unde legitima? n. 13.
Quod divortium erat legitimum. n. 14.
Requirebantur verba solemnia. n. 15.
Quae nuptiae sint legitimae? n. 16.
Quae actio dicatur legitima? n. 17.
Nascitur quoque ex conventione seu pacto. n. 18.
Datur et hypotheca legalis. n. 19.
Quae legitima latitudo viae? n. 20.
Etiam de poenis dicitur. n. 21.
Donatio quae legitima? n. 22.
Cessat ratio legis in imperatore. n. 23.
Olim quae donatio legitima. n. 24.
Quaenam dicatur legitima cognatio? n. 25.
Usurae quaenam dictae sint legitimae? n. 26.
Tutela quae legitima? n. 27.
Dies quis dicatur legitimus? n. 28.
Qui pro alio solvere vult huic legitimum tempus indulgendum. n. 29.
Quodnam tempus dicatur legitimum? n. 30.
Quodn. legitim. tempus dicatur tempus luctus. n. 31.
Spatium legitimum quomodo relinquendum? n. 32.
Legitimae praesumptiones quae dicantur? n. 33.
Applicatur haec vox criminibus. n. 34.
Nonnunquam et numerus requiritur legitimus. n. 35.
Definitio impedimenti legalis. n. 36.
Ratio generalis restringitur ex mente legis. n. 37.
Et illa impedimenta legitima dicuntur, quae quamvis expressis verbis legum non comprehendatur, modo adsit eadem ratio. n. 38.
Vocantur Ehehafften. n. 39.
Vox Ehe olim denotavit praeceptum. n. 40.
Hodie sumitur pro foedere nuptiali. n. 41.
Causae Ehehafften idem sunt quod privilegiatae. n. 42.
Germanice Ehehafft vocatur die noth. n. 43.
Legitima impedimenta jure saxonico quomodo vocentur? n. 44.

Cum inter eximias disputationis dotes, loco haud 1
postremo censeatur operis ipsius dispositio ac justus partium ordo, quo fit, ut suo quidvis loco tradatur,

neque quod posteriore debebat, priore collocetur; vel eo cumprimis in praesenti negotio allaborandum erit, ut illa qua fas est methodo, illo ordinis decentis contextu composita, in publico compareat impedimenti
2 legalitas. Cum autem vocabula sint rerum notae ac signa, secundum Baldum *l.* 5. *de injuriis.* non abs re esse opinor primicerio loco, secundum ductum et consuetudinem v terum Jctorum, praecipue Ulpiani *in l.* 1. *pr. ff. de just. et jur. et in l.* 1. §. 1. *ff. de reb. creditis. et in l.* 1. *ff. de pactis.* item Pauli *l.* 1. *pr. ff. de acquir. l. amitt. possession. l.* 1. *ff. de furtis.* Imp. §. 2. *instit. de oblig. quae ex delic. nasc. l.* 1. *ff. de origine juris et omnium magist.* quaedam de voce legalis seu legitimi impedimenti; ejusque varia in jure significatione praemittere. Quod vero ipsius vocis impedimenti explicationem et originem attinet, descendit illa vox a consueto et usitato verbo impedire, quod idem est ac obstare, obesse, quem sensum recipit *in l. Barbarius Philippus.* 3. *ff. de offic. praetor.* ubi de servo fugitivo qui postmodum praetor designatus dicitur, quod nihil ei obstiterit (hoc est non impedimento fuerit) servitus, quo minus illa rata essent, quae decrevisset, dn. Brunnemann. *in comment. ad ff. ad d. l.* 3. *de offic. praetor.* similem sensum habet in *l. et si forte.* 6. *ff. si servitus vindicetur,* ut et apud canonistas obstaculum pro
3 impedimento frequenter usurpatur. Veteribus, impedire idem fuit quod implicare, involvere, *verwirren.* videatur Plaut. *in Mil. act. IV. sc. x.* verbis impedire se in plagas, hoc est in retia illaqueare; Terent. *in Andr.* Viden me tuis consiliis impeditum? Alii vero illum tantum impeditum voluerunt, qui pedes haberet intricatos, ut progredi non posset. Conanus
4 *lib.* 9. *c.* 9. *n.* 8. *et lib.* 9. *c.* 5. Quod vocabulum postmodum variis rebus fuit applicatum et in jure nostro extensum, ut non solum is dicatur impeditus, qui vi aliqua externa coercetur, sed et qui domesticis malis veluti morbo et hisce similibus, imo gravibus occupationibus, et tempestate, utpote vi fluminis, vento etc. impeditus, quo minus ad locum constitutum pervenire posset. *l.* 53. §. 7. *ff. de re judicata. l. quaesitum* 60. *ff. eodem l.* 137. §. 2. *ff. de v. o. l.* 3. *pr. de eo per quem factum erit. l.* 1. §. 4. *all. tit.* Brunn. *in comment. ad ff. lib.* 2. *tit.* 10. *n.* 1. *et* 2. quem sensum
5 et hic recipit. Impedimenta v. in exercitu sunt sarcinae, jumenta, et alia necessaria. *Rust-Wagen, Maeler, Küchen-Geraethe etc.* v. Calvin. *in lexico juridicio in voce impedim.* et dn. Godofred. de Jena *de ratione status dissert.* 4. *conclus.* 111.

6 Legale seu legitimum a lege descendere notissimum est, generalissima v. acceptio legis, qua omne id, quo pro jure utimur, legem appellamus, quo sensu et consuetudines et jura municipalia sub nomine legis com-
7 prehendi possunt. Cicero *lib.* 2. *de ll.* in specialissima vero significatione et per excellentiam, vox legis pro lege 12. tabb. accipitur, forte quod post reges ejectos, secundum nonnullorum opinionem, haec l. 12. tabb. prima fuerit, quamvis vix asserendum, romanos ejectis regibus, (quod contigit circa annum urbis conditae 244. Livius *lib.* 1. Florus *lib.* 1. *c.* 8. Oros. *lib.* 1. *c.* 5.) usque ad annum 300. quo tempore demum legati in Graeciam missi fuerunt, ut leges illinc adferrent: vid. Math. Beroald. *lib.* 4. *chronolog.* et sic per an-
8 nos 56. nullis legibus gubernatos fuisse; sed utut sit, attamen ex communi dd. opinione certum, quod cum legis absolute fiat mentio, id ipsum intelligatur de lege 12. tabb. *l. certo generi* 13. §. 3. *ff. de servit. urb. praed. l. juris gentium* 7. §. *si paciscar.* 14. *ff. de pactis l.* 1. *ff. de curat. furiosorum. l.* 18. *ff. qui testam. fac. poss. l.* 5. *in fine ff. de acquir. l. amittend. haered. l.* 4. §. *si condemnatus l. miles* 6. §. 1. *et l. seq. ff. de re judicata,* ut et in aliis legibus passim id videre licet, quamvis hoc non sit perpetuum, sed pro materia substrata et de alia quam l. 12. tabb. accipiatur, quemadmodum de lege Aelia Sentia interpretanda est *l. si minor. ff. de servis exportandis l. si cui.* 38. §. 1. *ff. ex quibus caus. major. l. siquis integris* 7. *in fine l. fin. in pr. ff. de minoribus.* 25. *annis l. qui libertinus.* 37. §. *si creditori ff. de operis liber. l. prospexit.* 2. *ff. qui et a quibus manumitt. l. quod ex hic* 28. *ff. ad l. Juliam de adult.*

Ex quibus tandem colligimus, non saltem quod ex 9
ll. 12. tabb. sed et omne id, quod lege introductum confirmatum approbatumque est, itemque quod est factum secundum leges, legitimum dici, videatur Barnabas Briss. *lib.* 10. *de verb. signif. verbo hinc legitimo.* Hinc in jure variis rebus applicatur, et primo qui- 10
dem aetati, sic legitima aetas quantum ad contrahendas nuptias in maribus est annus 14. in foeminis vero 12. vid. Desselium *in erotemat. jur. can. lib.* 4. *tit.* 1. *quaest.* 1. quo tempore et dicuntur puberes per *prino. instit. quibus modis tutela finitur.* Pomeresch. *ad h. t. pr.* Struv. *i. r. g. f. lib.* 1. *tit. XXIV. n.* 2. Bernhard. Suthold. *dissert.* 3. §. 36. Schneidewin. *ad lib.* 1. *tit.* 22. *inst. n.* 2. *et* 3.

Porro vox legitima etiam haereditatibus applicatur, 11
sic legitima dicebatur haereditas, quae ll. 12. tabb. deferebatur. *l.* 1. *ff. de haeredit. petit. l.* 2. *ff. famil. herciscund. l.* 3. §. 2. *ff. pro socio l.* 130. *ff. de. verb. signif.* Brunnemann. *in comment. ad l.* 1. *ff. de petit. haeredit. n.* 1. Verum non tantum illa, quae ex ll. 12. tabb. est nomen legitimae haereditatis meretur, sed et illa in jure nostro legitima dicitur, quae ex novis legibus est, *l.* 1. *et* 3. *ff. de petit. haeredit. l.* 7. *ff. de capit. minut. l.* 1. §. *capitis* 8. *ad sctum Tertull. et orfic.* legitima haereditas proprie et in sensu strictiori illa 12
dicitur, quae ab intestato defertur, *l.* 92. §. *ult. ff. de legat.* 1. *l.* 1. *ff. de suis et legitimis haered. l.* 2. §. *legitima* 4. *ff. d. t.* ita dicta, quoniam lex sine facto alicuo hominis eam defert, quamvis et illa haereditas, quae ex testamento defertur, legitima non improprie, latiori tamen sensu dici posset, cum illa *ll.* 12. *tabb.* confirmetur, dum ita constitutum legimus, uti quis rei suae legasset, ita jus esset, *l. verbis.* 120. *ff. de verb. signif. l.* 1. *ff. ad legem falcidiam,* hinc illa por- 13
tio, quae haeredibus legitimis, puta filiis, relinquebatur, etiam dicebatur legitima, quia lex eam immediate transferebat, et germanice dicebatur *das kindliche Pflicht-Theil.*

In divortio legitimae solemnitates requirebantur, 14
unde legitima dicebatur observatio, quae divortio faciendo praefinita, quod divortium si legitimum esse debebat, requirebat certas quasdam solemnitates, utpote ut fieret coram 7. testibus, qui essent cives romani, quique jam ad legitimam aetatem pervenissent, hoc est, qui essent puberes, insuper adhibito liberto, qui libellum repudii vel divortii ferebat *l. nullum divortium.* 9. *ff. de divortiis et repudiis,* hinc poeta:

15 Corrige sarcinulas dixit libertus et exi.
Insuperque requirebat verba solemnia, e. g. quia fidem scelere violasti, et communem amicitiam, res tuas ocius tolle, et alium locum quem pollucas quaere, vel: tuas res tibi habeto, tibi agito, *l. 2. ff. de divortiis l. 9. d. t.* vid. Brisson. *liber singularis, de adulteriis*, et haec erat legitima illa observatio seu legitimus ille actus, de quo *in l. si ex lege repudium 43. ff. de don. inter virum et uxorem*, a quo actu legitimo qui recedebat, nihil agebat, cum illegitimum repudium non dissolveret nuptias, et idem sit, non dissolvere nuptias vel illegitime dissolvere. Imo et judaeos quondam solemnes repudiandi formulas habuisse, a quibus qui recederet, nihil ageret, auctores passim
16 testantur. Uti autem ad matrimonium dissolvendum requirebantur quaedam legitima requisita, ita et multo magis requisita legalia ad constituendum matrimonium requiruntur, hinc legitimae nuptiae dicuntur quae natura lege vel canone non prohibente contrahuntur, dicuntur autem legitimae, ad differentiam concubinatus, fornicationis, stupri, adulterii et vagarum libidinum, quae sunt contra leges. De quibus nuptiarum requisitis videri poterit Schneidew. *ad instit. lib. 1. tit. 10. part. 2. n. 29. pag.* 26. Joh. Cöppen. *in usu pract. instit. imperial. lib. 1. obs. 29. n. 1. et seqq.*

17 Vox legitima etiam actionibus attribuitur, unde legitimae actiones vocantur, quae legibus proditae et ex jure civili descendunt, §. *sed istae instit. de action. l. 1. l. 11. l. 15. de praescriptis verbis et in factum action. et l. 22. §. ult. ff. de aqua pluvia arcenda*, ubi si usufructuarius opus quoddam fecerit, per quod alicui aqua noceat, datur actio legitima adversus dominum proprietatis. Caeterum cum in usu juris eo nomine etiam significetur, quod est ex aliqua parte juris, quae legis vim habet *l. 6. ff. de pactis, l. 7. de*
18 *capite minutis l. 2. §. ult. ff. unde legitimi*, sic ex legitima conventione vel pacto actio legitima nascitur, quoties scil. lege vel senatus consulto aliquo sustinetur, per *l. legitima conventio 6. ff. de pactis*, uti exemplum talis pacti legitimi reperitur in promissione dotis per *l. 6. cod. de dotis promissione*, Anton. Perez. *in praelect. ad cod. lib. 5. tit. 13. de rei uxor. act. n. 5*

19 Deinde et hypothecis applicatur, unde hypotheca legalis, *ein stillschweigend Unterpfandt*, quam lex sine facto aliquo hominis concedit, ex quo etiam consequitur, non esse admittendam tacitam hypothecam, nisi ubi lex vel statutum eam expresse inducit, Berlich. *part. 1. conclus. 69.* quam legalem hypothecam non solum habet maritus, in bonis dotem promittentis, *l. 6. cod. de dotis promissione l. unica cod. de rei uxor. act.* Sed et ipsa uxor in omnibus mariti bonis cum jure praelationis, ita ut omnibus aliis creditoribus, etiamsi expressam anteriorem hypothecam habeant, praeferatur, *per l. assiduis 12. cod. qui pot. in pign. nov. 97. c. 3. et 4. nov. 109. c. 1. l. 30. cod. de jur. dot. §. fuerat. 29. instit. de atc.* Dn. Stryk. *in annotat. ad instit. lib. 4. tit. 6. §. 29.* Perez. *in praelect. ad cod. lib. 5. tit 13. n. 2.* et ita in supremo Spirae judicio pronunciatum testatur, Mynsing. *obs. singul. cent. 4. obs. 13.* et ita quoque in Marchia practicari dicit Pruckmann. *vol. 1. cons. 47. n. 110.* Du. Praes. *d. l.* Brunn. *in concursu creditorum. c. 5. §. 27.*

Porro vox legitima applicatur latitudini, sic secun- 20
dum l. 12. tabb. legitima viae latitudo est, quae habet in porrectum octo et in anfractu sedecim pedes, *l. 13. §. latitudo ff. d. servit. rustic. l. 8. eod. l. 6. §. nec video ff. quemadmodum servitus amittatur.*

Deinde haec vox et tribuitur poenis, sic et legiti- 21
ma dicitur poena, quae furto imponitur *l. si pro fure 7. §. furti 1. ff. de condict. furtiva l. 9. cod. de furtis*, sic et illa poena dicebatur legitima, quae ex lege Rhemnia calumniatoribus irrogabatur, *l. 1. §. 3. ad sctum Turpill.*

Non raro quoque et donationibus attribuitur, sic 22
legitima donatio est inter principem et Augustam, Illustr. dn. Rhet. *instit. jur. publ. lib. 2. tit. 31. §. 5.* Gail. *lib. 2. observ. 38. n. 17.* Myler. ab Ehrenbach. *de princip et statibus imperii part. 1. c. 27. §. 3.* Contractus enim principum vim legis habent, scilicet quod non extrinseco adjumento indigeant, sed propriam majestatem habeant, *l. donationes 26. cod. de donat. inter. vir. et uxor. l. 7. cod. de bonis quae liber.* Cum 23
et hic cesset vulgaris ratio, imperator enim semper proceres in comitatu suo videtur habere, ergo nihil praesumitur occulte et fraudulenter fieri, *l. omnium* 24
19. cod. de testam. Olim legitima donatio erat, summa quae non excedebat 200. solidos, quae valebat sine insinuatione, postea imperator constituit, ut illa donatio, quae non excederet 300. solidos, esset legitima, nec opus haberet insinuatione, vid. *l. sancimus 34. cod. de donat.* et Perez. *in praelect. ad cod. d. t.* postmodum vero imperator eam summam auxit ad 500. solidos per *l. siquis. cod. de donat.* Brunnemann. *in comment. ad l. 36. cod. de donat.* Perez. *d. l. n. 29.*

Nonnunquam et cognationibus applicatur, sic legiti- 25
mae cognationes sunt, quae agnatorum jus habent, *l. si qua mihi uxor. §. 4. ff. de ritu nuptiarum §. ult. instit. de capite deminut.* et sic agnationis jus non habebant, nisi qui erant ejusdem familiae *l. 23. ff. de adoptionibus.* Modestinus legitimam cognationem seu civilem interpretatur, quae per adoptionem contingit *l. non contingit 4, §. cognationis 2. ff. de gradibus et affinibus.*

Usus hujus vocis etiam in materia usurarum obti- 26
net, sic legitimae usurae sunt centesimae, quae et maximae et gravissimae nominantur, et dictae sunt legitimae per excellentiam, quod supra his aliae legitimae non dentur. *l. ult. cod. de usur. rei jud. l. lecta. ff. si certum petatur l. tutor, qui repertorium 7. §. 7. ff. de administr. et peric. tutor.* vid. Godofredus *in notis ad l. 26. cod. de usuris* Gudelinus *de jure novissimo. lib. 3. cap. 3.* Struv. *ad tit. de nautico foenore th. 73.* Verum alium legitimum usurarum modum postmodum imperator Justinianus alia lege lata constituit, *l. eos 26. cod. de usuris.* Du. Brunn. *in comment. ad d. l. 26. c. de usuris n. 6. 7. et seqq.*

In materia tutelari et hujus vocis maximus usus, 27
unde et nonnullorum tutela dicitur legitima, quamvis autem omnis quidem tutela legitima sit, tamen altera magis quam altera hoc nomen meretur, et tutela legitima est, quae non ex hominis dispositione, sed immediate ex sola lege dependet, et ubi certae personae vocantur ad tutelam absque testatoris vel judicis auctoritate, et hoc est, quod dicitur in *lege legitimos 5. ff. de legit. tutor.* legitimos tutores nemo dat, sed ipsa lex eos constituit, *l. 1. 3. 5. ff. de legitimis tutor.* per

legem autem excellentiae causa *ll.* 12. *tabb.* intelligunt.

28 Porro vox legitima et applicatur diebus, sic legitimi dies dicebantur, quas nunc dilationes et terminos appellamus, et sunt illi dies, qui in lege permittuntur partibus ad consequendum jus suum, Germ. vocantur *ordentliche Zeit zu Gerichts-Haendeln*, sic legitimi dies citationis simplicis debent continere spacium non minus decem dierum, *per l.* 96. *ff. de judiciis*, sic legitimi sunt dies, qui praefixi sunt appellationi, erat autem de jure veteri biduum in propria causa, triduum autem in ea causa, quam quis ut procurator vel tutor, vel curator aut defensor alterius ventilasset, *l.* 1. §. *in proprio* 11. *ff. quand. appell. sit. l.* 20. *ff. de appell. l. eos.* 6. §. *fin. autem* 5. *cod. de appellat.* Gudelinus *de jure novissimo lib.* 4. *c.* 14. §. *Redeo p. m.* 239. quod vero postea per Justinianum abrogatum, qui loco bidui aut tridui, nullo discrimine adhibito, propria ne sit causa vel aliena, constituit spacium non minus 10. dierum, a tempore recitationis sententiae numerandum, *nov.* 23. *c.* 1. *et auth. hodie autem cod. dict. tit. de appellat.* qui dies tamquam legitimi et in Saxonia in processu leuterationis observantur, adeo ut nullus prorogationi locus sit, Berlich. *part.* 1. *con-*
29 *clus.* 58. *n.* 105. Sic quando quis constituit se pro alio soluturum, legitimum tempus erunt 10. dies. *l. promissor.* 21. *ff. de constit. pecun.*

30 Frequentissime quoque haec vox tempori applicatur, sic legitimum tempus amittendi servitutem habetur *in l. quoties.* 13. *ff. quemadmodum servit. amittatur.* Conf. *l.* 13. *cod. de servit.* et dn. Brunnemann *in comment. ad ff. ad d. l. quoties;* legitimum tempus usucapiendi rem donatam, habetur *in l. si inter extraneos* 24. *ff. de donat. inter virum et uxor.* Legitimum quoque tempus est, quod l. 12. tabb. usucapioni praefinivit, *l.* 3. *de usurp. et usucap.* At vero *in l.* 3. *de usuris et l.* 4. §. *si quis condemnat. ff. de re jud. et l.* 1. *c. de usur. rei. jud.* legitimum tempus dicitur, quod condemnatis ad solvendum l. 12. tabb. datur. Dos quoque legitimo tempore debet restitui, *l.* 24. §. *sin autem mariti. ff. solut. matrim. l.* 7. §. *adeo ff. de pactis.* Simili fere modo legitimum tempus in legibus statutum ad restitutionem in integrum petendam, *l.* 19. *ff. de minoribus l.* 1. *cod. si minor. se major. l.* 8. *l.* 10. *l.* 11. *ff. de his, qui not. infamia l.* 2. §. 1.
31 *cod. de secund. nupt.* Sic et legitimum tempus dicitur tempus luctus, quod injungitur sub poena gravissima foeminis, ita ut si intra illud tempus nubant, infamiae macula aspergantur. *novell.* 22. *c.* 22. Brunn. *ad paratit. Wesenb. lib.* 3. *tit.* 2. *quaest.* 11.

32 Leges nonnunquam et spacium requirunt legitimum, hinc, qui habet aream a servitute liberam, ille pro lubitu aedificare poterit in area, modo spacium legitimum relinquat, vid. *l.* 14. *ff. de servit. urb. praed.* Sic qui vult aedificare juxta aedes publicas vel sacras, ille debet relinquere legitimum spacium quindecim pedum, quod erit inter aedes suas et publicas, *l.* 9. *cod. de aedificiis* Ant. Perez. *in praelect. ad cod. lib.* 8. *tit.* 10. *n.* 5. Juxta aedes privatas qui aedificaturus, relinquere debet legitimum spacium, puta 17. pedes a parte ima aedificii usque ad summam, *l.* 12. §. 2. *cod. de aedific. privat.* sic et moenia licite extruuntur, si modo invicem opposita habeant inter se spacium 10. pedum liberi aeris, *l.*

moenia 11. *cod. de aedif. privat.* Perez. *all. loco n.* 5. si vero opposita sint publicis aedificiis, ab iis distent 15. pedes, sed haec ab usu recessisse testatur Gail. et alii dd. passim.

Deinde vox legitima applicatur praesumptionibus, 33
legitima namque praesumptio est, quando ex beneficio aliquo legis non tantum praesumit, sed etiam ob praesumptionem suam disponit, vel condemnat, et haec praesumptio alias quoque dicitur juris et de jure, quae nullam admittit probationem in contrarium: quod tamen de probationibus ordinariis intelligendum, aliud vero, si ex probatione adversarii constet contrarium, aut contrarium sit notorium, vel ipsa adsit rei evidentia per ocularem inspectionem. *l. antiquae* 23. *cod. ad sctum vellejanum l. fin. cod. ad sctum macedon. l. fin. cod. de arbitr. tutelae.* Struv. *exercit.* 28. *th.* 19. Zoes. *ad tit. ff. de probat. et praesumpt. th.* 16.

Deinde et haec vox applicatur criminibus, sic le- 34
gitima crimina, de quibus lege aliqua quaestio constituta est, vel quae lege aliqua vindicantur. *l.* 3. §. *poenae* 2. *ff. stellionat.*

Denique et numerus nonnunquam requiritur le- 35
gitimus, sic quae decreta non legitimo numero decurionum coacto facta sunt, ut in quibus non consentit major pars (scilicet duae partes) sunt illegitima, *l. illa de certa* 2. *lege* 3. *de decret. ab ordin faciend. arg. l.* 39. *ff. de re judic. l.* 8. *cod. de legibus.* Brunn. *in comment. ad dict. l.* 12. *ff. de decretis.*

Cum ex antea dictis appareat, quam variis rebus 36
vox legitima in jure nostro applicetur, ad ipsam legalis impedimenti definitionem jam properandum; definitionem quod attinet, *legale seu legitimum impedimentum est justa causa, alicui obstaculum creans, quo minus quod ipsi faciendum incumbebat, praestare possit:* quod ipsum ex ipsius vocis legitimi derivatione satis appareat, cum a lege descendat, uti antea dictum; et denotat *was gesetzlich, ordentlich oder nach dem Gesetze ist,* cum autem non omnes casus possint legibus et senatus consultis comprehendi sic ad similia procedendum, praecipue, si cum hisce talibus ratio legis quadret, *l.* 10. *l.* 13. *ff. de ll.* vid. Brunnemann. *in comment. ad dict. l.* 10. *ff. de legibus*, cum semper legis mens magis sit attendenda, quam verba; cum scire leges non sit verba tenere, sed vim et potestatem nosse *l.* 17. *ff. de ll. l. non aliter* 69. *ff. de legat.* 3. *l. nominibus et rei* 6. §. *verbum ex legibus ff. de verb. significat.* et ratio generalis legis restringitur ex mente legis, 37
Surdus *decis.* 9. *n.* 13. non enim quid dixerit, sed quid intellexerit legislator animadvertendum est, *arg. l. in condit.* 19. *ff. de condit. et demonst. l.* 2. §. *conditio ff. de adim. legat.* Carpzov. *part.* 3. *constit.* 3. *definit.* 16. *n.* 12. Hinc et illa impedimenta legi- 38
tima dici possunt, ubi eadem est ratio, quamvis nominatim verbis legum non sint comprehensa; legem quaerere, ubi est ratio naturalis, est infirmitas intellectus, Surd. *de aliment. tit.* 1. *quaest.* 45. *n.* 58. cum et naturalis ratio vim et robur legis habeat, imo et allegari possit pro lege, *l. cum ratio* 7. *ff. de bonis damnat. l. scire oportet* 13. §. *sufficit* 6. *ff. de excusat. tutor.* Sic inter legitima impedimenta etiam recensentur, *die Ergiessung der Waesser, grosse*

naufrag. XI. Struv. *syntagm. exerc.* 8. *th.* 111. vid. Peck. *ad tit. ad rem nautic.* Stypmann. etc. de jur. marit.

33 Quomodo de reliquis rebus, *quae ex quocumque contractu debentur, vel* in *contractum veniunt*, agendum sit, si non existant amplius, ex iis, quae superioribus capitibus de praestationibus damno et periculo rerum non existentium proposuimus, intelligi potest. Cum enim novimus, quid contrahentes in hoc vel isto contractu sibi invicem praestare debeant, simul constat, quod actione ex isto contractu persequi liceat damnum rei non existentis, si id actor ex contractus natura ferre non teneatur, sed veniat in actio-
34 ne. Itaque si dolus culpave pro natura contractus aut pactum de casu praestando intercessit, locus erit actioni ex contractu, licet res non amplius extet aut dari nequeat *l.* 5. §. 1. 2. 3. *commod. l.* 12. §. 3. *depos. l.* 1. *c. commod. l.* 13. *c. de pact.* res ipsa petitur, pretium vero est in condemnatione seu executione. *l. vinum.* 22. *de r. c. l. pen. et ult. ff. de cond. triticiar.* Goedd. *ad l.* 14. *de r. j. n.* 22.

Huc usque academicam consuluisse experientiam suf- 35
ficiat, limatoria ab exercitatiore expectes, *benevol. lector.* Si quid vero in his omissum, aut quod ad tuum non est palatum, reperias, memento, ultra sortem humanae imbecillitatis esse, in nullo penitus aberrare; omnium habere memoriam et omnibus placere. Tandem tibi, Deus immortalis, ter o. m., pro clementissima studiorum meorum benedictione, concessis animi atque corporis viribus et infinitis beneficiis tuis, indignissimo mihi clementissime exhibitis, sit laus, honor et gloria, cujus non est extiturus.

FINIS.

DISPUTATIO TERTIA

DE IMPEDIMENTIS LEGALIBUS.

D. III. APRIL. ANNO MDCLXXXIV.

RESPONDENTE

NICOLAO KRÜGERO, STADA-BREMENSI.

CAPUT I.

De natura impedimentorum legalium.

SUMMARIA

Ingressus. n. 1.
Origo vocis. n. 2.
Impedire idem quod implicare. n. 3.
Postmodum variis rebus applicatum. n. 4.
Impedimenta in exercitu quae dicantur? n. 5.
Legale a lege descendere notissimum. n. 6.
Vox legis in specialissima significatione pro l. 12. *tabb. n.* 7. 8.
Quod secundum leges legitimum dicitur. n. 9.
Applicatur aetati. n. 10.
Nec non haereditati. n. 11.
In sensu strictiori quaenam dicatur? n. 12.
Unde legitima? n. 13.
Quod divortium erat legitimum. n. 14.
Requirebantur verba solemnia. n. 15.
Quae nuptiae sint legitimae? n. 16.
Quae actio dicatur legitima? n. 17.
Nascitur quoque ex conventione seu pacto. n. 18.
Datur et hypotheca legalis. n. 19.
Quae legitima latitudo viae? n. 20.
Etiam de poenis dicitur. n. 21.
Donatio quae legitima? n. 22.
Cessat ratio legis in imperatore. n. 23.
Olim quae donatio legitima. n. 24.
Quaenam dicatur legitima cognatio? n. 25.
Usurae quaenam dictae sint legitimae? n. 26.
Tutela quae legitima? n. 27.
Dies quis dicatur legitimus? n. 28.
Qui pro alio solvere vult huic legitimum tempus indulgendum. n. 29.
Quodnam tempus dicatur legitimum? n. 30.
Quodn. legitim. tempus dicatur tempus luctus. n. 31.
Spatium legitimum quomodo relinquendum? n. 32.
Legitimae praesumptiones quae dicantur? n. 33.
Applicatur haec vox criminibus. n. 34.
Nonnunquam et numerus requiritur legitimus. n. 35.
Definitio impedimenti legalis. n. 36.
Ratio generalis restringitur ex mente legis. n. 37.
Et illa impedimenta legitima dicuntur, quae quamvis expressis verbis legum non comprehendatur, modo adsit eadem ratio. n. 38.
Vocantur Ehehafften. n. 39.
Vox Ehe olim denotavit praeceptum. n. 40.
Hodie sumitur pro foedere nuptiali. n. 41.
Causae Ehehafften idem sunt quod privilegiatae. n. 42.
Germanice Ehehafft vocatur die noth. n. 43.
Legitimo impedimenta jure saxonico quomodo vocentur? n. 44.

Cum inter eximias disputationis dotes, loco haud 1
postremo censeatur operis ipsius dispositio ac justus partium ordo, quo fit, ut suo quidvis loco tradatur,

Mors impedit. n. 78.
Conditio nil ponit inesse. n. 79. 80.
Impedimentum ex ratione status n. 81. 82.
Dies nuptiis destinatus impedit citationem. n. 83.

1 Postquam ea perlustravimus, quae in genere de impedimento legali praemittenda erant: jam ad speciaiora deveniendum, et quidem praeprimis de variis speciebus impedimentorum legalium dicendum erit. 2 Primum autem impedimentum praebet morbus, Carpzov. *tit.* 8. *art.* 2. *n.* 41. Zanger. *de exception. part.* 2. *c.* 9. *n.* 13. *l. contumacia* 53. §. *poenam* 2. *l. quaesitum* 60. *ff. de re judicat.* Speckhan. *cent.* 1. *quaest.* 59. *n.* 51. Langius *in processu cap.* 40. *n.* 3 66. Non omnis sed sonticus tantum; dicitur autem morbus sonticus quasi sons, hoc est nocens, eo quod plurimum noceat, et dicitur morbus gravis et magni momenti, qui hominem manifesto exponit periculo vid. Paul. Zachias *in quaest. medic. legal. lib.* 2. *tit.* 3. 4 *quaest.* 4. *n.* 6. *et* 7. Definitur vero morbus, quod sit habitus contra naturam, qui usum ejus ad id fecit deteriorem, cujus causa natura ejus corporis sanitatem nobis dedit; quam definitionem habet Ulpianus in *leg. labeo* 1. §. *sed sciendum* 7. *ff. de aedilitio edicto.* Conf. dn: Brunnem. *in comment. ad d. l.* 1. *n.* 5 5. hac tamen multo breviorem afferunt Medici ut Gal. *lib.* 1. *de sanit. tuenda c.* 8. *class.* 2. *et in methodo medendi classe* 7. Zachias *in quaest. medico legal. lib.* 1. *quaest.* 9. *n.* 75. quae talis est, quod morbus sit affectio praeter naturam, actionem laedens, quo usque enim talis effectus actionem non laeserit, morbus dici 6 non poterit. Gal. *in method. medendi d. l.* hinc colligere licet, quoties actionem non laeserit; morbum pro impedimento legali haberi non posse, cum jure consulti morbum hunc tantum sonticum appellent, qui vim graviter nocendi habet, *l. quaesitum* 60. *ff. d. re judicata. l. morbus* 113. *ff. de verb. signif. l. animi* 65. §. *quotiens* 1. *ff. de aedilitio edicto l. ob* 7 *quae vitia* 4. §. *idem ait.* 6. *ff. d. t.* Levis ergo febricula, quae jam sperni potest, et quae non magnae considerationis est, pro legali impedimento non reputatur, dicit *l. quaesitum* 60. *ff. de re judicata et l.* 4. §. *fin. ff. de aedilitio edicto* praecipue si talis, ut vix hominem a consuetis muniis obeundis impediat, si vero ita se habeat febris, ut vim graviter nocendi habeat, et certo quasi tramite hominem ad interitum ducere velle videatur, pro legali impedimento utique reputatur.

8 Verum morbus non solum proprius impedimentum praestat, sed et morbus conjugis et liberorum, Damhouder *in praxi crim. c.* 25. *n.* 18. Carpz. *in process. juris tit.* 8. *art.* 2. *n.* 47. Zobel. *part.* 1. *differ.* 17. *n.* 2. Zanger. *de except. part.* 2. *cap.* 9. *n.* 13. Carpz. *j. f. r. s. part.* 1. *constit.* 9. *def.* 8. Christoph. Lang. *in processu juris civil. et saxon. c.* 40. *n.* 66. 67. 9 Hi enim sunt quasi pars corporis mariti et patris, eamdemque curam ipsi pariunt ejusque animum reddunt anxium; sic in re non magni praejudicii volunt 10 sufficere aliqualem causam. Nonnunquam et impedimentum legitimum praestat morbus advocati, Marant. *in speculo suo part.* 6. *tit. de contumacia n.* 2. *et seqq.* Zanger. *de except. part.* 2. *c.* 9. *n.* 13. Carpz. *j. f. r. s. part.* 1. *const.* 9. *def.* 9. *et in processu tit.* 7. *artic.* 2. *n.* 48. Menoch. *lib. de arbitr. judic. quaest. cent.* 2. *cas.* 153. Langius *in processu cap.* 40. *n.* 71. Quod 11 tamen cum aliquo temperamento intelligendum, si reus de facili alium advocatum vel procuratorem habere non potuit, si enim potuisset alium advocatum habere et illum interea in sua causa informare, impedimentum non allegare posset, Bart. *in l. idemque erit dicend.* 16. *ff. pro socio n.* 16. Jos. Masc. *de prob. vol.* 1. *concl.* 468. *n.* 26. Langius *in processu c.* 40. *n.* 71. Alius enim morbus advocati eamdem reo praebet excusationem, quam si in propria persona impedimentum hoc contigisset.

Infirmitates, praecipue si magnae sint, inter im- 12 pedimenta referri poterunt, cum sint species quasi morborum. Et haec infirmitas interdum gravis interdum levis, relative sc. ad vires ipsius aegrotantis, sic morbi nonnulli contemnendi; ubi hominem validis viribus dotatum offenderunt, graves evadunt et periculosi, si hominem imbecillum offendant, magnamque virium jacturam secum trahunt. Paul. Zachias *in quaest. medico legal. lib.* 2. *tit.* 3. *quaest.* 4. *n.* 22. Apoplexia 13 correptus impedimentum habet quo minus se sistat, praecipue si apoplexia non levis sed fortis sit, cum experientia testetur, tales homines utplurimum infatuari et extra mentem ire, imo et memoria deficere etiam cum jam restituti, extra omnem enim dubitationis aleam positum est, ipsos non tam cito ad priorem mentis vigorem redire, sed extra se positos, saltem per aliquot rationabile temporis spatium permanere, hinc et illud tempus, quo etiam morbus videtur cessare, impedimentum praestat. Simile impedi- 14 mentum est in illis, qui epilepsia laborant, describunt autem epilepsiam, quod sit totius corporis convulsio cum mentis et sensuum ablatione. Paul. Zach. *quaest. med. legal. lib.* 2. *tit.* 1. *qu.* 14. *n.* 16. ibique allegatum Galenum. 3. *de loco affect. cap.* 7. *class.* 4. Hic morbus si gravis sit et frequenter accidat, pro 15 impedimento legitimo reputatur, ita ut compelli non possit, ut coram judicio se sistat, accidere enim solet saepissime ut per nimiam iracundiam in hunc morbum incidant, unde si sciant hunc morbum frequenter accidere, sibi de procuratore prospicere debent, si excusari velint, alias secus.

Senectus autem seu senium cum sit quaedam infir- 16 mitas, et morbus quasi perpetuus, nonnunquam pro legali impedimento reputatur, praecipue si decrepita, ita ut in persona comparere necessum non habeat, sed mittendo procuratorem satisfecisse citationi etiam personali videtur. Senex autem decrepitus quis dici de- 17 beat, non ex numero annorum sed viribus mensurandum, Galen. *lib.* 6. *de senect. tuend. cap.* 2. non o- 18 mnes enim eodem annorum numero possunt dici senes, senes enim et decrepiti, uti dictum, ex virium constantia aut imbecillitate dicuntur, quae non in quibuslibet personis pariter vigent aut deficiunt, idcirco id ipsum arbitrio judicis relinquendum, an pro impedimento legali aestimare senectutem velit nec ne, Menoch. *de arbitr. judic. quaest. lib.* 1. *quaest.* 6. *per tot.* nisi vir sit adeo dejectis viribus, ut abs alia ponderatione se talem esse prodat, et illi adaptari haec conditio possit, nempe quod senio sit confectus.

Impedimentum quoque legale praebet captivitas, 19 Joh. Zanger. *de except. part.* 2. *c.* 9. *n.* 13. Mynsinger. *centur.* 4. *observ.* 57. Langius. *in processu c.* 40. *n.* 67. Carpzov. *j. f. r. s. part.* 1. *constit.* 9. *def.* 7. Beust.

de juramentis fol. 23. *n.* 92. idem *pag.* 221. *n.* 7. Wehner. *in observat. pract. pag.* 85. 86. 87. Rudingerus *in observat. cent.* 2. *observat.* 10. nihil interest, an a latronibus an ab hoste captus fuerit, etiamsi illius culpa praecesserit, ut si quis perreptans castra hostium captus fuerit; aut propter delictum in loco
21 domicilii incarceratus. Et quod de carcere dicitur, idem et de arresto personali intelligendum, arresto enim personali si quis detinetur, impedimentum allegare poterit, argum. *l.* 28. §. 1. *ff. ex quibus causis major.* Brunnemann. *in commentario cod. d. l.* 2. *quibus ex causis majores. n.* 6.

22 Violenta quoque detentio idem operatur etiamsi a privato fiat, de violentia autem constare debet, si pro impedimento legali id reputari debeat, si enim reus volens pateretur se detineri, forte quod alter ob amicitiam reum proficiscentem hospitio exciperet, et fessum refoveret, interim vero judicii dies existeret, impedimentum legale non praestaret.

23 Absentia autem reipublicae causa legitimum praestat impedimentum, haec enim absentia vocatur laudabilis et necessaria, Joh. Zanger. *tr. de exception. part.* 2. *c.* 9. *n.* 13. Brunnem. *ad paratit. Wesenbecii tit. ex quibus causis major. quaest.* 3. *et* 4. Quale impedimentum
24 et habet legatus a principe missus. Dubitant autem nonnulli, an legati vel potius deputati, qui a civitate municipali vel castro aut villa mittuntur, impedimentum legitimum allegare possint, ita ut reipublicae causa abesse dicantur, et illis aeque succurratur quam legatis a principe missis, et volunt, iis ex constitutionibus principum succurri, tamquam de quibus edictum praetoris locutum non fuisset, *l. legatis* 8. *ff. ex quibus*
25 *causis major.* et Brunnem. *in comment. ad d. l.* Notant enim nonnulli, reipublicae vocabulum in potentiori significatu de republica intelligi, *arg. l. eum qui* 16. *ff. de verb. signif.* Gloss. *in lege sed etsi per praetorem* 26. §. *ult. in verbis non absit ff. ex quibus causis major.* verum *ex lege* 35. *et* §. 7. *et* 8. *d. t.* satis apparet, quod ille, qui municipii causa profectus est, reipublicae causa absit, per illamque absentiam impe-
26 dimentum allegare valeat; postquam enim constitutiones succurri legatis etiam municipiorum voluerunt, simul quoque edictum hoc ad eos et alios id genus patriae suae causa absentes porrectum fuit, quorsum et referuntur qui romae extra patriam negotium reipublicae tractant, *l.* 35. §. 7. *ff. ex quibus causis major.* huc et illud referendum, quod dicitur in *l.* 35. §. 1. *d. t.* de his qui mittuntur ut gratulentur principi, forte ob victoriam et adeptum imperium, vid.
27 *l.* 1. *cod. ex quib. caus. maj.* sed videtur, quod hic non necessum fuerit constitutione principum, cum his ex clausula generali paratum sit remedium *l.* 26. §. *ult. d. l.* sed hoc non obstante longe melius et tutius est habere speciale privilegium, quam beneficio generali uti *c. quia diversitatem* 8. *ibi non obstante confirmatione a sede apostolica sub forma communi obtenta de concess. praeb.* Rosenthal. *de feud. c.* 8. *concl.* 86. *n.* 1. Georgius Mundius. *de muner. et oner. c.* 6. *n.* 699.

28 Legatio libera impedimentum non praestat, olim enim moris fuit et frequenter agitatum, ut illi qui ad privata negotia suscipienda iter facere necessum haberent, quo majori cum dignitate abessent, titulum legati [illegible]erent, quae legatio dicebatur libera, vid. *l. qui libera* 14. *ff. de legationibus*, illa autem absentia legitimum impedimentum non praestabat, cum esset affectata, ergo non simili favore digni, quam illi qui reipublicae causa absunt, [illegible]m hic cesset causa finalis; ideoque saltem gaudent privilegio privati cujusdam 29
absentis, cum impedimentum affectatum non sit impedimentum. Hillig. *in Donell. lib.* 21. *c.* 5. *lit. g.* Tiraq. *de retr. consang.* §. 35. Sanchez. *de matrimonio lib.* 3. *disp.* 39. *n.* 6. Oddus *de restitut. p.* 1. *quaest.* 27.

Militia quoque legitimum impedimentum praebet. 30
Miles enim ex causa necessaria et probabili abest, imo quam maxime reipublicae causa abesse dicitur, *l. ab hostibus* 15. §. 2. *ff. ex quibus causis major. l. ex* 31
miles 34. *et l.* 35. §. *ult. d. l.* Ant. Perez. *in praelect. ad cod. lib.* 11. *tit. si n.* 3. hinc si interea temporis damnum sensit, ut puta si quid de bonis ejus usucaptum vel possessum vel diminutum, eandem tam necessitas quam justa absentia a culpa dissidiae (in cujus poenam usucapionum jura inventa) excusabunt merito et hic impedimentum legale allegare valebit, et sic rescissa usucapione in integrum restituendus *l.* 2. *l.* 3. *cod. de restit. milit.*

Omnino singulare est, quod milites etiam urbanici 32
impedimentum allegare possint, gaudeantque beneficio restitutionis, *l.* 53. §. 4. *ff. ex quibus causis major.* Brunnem. *in comment. ff. ad d. l.* 53. Nec non mi- 33
lites praetoriani, qui Romae militant impediti esse dicantur, cum tamen magistratus urbanici ad edictum non pertineant, qui Romae administrant, *l.* 5. §. 1. *ff. ex quibus causis major et ibi* Brunnem. *in comment. ad d. l. n.* 3. Ratio hujus impedimenti videtur 34
esse, quod hi rebus suis plane superesse non possint, cum nullam certam subsistendi spem habeant, sed semper ad abeundum sint parati, aut sane paratos esse oporteat, si enim alio proficisci jubentur, parere necessum habent, nec enim ibi quis esse intelligitur, ubi tantum ad tempus vel casu reperitur, Oddus *de restitut. p.* 1. *quaest.* 6. *artic.* 4. Hilliger. *ad Donellum lib.* 21 *c.* 8. *lit. I.* accedit et hoc, quod cum solam armorum curam eos gerere oporteat, minus videntur posse curare sua negotia, facit et hic ratio generalis, quod milites a signis suis discedere non possint, *l. penult. ff. ex quibus causis major.*

Impeditus et dicitur paganus qui magistratus jussu 35
in expeditione est, licet in numeros relatus nondum fuerit. Militia enim olim erat necessaria, ita ut qui non respondebat ad delectum, ut proditor libertatis in servitutem redigebatur, ut et qui filium militiae subtrahebat exilio et bonorum parte mulctabatur, *l.* 4. §. 10. *et* 11. *ff. de re milit.* et hoc ob singularem favorem militiae et commodum inde in rempublicam redundans. Ex quo est, quod nec hodie pater filium, 36
si volens nomen addixit militiae, revocare, nec interdicto de liberis exhibendis uti possit; quia filius utilem rem reipublicae praestat. Quod tamen limi- 37
tandum puto, si pater jam magnos sumptus in filium impenderit, et ille ad studia aptus sit. Sic enim pater filium non subtrahit reipublicae, sed in eo occupatus est, quo majorem aperam reipublicae navare possit, cum reipublicae salus aeque in armis quam legibus consistat, Imper. *in prooemio instit. in princ. arg. l.* 14. *cod. de advocatis diversorum judiciorum.* Aliud autem dicendum, si filius stupidus esset, aut

concurrat malitia, ut literis penitus operam dare nolit, vel si pater ideo revocet filium, ut eum ad civilia negotia applicare possit; *der Sohn soll ein Handwerck lernen*, tunc cessat interdictum, quia salus publica praeferenda saluti privatae.

38 Impendit et peregrinatio, Jacob Schultz in addit. ad Matth. Coler. *part.* 1. *decis.* 104. *n.* 33. Beust. *de juramentis folio* 23. *n.* 92. *et folio* 221. *n.* 7. Carpzov. *j. f. r. s. part.* 1. *constit.* 9. *def.* 7. *et in processu*
39 *tit.* 8. *artic.* 2. *n.* 41. Hinc studiorum gratia qui peregrinatur, impeditus esse censetur, quia ex causa probabili abest, *l.* 27. *ff. ex quibus causis major.* accedit et hoc, quod illorum causa sit l. v. summe favorabilis et multa privilegia ipsis sint concessa, praecipue a Friderico imperatore *in authent. habita. c. ne filius*
40 *pro patre.* Si quis et iter extra fines terrae susceperit pietatis causa: *Wann einer Wallfahrten ausser dem lande angestellet*, hoc ipso impedimento est, quo minus interea temporis actio contra ipsum institui possit. Mercatores quoq; licet sui commodi et lucri causa
41 absint, si ad nundinas vadunt, et interim indefensi fuerunt, restituuntur ex clausula generali *l.* 28. *ff. ex quibus causis major.*

42 Impedit et non raro bellorum motus et hostilitas, Carpzov. *in processu tit.* 8. *art.* 2. Langius *in processu c.* 40. *n.* 71. *in infine.* praecipue si vel in illo loco sit, ubi comparere debent, vel si per castra hostium et alia loca periculosa, ubi facillimo negotio damnum incurrere possit, ipsi transeundum sit, vid. Flaminii Parisii. *tract. de resign. benef. lib.* 11. *tom.* 2. *quaest.* 13. *n.* 52.

43 Pestilentia frequenter etiam impedimentum praestat, Gail. *lib. obs.* 52. *n.* 11. Damhouder. *in praxicam. c.* 15. *n.* 16. Mynsing. *cent.* 4. *obs.* 57. Qui enim citatur ad illum locum, ubi grassatur pestis, comparere non tenetur, Schneidewin. *ad instit. lib.* 4. *tit.*
44 6. §. *poenales quoque actiones* 12. *n.* 81. Impedit nonnunquam tempestas, ventorum, pluviarum aut vis fluminis, quo minus quis citationi satisfacere et ad locum constitutum pervenire possit, *l. non exigimus* 2. §. *si quis* 3. *vers.* Jacob. Menoch. *de arbitr. jud. quaest. lib.* 2. *cent.* 2. *casu* 153. *n.* 9. Jacob. Schultz. *in addit. ad Matth.* Coler. *part.* 1. *decis.* 104. *n.* 33. Statuta
45 Hamburgens. *part.* 1. *tit.* 18 *art.* 6. Magnae quoque inundationes non raro impediunt, quo minus in judicio vocatus comparere possit. August. Berous *in cons. vol.* 1. *consil.* 88. *n.* 38. *et* 39.

46 Locus non tutus quoque impedit. Coler. *de process. execut. p.* 1. *c.* 2. *n.* 21. Langius *in process. cap.* 40. *n.* 74. ut si quis transire necessum habeat per loca hostium et inimicorum suorum, cum quibus inimicitiam colit, vel si metuit sibi a latronibus, de qui-
47 bus audivit; quod adeo verum, ut et procedat, si metus fuerit, levis non cadens in constantem virum, scil. forte quod audivit aliquem dicentem et terrentem, si illo die proficisceretur, periculum vitae imminere, modo cum metu isto et alia indicia concurrant. Vid. Marci Antonii de Amatis *Jeti itali decis. s. casus cas.* 75. *n.* 7.

48 Litis pendentia legale impedimentum praestat, utpote si causa jam in alio judicio per modum conventionis coepta sit, ubi enim semel acceptum est judicium, ibi etiam ad finem deduci debet, hinc et parit exceptionem litis pendentis, et dicitur impeditiva causae et litis, Johann. Zanger. *de except. part.* 2. *c.* 13. *n.* 3. haec enim si opponatur, totum processum reddit nullum, non enim licet nec actori nec reo ab uno ad aliud judicium transire, ubi enim lis semel coepta, ibi et perseverabunt usque ad finem istantiae, donec legitime dimissi fuerint, Petr. Frider. Mindanus *de processu lib.* 3. §. 5. *n.* 11. Quod et procedit et- 49
iamsi coram hoc judice criminaliter de lite, quae alibi civiliter mota est, agere vellet actor Johan. Zanger *de except. c.* 13. *n.* 4.

Feriae nonnunquam impedimentum praestant, sic 50
die feriato qui citatus non tenetur comparere, cum actus illo die gestus sit ipso jure nullus, Perez. *ad cod. lib.* 3. *tit.* 12. *n.* 5. Gail. *lib.* 1. *obs.* 53. *n.* 16. Strauch. *dissert.* 24. *th.* 1. unde ne quidem valet, si 51
partes consenserint, quia non tam in singulorum gratiam, quam auctoritate totius ecclesiae sunt institutae, ideoque pactionibus privatorum ipsis derogari nequit, *l. fin. cod. de feriis l.* 6. *ff. eod.* Gail. *lib.* 1. *observ.* 53. *n.* 6. Perez. *d. l.* feriae enim divinae sunt irrenunciabiles. Nec obstat, quod nonnulli putent, fe- 52
nita concione comparere debere, quia sic cesset causa, ideoque etiam effectus cesset necesse est; cum vero sanctificatio sabbathi non consistat in paucarum horarum spacio, nec ad cultum publicum restringenda, sed integer dies sanctus esse debeat, ita ut vacare necessum sit, ab omni negotio, nisi summa et urgens necessitas aliud suaserit, exemplum *Lucae* 14. 53
habetur, sic et capturam halecum permisit papa die dominica si necessitas id ipsum urgeat, *p r capit. licet* 3. *x. de feriis.* durat inde hoc impedimentum non per paucas saltem horas, sed per totum diem. Incipit 54
autem dies dominica non a media nocte in mediam noctem, uti alias dies computari solet, *l. more romano* 8. *ff. de feriis.* sed communiter a vespera in vesperam, *per capit. omnes dies* 1. *x. de feriis.* Aequius autem et justius facerent christiani, si diem dominicam a summo mane inciperent, quia non celebrant diem sabbathi more judaeorum, sed in memoriam resurrectionis Christi, qui hoc tempore surrexisse dicitur. *Marc.* 16.

Impedimentum praestat aetas; sic aetas, septua- 55
genaria impedimento est, quo minus quis ad tutelam suscipiendam vocari possit, *l. unica cod. qui aetate se excusant.* Ratio videtur esse, tum, quia senectus venerabilis *l.* 5. *de mun. et honor.* et ob exantlatos pro republica labores otio donari debeat; tum, quoniam ipsa per se morbus est, ac aegre propriis negotiis expediendis par, modo huic annum excesserit tutor, cum *in* §. 13. *inst. de excusat. tutor.* requiratur, ut major sit septuaginta annis, hinc qui illum annum ingressus, non excusatur *per l. majores.* 3. *ff. de jur. immunit.* nisi simul corporis imbecillitas concurrat; aliud in muneribus mere publicis ubi 65. anni sufficiunt *l. ult. cod. qui aetat. l. profess.* Aetas impedit 56
quoque quo minus quis postulare possit, ut sunt minores septemdecim annorum *per l.* 1. §. 3 *ff. de postulat.* Ratio videtur esse, quod perfecto adhuc judicio destituantur minores, quod tamen in postulando requiritur, Zoesius *ad tit. ff. de postul. n.* 4. Sic et impedit nonnunquam testamenti factionem, ob defectum scilicet judicii, quod non praesumitur ante pubertatem. Si vero sit pubertati proximus, et intelligat quid 57
agat, et imploret desuper auxilium principis, juste ei

58 legitime testamentum facit; princeps enim hic recte dispensare potest, cum hic non suppleat intellectum, sed saltem tollat impedimentum legale seu civile; hoc enim utique facere potest, cum supra legem sit positus, hinc juste tollit impedimentum civile, non vero naturale dn. Praes. *in annot. ad instit. lib.* 2. *tit.* 12. §. *i. ad verba impuberes.*

59 Impedit porro aetas et temporis lapsum, usucapio enim et praescriptio longi temporis nec non longissimi intra annos pupillares quiescit, adeoque contra eos neque incipit neque coepta currit, *l.* 48. *ff. d. a. r. d. l.* 10. *quibus modis servit. amitt. l. sicut.* 3. *cod. de praescript.* 30. *annorum. l. pro emptore* 2. §. *si a pupillo* 15. *ff. pro emptore. l. fin. cod. in quibus causis*
60 *restit. non est necessari.* Aetas quoque minoris etiam quadamtenus impedimentum praebet, sed non in totum; sic a breviori praescriptione puta 3. 10. et 20. annorum tutus est ipso jure minor, *per alleg. legem fin. cod. in quibus causis restitit. non est necessaria.*
61 sola tricennalis praescriptio minori currit, salvo tamen in integrum restitutionis beneficio, vid. dd. *ad l.* 3. *cod. quibus non objicitur longi temporis praescriptio. l. unica cod. si adversus usucapionem.* Brunnemann. *ad Wesembecium. tit. de usurp. et usucap. quae-*
62 *st.* 35. Sed posset hic objici, si minor major factus nihilominus restituitur, ad quid proderit rescriptio? Notandum, effectum in eo latere, quod contra praescriptionem quidem detur restitutio, quae tamen intra quatuor annos, si major factus, petenda, hunc terminum enim si neglexerit, jure suo cadit et sentit poenam negligentiae, et praescriptio salva erit.

63 Impedimentum praestat et mora alterius; sic mora haeredis in adeundo impedit querelam inofficiosi testamenti, hanc enim querelam, qui intentare vult, et intra quinquennium jus suum non prosequitur, tacite videtur repudiasse haereditatem, atque voluntatem defuncti approbasse; si vero haeres scriptus in mora sit adeundi, legitimum id esse impedimentum censemus, filius enim ante aditam haereditatem agere non potest, cum per aditionem demum vires consequatur testamentum, qua non secuta, exhaeredatio erit nulla *l.* 36. §. 2. *cod. de inoffic. testam. l.* 34. *in*
64 *fine d. t.* Brunnemann. *in comment. ad d. l.* 36. *n.* 10. *et* 11. uti enim non entis nullae sunt affectiones, ita nec privationes, quae actio enim nondum nata est, illa non potest expirare, *l.* 1. *c. de ann. exc.*

65 Munus seu officium ecclesiasticum impedimentum praebet. Unde est, quod judices esse non possint neque in causis criminalibus, sub poena irregularitatis, neque in causis secularibus. Imperator enim constituit, ne quicquam commune sit clerico cum publicis actionibus, imo opprobrium esse dicit, si se peritos ostendant disceptationum forensium, *l.* 17. *cod. de episc. et cler. l.* 41. *d. t. l.* 23. *cod. de testam. et quemadmodum est. ordinentur capit. ult. est ne cle-*
66 *ricus. l. monach.* Anton. Perez. *praelect. in lib.* 1. *cod. tit.* 3. *n.* 9. Dn. Praeses *in annot. ad jus ecclesiasti-*
cum Brunnem. *lib.* 1. *cap.* 6. *membr.* 10. §. 8. Quod tamen secus in causis ecclesiasticis et miserabilium personarum. *l.* 28. §. *fin. cod. de episc. et cler. capit. clerici.* 1. *x. de postulando.* Dessel. *erotem. juris canonici lib.* 1. *tit.* 37. *quaest.* 3. Et si contra ecclesiam suam postulet; perdit beneficium ut ingratus. *capit. cum sacerdotis ult. x. de postul.* Ex simili quoque ratione, nec Vassallus postulare poterit contra dominum, in causa civili gravi vel criminali, *lib.* 2. *feud. tit.* 33. §. 1. Rosenth. *de feudis. cap.* 10. *conclus.* 38.

Conjugium spirituale species impedimenti est, un- 67
de est, quod episcopus unius ecclesiae, ad aliam ecclesiam sine auctoritate pontificis transire non possit, *capit. cum in cunctis.* 7. *capitulum ignotuit* 20. *x. da elect. capit.* 4. *et ult. x. de postul.* si vero proprio motu ecclesiam suam deserat, tunc amittit utramque; propriam quam arroganter sprevit, alteram quam contra jus non attento impedimento ambivit, *capit. quanto* 3. *in fine. x. de translat. episc.* Hoc impe- 68
dimentum, si a nostris ecclesiae ministris observaretur, laudandum esset, in illis enim eadem subest ratio, cum et hi certae ecclesiae desponsentur, vel ad curam animarum certae ecclesiae vocentur, sicuti ergo hanc curam recipere ab initio fuit voluntatis, ita postquam eam receperunt, necessitate constringuntur, ne ab hoc obligationis nexu pro lubitu recedant. Uti 69
enim nemo deserere potest negotium privati cujusdam hominis, si semel id ipsum in se suscepit, absque praestatione interesse, quare contrarium pro lubitu liceret in divinis, cum hic Deo quaesita sit obligatio. Quod eo magis obtinebit, si ecclesia multos sumptus impendere necessum habuerit. Potest tamen esse ca- 70
sus, ubi minister ecclesiae salva conscientia mutare; et suam ecclesiam deserere potest, si scilicet in ecclesia illa, ad quam vocatus, plus in honorem Dei aedificare possit, ob majus vero salarium, quod in alio loco sperat, mutatio salva conscientia fieri nequit, 1. *petr.* 5. *v.* 2. Balduinus *in casibus conscientiae lib.* 4. *capt.* 5. *cas.* 10. Dn. Danhauer. *in theologia conscientiaria part.* 2. *special. dialogo* 3. *quaest.* 15. *pag.* 751. bene quoque hoc casu vocatio a tenta- 71
tione divina distinguenda, saepius enim Deus ostendit occasionem quamdam honorabilem, quo exploret et ostendat, quam fidelis quis sit ecclesiae suae, et hoc fit ad probandum animum.

Impedimentum praebet casus fortuitus, praecipue 72
in contractibus. Sic in contractu locationis, si locator rem vel restituere nolit, vel non possit, locati actio competit locatori contra conductorem ejusque haeredem, ut rei ipsius fiat restitutio, vel tanti condemnetur, quanti in litem juraverit locator, *l. si cui* 48. *ff. locati. l. si divisa* 3. *cod. locat. l. videamus.* §. *qui vinum* 3. *ff. eodem. l. si quis* 25. *cod. eod.* si vero 73
probare possit casum fortuitum, forte quod aedes conductae incendio sint consumptae, audiendus. Cum autem incendium semper culpa inhabitantium factum esse praesumatur, *arg. l. penult.* §. 1. *ff. de offic. praefect. vigilum.* diligentiam suam in tractando igne probabit paterfamilias; nec refert, sive incendium patrisfamilias, sive familiae culpa factum sit, sibi enim imputet dominus, quod non servos frugi ad ministerium elegerit *l. fin.* §. 4. *naut. caup. stab. arg. l.* 3. §. 1. *ff. de offic. praefecti vigilum. l. si vendita* 11. *ff. de pericul. et commod. rei venditae.* Hartm. Pistor. 18. *n.* 8. *lib.* 1. Mascard. *de probat. vol.* 1. *conclus.* 272. *n.* 8. Verum hoc intelligendum, si de- 74
linquant circa officium sibi a domino commissum, in quo paterfamilias eorum opera utitur, utpote si stabularius in stabulo ignem aut candelam negligenter habeat, secus vero si in alio loco culpa stabularii incendium ortum, ubi non tenebitur dominus, quia

extra officium deputatum delinquit, quae communis dd. opinio est in *lege* 1. §. *familiae. ff. de publ. vectigal. l. si servus.* §. *si fornicarius. ff. ad legem aquiliam.*

75 Res quoque quae penes alterum deposita, si furto fuerit ablata, vel alio casu fortuito perierit, sine dolo malo et lata culpa tamen, si repetatur, impedimentum allegare poterit, §. *praeterea. Quibus modis re contrahitur obligatio.* §. *si is apud quem. instit. de oblig. quae ex delicto nascuntur*, casus enim ac vis divina item alia quae sine culpa accidunt, a nemine praestantur, *l. contractus vers. animalia de reg. jur.* ibique Bronchorst. *l.* 40. §. *fin. ff. locati, l. quae fortuitis.* 6. *cod. de pign. act. cap. fin. et ibi* Gloss. *x. de homicidio. l. opus quod aversione.* 63. *ff. locati. l. item quaeritur.* 13. §. *s. magister.*

76 2. *ff. locati.* Nonnunquam et ad exactissimam diligentiam tenetur, si nempe eam in se susceperit, *l.* 1. §. *si convenit. et* 5. *saepe. ff. deposit.* vel pro custodia honorarium acceperit, *l.* 1. §. *si vestimenta et ibi Gloss. ff. deposit. l.* 8. §. *nunc videndum.* 2. *ff. commodat.* aut ad depositum se ultro obtulerit, Bronchorst. *ad legem contractus* 23. *ff. de reg. jur. pag.* 61. et hic exemplum, ubi quis ob nimiam civilitatem

77 damnum incurrit. An vero etiam in foro conscientiae teneatur ad culpam levissimam, de eo solet dubitari; volunt enim moralistae, in culpa levissima juridica non esse culpam theologicam, quia haec, cum peccatum involvat, non possit nisi in volentem cadere, in illa vero nullam voluntatem esse, verum qui contractum talem init, cui culpae levissimae praestatio ex dispositione juris annexa, non poterit in conscientia securus esse, si fidem contractus non servet, et damnum ita datum restituat. Qua ratione et culpa theologica erit, non praestare id, ad quod quisque per leges humanas tenetur. conf. Valerii *differens. utriusque for. sub voce damnum diff.* 9. *p.* 165. Lessius *de just. et jur. l.* 2. *c.* 7. *dubio* 8. *n.* 40.

78 Mors impedimentum praestat. Sic si alicui sit relictum legatum 1000. thalerorum, hac conditione, si Semproniam duxerit in uxorem, hic vero casu impediatur, forte quod mortua sit, quo minus conditionem implere eamque ducere possit, mors quidem hic impedimentum praestat, sed non ad eum effectum, ut legatum consequatur, *per l.* 31. *ff. de condit.* ibique Brunnem. *in comment. ad d. l.* quia quod sub conditione relictum, illud cessante conditione censetur revocatum. Conditio enim nihil ponit in esse, ideoque 79 actus conditionalis non valet, nisi existente conditione, *l. si quis sub conditione* 8. *ff. si quis omissa causa. l. cedere* 213. *ff. de verb. sign. l. si quis fundum* 37. *ff. contra empt. l. ex facto* 35. *de haered. instit.* Si vero 80 adhuc vivat virgo, et hic conditionem implere velit, illa vero det repudium, sic capit legatum, et dicere potest, non stetit penes me, quo minus implerem, illa vero impedimento fuit. *arg. l.* 24. *et* 56. *ff. de condit. et demonst. l.* 31. *d. t.* Zoes. *d. t. n.* 31. *et seqq.* non autem capit legatum, si jam nupta sit.

Ratio status nonnunquam impedit connubia, quo mi- 81 nus sint libera, quale impedimentum in nonnullis regnis ex defectu consensus principis oritur. Tale impedimentum est in regno Galliae, Hispaniae, Angliae, cum ibi connubia personarum illustrium fiant ex ratione status, hinc regis consensus accedat necesse est, quod ideo stricte observatur, ut nec ipse frater regis, sine ipsius regis consensu nuptias contrahere possit, Vid. Aerodius *lib. F. rerum judicatarum tit. de nuptiis. capit.* 7. Sckerae *de leg. regn. scot. lib.* 2. *cap.* 41. *num.* 48. nostri autem principes quoad connubia 82 nullum tale impedimentum ab imper. habent. cum eorum matrimonia semper fuerint libera, nec ulla lege imperii impedita, magnif. dn. Rhet *instit. jur. publ. lib.* 1. *tit.* 21. §. 1.

Nuptiae impedimentum praestant, unde si quis illo 83 die citetur, quo nuptias celebrat, impune non paret, nec contumacium incurrit, si nec ipse citatus veniat, nec procuratorem mittat, Fulv. Pacian. *de probat. lib.* 11. *cap.* 46. *n.* 33. *l.* 2. *ff. de in jus vocando.* huc pertinet quod *Lucae* 14. dicitur, uxorem duxi ideo comparere nequeo, quod favore matrimonii introductum esse videtur, unde etiam novelli conjuges a bello excusationem habent, Brunnemann. *in comment. l.* 2. *ff. de in jus vocando. n.* 3.

CAPUT III.

De probatione impedimentorum.

SUMMARIA

Connexio cum praecedentibus. n. 1.
Citatio est fundamentum processus. n. 2.
Contra non citatum procedere insanabilem nullitatem inducit. n. 3.
Regulariter fit per nuncium. n. 4.
Excipiuntur nobiles et dd. n. 5.
An virgines idem habeant privilegium? n. 6.
Citatio si vim stringendi habere debet, rite conscribenda. n. 7.
Nomen utriusque litigantis non omittendum. n. 8.
Locus fori non negligi debet. n. 9.
Limitatur. n. 10.
Dies exprimendus. n. 11. 12.
Effectus consistit in insinuatione. n. 13.
Prima insinuanda ipsi citato. n. 14.
Si latitet fit ad domum. n. 15.
Ut teneatur ad docenda impedimenta prius probandum citationem esse insinuatam. n. 16.
Nuncius juratus plene probat. n. 17.
Si non juratus solet exigi schedula. n. 18.
Et actor citandus. n. 19.
Quid si tunc non veniat? n. 20. 21.
Impedimentorum genera vulgo quatuor. n. 22.
Quae probanda? n. 23.
Impedimentum ex absentia reipubl. causa. n. 24.
Quid probandum? n. 25. 26. 27.
Quid si probaverit hyeme tempestate et morbo in itinere fuisse impeditum? n. 28.
Non omni tempestate contempta iter continuandum. n. 29.

Praefiguntur certa tempora. n. 30. 31.
Romani locorum intervalla per mille passus dimensi fuerunt. n. 32. 33.
Quid si diutius abfuerit? n. 34. 35.
Quid si privati negotii causa alio deflexerit iter? n. 36.
Quamprimum illud negotium publicum aggrediuntur, impedimentum probare poterunt. n. 37.
Militiae causa qui abfuit, quid probandum? n. 38. 39.
In expeditione et illi dicuntur esse, qui ad malos et rebelles homines compescendos missi. n. 40.
Certo modo et huc referuntur Feld-Prediger auditores etc. n. 41.
Uxores militum impediti dicuntur. n. 42.
Anne imputandum quod non procuratorem reliquerit? n. 43.
Ad quod, si impedimentum perpetuum, tenetur? n. 44. 45. 46.
Morbus cum allegatur, probandum fuisse sonticum. n. 47.
Morbus simulatus a vero probe distinguendus. n. 48. 49.
Febris per assumpta medicamenta simulari poterit. n. 50.
Per morbum fictum non probatur impedimentum. n. 51.
Morbus per testes probandus. n. 52. 53.
Probatur etiam documentis. n. 54.
In defectu aliarum probationum juramento. n. 55. 56. 57.
In prorogando termino fatali probatio per juramentum non admittitur. n. 58 59. 60.
Quid si aliter probari non possit? n. 61.
Si vero tantum coram notario juret. n. 62.
Non sufficiunt impedimenta, nisi allegentur. n. 63. 64.
Diversi casus hic distinguendi. n. 65. 66. 67.
Quid probandum? n. 68.
Duo probanda. n. 69. 70.
Probanda diligentia in removendo impedimento. n. 71.
Per morbum consanguineorum probatur legale impedimentum. n. 72.
Quomodo hoc casu probetur? n. 73. 74.
Morbum advocati, qui allegat, quid probandum? n. 75.
Captivitas probatur vel per testes vel per documenta. n. 77.
Impedimentum probatur per violentam detentionem. n. 78.
Probandum quod illo tempore agere voluerit. n. 79.
Quod allegatum impedimentum fuerit causa. n. 80.
Impedimentum habent, qui studiorum causa absunt. n. 81.
Quomodo probetur? n. 82.
Mercatores quid probare debeant? n. 83. 84.
Bellum qui probat? n. 85. 86.
Infectione aeris probata, probatum impedimentum. n. 87.
Probatur per testes et famam publicam. n. 88.
Quid in tempestate? n. 89. 90.
Quid si locus non tutus? n. 91. 92.
Si causa gravis. n. 93.
Probant et impedimentum banniti. n. 94.
Probatur non juramento, sed testibus et indiciis. n. 95. 96.
Qui delicto impeditus mittit procuratorem. n. 97.
Oblivio quomodo probetur? n. 98. 99.
Impedimentum ex die feriato quomodo probetur? n. 100. 101.
Paupertas impedit. n. 102.
Probatur juramento paupertatis. n. 103.

Cum in praecedentibus de variis speciebus impedimentorum actum sit, jam ordo postulat, ut ad probationem impedimentorum legalium deveniamus. Nec enim impedimenta praesumuntur; nisi probentur. Ut autem quis ad probationem teneatur, et quando constet, necessum est, ut praecedat legitima citatio. Qui enim legitime citatus non est, quid opus habet ad impedimentum provocare, vel eorumdem probationem subire. Deficiente enim citatione, deficit initium judicii et fundamentum totius processus, §. *omnium instit. de poen. tem. ligit.* Brunnemann. *in processu civili. c.* 3. *n.* 1. Gail. *lib.* 1. *obs.* 48. *n.* 1. quem ordinem cum et ipse Deus in primis nostris parentibus observaverit, *genes.* 3. ideo nec a principe tolli nec a papa omitti poterit, *capit. susceptis.* 1. *de causa proprietatis et possessionis.* Cravetta *consil. part.* 6. *consil.* 996. *n.* 10. citatio enim, si omissa fuerit, processus redditur nullus, et omnia in citati praejudicium gesta annullantur, *capit. quoniam.* 11. *X. de probation.* Joh. Vincent. Houdede. *p.* 2. *consult.* 26. *n.* 25. Socin. *in tr. de citat. art.* 2. *in princ.* Matth. de Afflict. *decis.* 307. *n.* 29. Johan. Baptist. Asin. *in pr. judic. civil.* §. 6. *cap.* 13. *n.* 1. Gail. *cit. loc.* cum contra non citatum procedere, insanabilem nullitatem inducat; hinc citandi sunt omnes, qui ex actu aliquo laedi possunt, *l. de uno quoque* 47. *de re jud. l.* 39. *ff. de adopt.* Menoch. *remed.* 4. *adipisc. possess. n.* 447. *seqq.* Citatio ipsa vero regulariter per nuncium fieri solet, *l. ea quae.* 7. *l.* 9. *cod. quom. et quand. judex.* licet id ipsum arbitrio judicis relictum sit, an per nuncium viva voce, an in scriptis citare velit, nisi quod personae illustres puta nobiles et dd. speciali privilegio gaudeant, ut in scriptis tantum citari possint, *l.* 17. *cod. de dignitat.* Jas. *in* §. *quaedam.* 10.. *Instit. de action.* Tiraquell. *de nobil. c.* 20. *n.* 187. Dn. Brunnemann. *in l. quoties.* 17. *cod. de dignitat.* Hillig. *ad Donell. l.* 23. *c.* 2. *lit. t.* Guido Papa *sing.* 82. *n.* 7. quamvis multum consuetudini loci hic sit attribuendum, cum is, qui in civitate praesens, praesertim in causis exiguis, viva voce per nuncium soleat citari, Brunnemann. *in processu. civil. cap.* 3. *n.* 26. An vero virgines praecipuae formosae, idem cum nobilibus et dd. an vero majus privilegium habeant, dissenserunt quondam Azo et Lotharius; illis enim cum causa delegata esset, quae formosissimam quamdam puellam concerneret, autumabat Lotharius (qui vir mulierosus fuisse fertur,) quod necesse esset, ipsam adire puellam, cum per nuncium citari nequeat; sed Azo contrarium probavit, asserens per nuncium et epistolam utique citari posse, tandem tamen calculum suum adjecit opinioni Lotharii, ut et ipse occasionem videndi formosissimam illam virginem nanciscereturr, Fulv. Pacian. *de probat. l.* 2. *c.* 48. n. 55.

Ut vero citatio vim stringendi habeat, rite conscribenda erit, sic nomen judicis citantis omitti nequit, *l. ante penult. ff. de jud.* Gail. *lib.* 1. *obs.* 48. ut scilicet constet, an judex sit competens nec ne, et an comparere necessum habeat. Graev. *cons.* 48. *n.*

10. Brunnemann. *in process. civil. c.* 3. *n.* 12. Carpzov. *tit.* 7. *art.* 2. *n.* 6. nihil autem interest; an judex sub nomine proprio vel cognomine citet, an vero nomen officii, (quod tamen frequentius fieri solet)
8 exprimat, Oldendorp. *tract. de libell. cap.* 3. Carpzov. *d. l. n.* 9. nomen utriusque litigantis non omittendum, nosse enim debet reus cum quo lis instituenda, *capit. quia nulli capit. Rudolphus X. de rescriptis. c. cum multis eod. in* 6to. Carpzov. *cit. loc. n.* 10. causa quoque ob quam quis citatus exprimenda, Langius *de process. cap.* 36. *n* .85. et hoc eum in finem, ne postea necessum sit novam dilationem ad deliberandum concedere; hinc non solum utile, sed et necesse est, ut libellus citationi inseratur, Recess. noviss. *de anno* 1654. §. *Darneben bleibt* 35. verbis, *mit sampt der Ladung und Klag Libell gleichmaessig authenticiret, dem Beklagten vorbero insinuiret und verkündiget werden.* conf. Brunnem. *process. civil. c.* 3. *n.*
9 13. Locus fori ante omnia non negligendus, cum citatio ratione loci incerti sit nulla, *l. aut qui aliter.*
10 §. 1. *ff. quod vi aut clam. l. si ut proponis cod. quom. et quand. judex.* modo forum, ubi comparere debeat,
11 non sit notorium, Carpzov. *tit.* 7. *art.* 2. *n.* 37. Nec expressio diei quando comparere debeat negligenda, alias enim nesciret, quando judicio sisti oporteret, *c. vocatio.* 1. *c.* 5. *q.* 2. *de judic. l.* 69. *ff. de judiciis.* et citatio, quae fit sine temporis adjectione, non valet, *capit. fin. X. de rescript.* tempus autem debet esse justum et legitimum, seu legalem terminum continere, quod tamen pro diversitate judiciorum variat, in foro saxonico sunt 6. septimanae et tres dies, in camera ad minimum 60. dies, per recess. noviss. *de anno* 1654. §. *Würde hierauff nun der citirte* 36. verbis· *Nach Ermaessigung des Rechtens von dem*
12 *Tage der beschehner Insinuation, Termin wenigst auff* 60. *Tage anzusetzen.* Praefinitur autem terminus vel certa die expressa, ut *den* 20. *maji*, vel certo spacio elapso, ex. gr. post cursum 4. septimanarum, quod a die insinuationis computandum, ita tamen, ut dies insinuationis non imputetur. Solet et consueta clausula addi, ut si illa dies non fuerit juridica, compareat die sequenti: hora autem praecise servanda non est, hinc qui horis matutinis citatus, post meridiem si compareat, non peccat, neque ad docenda impedimenta tenetur, cum totus dies citato prosit Carpz. *d. art.* 2. *n.* 26.

13 Quoties autem in jure effectus tribuitur citationi, semper intelligitur; modo legitime insinuata. Dn. Praesa *de jure sentuum diss.* 3. *c.* 4. *n.* 6. *et seqq.* Mevius
14 *part.* 3. *decis.* 222. Insinuanda autem est citatio, praesertim prima, ipsi citato in faciem. *l.* 13. §. 1. *ff. de excusat. tutor.* modo ipsius copia haberi possit, *l.* 1. §. 1. *ff. de agnosc. liberis. l.* 4. §. 5. *ff. de damno infecto.* Mev. *p.* 3. *decis.* 81. Scacc. *lib.* 1. *de jud.*
15 *cap.* 45. *n.* 2. Hinc si plures citandi, singulis in specie insinuanda, Carpzov. *d. tit.* 7. *art.* 1. *n.* 46. *l. de uno quoque.* 47. *de re judicata.* Berlich. *part.* 1. *concl.* 10. *n.* 61. Si vero reus latitet, citatio fit ad domum ut scil. vel uni ex familia tradatur, vel valvis aedium affigatur, *c. causam x. de dolo et contumacia* Zoes. *ad tit. ff. de in jus vocando. n.* 9. Carpzov. *d. l. n.* 67. Hillg. *in Donell. l.* 23. *c.* 2. *lit. d.* Scacc. *dict lib.* 1. *c.* 45. *n.* 4.

16 Ut autem ad docenda impedimenta legalia reus te-

nestur, prius ab actore probandum, citationem legitime esse insinuatam; Carpz. *d. l. n.* 68. hinc pronunciari solet, *würde Klaeger documentiren, dass er die citation legitime insinuiret, so waere er damit zu hören.* Probatur autem per relationem nuncii ordinarii; *des Camer-Gerichts Bothen*, quae relatio est actus substantialis citationis, Brunnemann. *in processu civili c.* 3. *n.* 37. Mynsing. *cent.* 6. *obs.* 10. de quo in actis constare debet, alioquin nec citatio, nec totus processus in contumaciam factus valet, *l. haec autem.* 5. §. 1. *ff. ex quibus causis in possessionem eatur.* ubi dn. Brunnem. *in comment. n.* 1. Gail. *lib.* 1. *obs.* 54.
n. 7. Brunnem. *process. c.* 3. *n.* 36. Nuncius vero pu- 17
blicus, seu praeco juratus plenam probationem facit, in causis ad ejus officium pertinentibus, Colerus *de processu executivo part.* 1. *c.* 7. *n.* 16. *et seqq. et part.* 3. *cap.* 9. *n.* 103. *et seq.* Menoch. *lib.* 2. *arbitr. jud. quaest. cent.* 2. *casu* 112. *n.* 1. *et seqq.* Menoch. *de praesumpt. lib.* 2. *praesumpt.* 24. Matth. Berlich. *part.* 1. *conclus.* 36. *n.* 70. Gail. *lib.* 1. *obs.* 54. *n.* 4. Carpzov. *lib.* 3. *resp.* 22. Brunnem. *process. civil. cap.* 3. *n.* 38. Unde si referat, citatum respondisse, se nolle venire, ei fides habenda, ad effectum ut judex possit citatum in poenam contumaciae condemnare, responsio enim citati est de pertinentiis citationis, *arg. cap. praeterea de offic. delegati.* Langius *in processu civil. cap.* 36. *n.* 149. *et seqq.* Alii hoc arbitrio judicis relinquunt, an ille nuncio publico, quae ad ejus officium spectant, credere velit nec ne. Relatio quatenus valeat, vid. plurib. Brunnemann. *process. civil. c.* 3. *n.* 38. *ibique alleg. auctores.* De nunciis vero juratis, per quos processus camerales insinuari debent, late egit dn. Joh. Andreas Gerhard. *in discurs. de suprem. in imper. roman. jud. aulico et cameral. pag.* 51. Si nuncius non fuerit juratus, schedula exigi solet, quae
in foro appellatur *recepisse.* Si vero nuncius probet, 18
quod dare noluerit recepisse, vel documentum insinuationis, tunc ab advocato fisci citandus et puniendus, ob injuriam judicio illatam, Mev. *part.* 4. *decis.* 269. Cum autem utraque pars in judicio praesens esse 19
debeat, actor quoque citandus, vel saltem admonendus de termino praefinito; hinc citatio actori transmissa, vocatur tantum *ein Tage-Zettel*, vel memoriale, Carpzov. *tit.* 7. *art.* 1. *n.* 30. Formulam habet Langius *in processu civil. c.* 36. *n.* 167. Nicolai *process. c.* 3. *n.* 74.

Citatio si jam juxta praefatum modum rite facta, 20
et insinuatio probata, et tamen reus non compareat, solet ejus contumacia ab actore accusari, et desuper sententia interlocutoria ferri, et a judice pro contumace declarari, *l. properandum.* 13. §. 1. *cod. de judiciis. l. ad peremptorium.* 68. *ff. de jud.* Hartm. Pistor. *p.* 1. *quaest.* 3. *n.* 10. Soletque reus pro contumace decla- 21
ratus condemnari, praecipue secundum stylum curiae saxonicae usque ad legitima impedimenta, *biss auff Ehehafft und behülfliche Widerrede*, quae condemnatio in favorem reorum fieri consuevit, ne statim inauditi amissione causae puniantur, cum forte justo aliquo impedimento detentus reus abesse posset, de quo autem merito antequam condemnetur audiri debet, cum absque malitia vera contumacia non contrahatur, Rosbach. *in prax. civil. tit.* 30. *n.* 7. Ummius *in process. disput.* 6. *th.* 1. *n.* 4.

Faciunt dd. impedimentorum genera quatuor, ut 1. 22

expeditionem seu servitium imperii, 2. Aegritudinem, 3. captivitatem, 4. peregrinationem, vide Wehner. *observ. pract. pag.* 85. 86. 87. Rudinger. *cent.* 2. *obs.* 10. *per tot.* Colerus *de processu executivo part.* 1. *cap.* 2. *n.* 20. Carpz. *in processu civil. tit.* 8. *art.* 2.
23 *n.* 41. Speckhan. *cent.* 1. *quaest.* 59. *n.* 41. Cum autem non sufficiat, impedimenta legalia allegare sed allegata probare, cum in eo reus emanens se fundet, et quilibet de jure teneatur probare fundamentum suae exceptionis, vid. Strauch. *dissert.* 25. *th.* 9. *l. in exceptionibus.* 19. §. *cum quis.* 1. *ff. de probat. l. qui commeatu.* 14. *de re milit. l.* 2. §. *quod diximus.* 6. *ff. si quis caut. l.* 2. *cod. quibus ex causis major. l.* 2. §. *utrum.* 1. *utrum.* 1. *ff. de legation.* Baldus *in d. l.* 2. *in fin. cod. ex quibus causis major.* Hinc nunquam purgabit reus contumaciam, antequam impedimenta legalia, vulgo *Ehehafften*, legitime probaverit.
24 Sic absentia reipublicae causa justum praebet impedimentum, Brunnem. *ad Wesenbec. tit. ex quibus causis major. quaest.* 3. *et* 4. Christoph. Langius *in pro-*
25 *cess. cap.* 40. *n.* 68. modo probaverit, quod sine dolo abfuerit, si enim dolose ultra tempus abfuerit, legitimum impedimentum allegare nequit, cum dolus nemini debeat patrocinari, *l. nec ex dolo.* 12. *ff. de dolo l.* 3. *ff. de transact. l. is qui dolo.* 69. *ff. de rei vind. l. penult. in fine ff. de jure dotium. l. si ex dolo.* 51. *ff.*
26 *de re judicata. l. etiam* 18. §. 1. *ff. solut. matrim.* Joh. Goedd. 3. *consil. marpurg.* 26. *n.* 66. nec quis suo delicto meliorem suam conditionem facere potest, consequeretur enim aliis doli sui praemium, quod absurdum. *l. ita demum.* 31. *ff. de recept. qui arbitr.* August. Berous *vol.* 1. *consil.* 196. *n.* 5. Sunt autem varii modi, ut qui reipublicae causa abest, in dolo esse possit, non quidem simpliciter, ut tamen pro dolo habeatur, nec ei ex edicto restitutionis beneficium competat, Hahnius *ad tit. ff. ex. quibus causis. n.* 4. *pag.* 346. Brunnem. *ad paratit. Wesenb. d. t. quaest.* 5.
27 sic qui absolvit negotium cujus gratia abfuit, et non reversus est, cum tamen commode reverti potuerit, absentiam pro legali impedimento allegare non valet, *l.* 38. *ex quibus causis major.* Zoes. *d. t. n.* 5. *l. item ki* 4. *l. sed etsi.* 26. §. 9. *in fin. ff. d. t.* Sic si interea temporis quid usucaptum, non restituitur; unde colligunt dd. absentem reipublicae causa tamdiu pro absente haberi, donec finitum sit ejus officium, et
28 donec commode redire potuit; si vero probaverit, se hyeme, tempestate vel morbo fuisse impeditum, ita ut continuare iter non potuerit, habebitur ratio humanitatis, sicuti haberi solet, si quis navigatione fuerit impeditus *l.* 38. *ff. ex quibus causis major. major. l. contumacia.* 58. §. *poenam. ff. de re judicat.* ubi enim necessitas absenti imposita a republica excusat, ita multo magis necessitas imposita a Deo per infirmitatem justum facit impedimentum, Gloss. *in l. quaesitum.* 60. *ff. de re judicat.*
29 Non vero ad probandam justam absentiam necesse, ut per dies et noctes et omni tempestate contempta iter continuet, modo non tam delicate progrediatur, ut reprehensione dignus sit, sed habita ratione temporis, aetatis, valetudinis id agat, ut mature perveniat, hoc est eodem tempore, quo plerique ejusdem conditionis homines pervenire solent, *arg. l. contin-*
30 *uus.* 137. §. *cum ita ff. de verb. oblig.* Ideoque praefiguntur et absentibus in juris nostri textibus certa tempora, intra quae redire cogantur, videlicet 20. milliaria pro qualibet die, *l.* 1. *ff. si quis caut. l.* 3. *ff. de verb. signif.* Cum autem milliaria sint varia, et mil- 31
liare italicum tantum habeat octo stadia, germanicum vero 32. Meyfart *in compend. geograph. pag.* 137. Goden. *consil.* 12. qui dicit: *der Meilen sind zweyerley, die eine ist durch Recht ausgemessen worden, also dass* 1000. *Fuss oder Schritt eine Meile sollen machen, fünff Fass einen Pass, und* 15. *Finger breit einen Fuss, und dass dieser Meilen* 20. *vor eine Tegreise gerechnet, diaeta legalis et milliare legale geheissen werden, die ander ist eine gemeine Meil, oder milliare vulgare genannt, diese wird aestimiret aus dem Gebrauch eines jeden Landes, da man der Meilen gebrauchet, derowegen sind auch die Land-Meilen ungleicher Laenge und Maasse*, milliare autem legale seu romanum hic intelligi, ex *l.* 1. *ff. si quis caut.* satis evidenter apparet; romanos enim locorum 32
intervalla per millia passuum, quae milliaria dicebantur, dimensos fuisse auctores passim testantur, hinc singula milliaria lapidibus sive cippis notaverunt, unde legitur passim in omnibus scriptoribus historiae romanae, ad primum ad secundum ab urbe lapidem, lapis vero mille passus continet, non a milliario urbis, sed continentibus aedificiis numerandi, *l. mille passus.* 154. *ff. de verb. signif*, conf. dn. Marsman. *in metrolog. et miliologia*, ubi ex professo de milliarium computatione agit.

Notandum tamen, quod licet redeundi pro qualibet 33
diaeta statuantur 20. milliaria italica, quod tamen singulis septimanis debeat unum diem quietis habere, Gloss. *in capit. cupienter* 16. §. 1. *in verb. commodo circa finem de elect. in* 6to. Joh. de Imola *in l. continuus.* 137. §. *cum ita. ff. de verb. oblig.* debet autem commensuratio fieri per illam viam per quam homines frequentius solent iter facere, et ubi minus periculi subest. Hodie vero milliaria computanda secundum communem consuetudinem cujusque regionis et communem usum patriae. Dn. Christoph. Philipp. Richter. *part.* 1. *cons.* 67. *n.* 5.

Si vero praefato modo diligentiam suam non adhi- 34
buerit, sed diutius abfuerit, et in aliquo loco proprii commodi causa, vel ad res suas componendas per tempus longum substiterit, impedimentum legitimum non probat, cum tamdiu quis reipublicae causa absit, quamdiu officio praeest, quod si finitum, jam desinit abesse reipublicae causa, cum absentia illa affectata nunquam impedimentum praestet Zahn. *de mendaciis. lib.* 3. *c.* 4. *n.* 19. illi enim succurrendum, qui ex necessitate, non qui ex voluntate abest *l.* 26. §. 9. *ff. ex quibus cautis maj.* Brunnem. *ad l.* 4. *ff. d. t. n.* 5.
cessante enim causa seu officio, cesset effectus necess. 35
l. adigere. 6. §. *quamvis.* 2. *ff. de jure patronatus. l. si pater.* 49 *ff. de haered. inst. l. generaliter.* 52. *cod. de episc. et cler. l. cum. te.* 6. *cod. de pactis inter emptorem. capit. magnae.* 7. *in fine devoto.* Tiraq. *in spec. tr. cessante causa et jure primog. quaest.* 40. *n.* 170. Suthold. *disp. instit.* 1. *th.* 16. sic si 36
quis privati negotii causa alio dixerit iter, tunc cessat tam causa finalis, quam ipsa ratio legis, unde et effectus cesset necesse est, vid. Suthold. *d. l.* Qui au- 37
tem revera publicum negotium expediunt, quam primum illud aggrediuntur, impedimentum legitimum allegare poterunt, *l. abesse.* 32. *ff. ex quibus causis*

major. quod non solum procedit in iis, qui ab urbe profecti, licet provinciam nondum accesserint, sed et qui adhuc in civitate et nondum portam egressi, non enim licebit jam festinanti et ad portam properanti injicere moram, et quasi injecta manu ad jus trahere, utilitas enim publica praeferenda est utilitati privatae, *l. si in gravi.* 3. §. *utrum.* 14. *ff. ad sctum syllan. l. utilitas.* 3. *cod. de Primipilo. l. unica.* §. *hinc autem.* 14. *de cad. tollend. l. jubemus.* 10. *cod. de ss. eccles.* Carpz. *part.* 1. *const.* 32. *def.* 41. *n.* 5.

36 Militiae causa qui abfuit, legitimum impedimentum probare poterit, pariter ut ille, qui reipublicae causa abfuit, *l. miles.* 34. *et l.* 35. §. *ult. ff. ex quibus causis major.* Ant. Perez. *in praelect. ad cod. lib.* 11. *tit.* 51. *n.* 3. modo probaverit quod vel revera in expeditione, vel in procinctu in acie, in byberuis vel in castris suis fuerit. Quo facto aequum est, dum rebus suis invigilare nequeunt milites, ut illis subveniatur, *l. ult. cod. de restit. milit.* sola enim militia non praebet beneficium restitutionis, sed occupatio circa res militares, dum videlicet in castris sunt, vel quando ex castris ex justa causa vadunt, et ad illa
39 redeunt, *l.* 35. §. *ult. ff. quibus ex causis major.* milites vero emansores qui diu vagati ad castra regrediuntur, vel commeatu accepto domi degunt, justum et legitimum impedimentum probare non poterunt, ideoque nec illis beneficiis gaudere possunt. *l.* 34. *ff. ex quibus causis major.* Credendum vero hoc casu erit testimonio ducis vel officialis, sub quo meruit miles, vel etiam literis dimissorialibus, *wann er seinen Pass oder Abschied aufweisen kan.*

40 Legitima quoque impedimenta et illi probare poterunt, qui ad malos et rebelles homines compescendos missi sunt, *l.* 35. §. *quaesitum.* 5. *ff. ex quibus causis major.* itemque qui mittuntur ut milites ducant atque reducant, aut qui legendos curant, vel legendi curam agunt *l.* 35. *pr. ff. d. t.* non autem illi tantum impedimentum legitimum probare poterunt, qui actu
41 militant, sed et qui militiae causa absunt, ut sunt *die Feld-Prediger, Auditeur, Musterschriber, Marquetenter, Fahnenschmiede, Feldscherer,* etc. cum enim et illi in procinctu stent, et eadem pericula experiantur, et milites carere nequeant, jura quoque eadem merito sibi vindicant, *l. unic. in princ. ff. de bon. poss. ex testam. milit. l.* 33. §. 2. *ff. quibus ex causis maj.* An vero officium commissariatus impedimentum legale praebeat, vid. Brunnem. *in comment. ad ff. l.* 4. *et* 5. §. 1. *ex quibus causis major. n.* 3.

42 Uxores militum, quae cum ipsis maritis peregrinatae sunt, impedimentum legale *Ehehafften* allegare poterunt, officium enim seu expeditio publica, quae militibus damnosa non est, uxoribus quae maritum sequuntur damnosa esse nequit. *l.* 1. *et* 2. *ff. de uxor. milit.* hinc in quorum causis illarum maritis succurritur per restitutionem, in his causis etiam foeminis succurritur, cum ipsarum absentia sit justa; militia enim pariter et necessitas efflagitat, aliquas mulieres maritos in bellum sequi, ut aegrotantibus et vulneratis subveniatur; idem quod de uxoribus militum dicitur, pertinet et ad uxores proconsulum, legatorum, et eorum omnium, qui provincia jussu principis exeunt.

43 Sed anne culpa imputanda absenti, quod nempe procuratorem non reliquerit? cum illud pro legali impedimento non reputetur quod removeri potest, potuit autem hoc impedimentum removeri constituendo procuratorem. Verum nulla culpa imputanda illi qui procuratorem non reliquit, cum nec semper lis timeatur, nec commode id saepius fieri possit, ut idoneus procurator eligatur, ea quoque saepe est proficiscentium ratio, atque etiam animorum occupatio, ut administratio suorum negotiorum alicui non veniat in mentem.

Si vero quis per tempus longum in legatione fuerit, 44
vel impedimentum sit perpetuum vel longo tempore duraturum, mittere debet procuratorem, ne aliorum jus interea pereat, Bartolus *l.* 2. §. *quis in judicio ff. si quis caution.* Kirch. *consil vol.* 3. *consil.* 17. *n.* 4. Fulv. Pacian. *de probation. lib.* 11. *cap.* 46. *n.* 27. Si procuratorem constituit, et per familiam praesentis bona usu cepit, ille qui praesens fuit, legale impedimentum seu *Ehehafften,* probare non poterit, cum habuerit facultatem agendi: sed etiamsi 45
non reliquisset procuratorem, amici absentis interrogari debuissent, an absentem defendere velint *l.* 22. *ff. ex quibus causis,* quo constet, absentem fuisse indefensum. Cum vero hodie aliud remedium habeat praesens, nempe *ex l.* 2. *cod. de annal. except.* missio scilicet libelli vel ad procuratorem vel ad aedes adversarii cum protestatione seu querela de interrumpenda praescriptione, sic in hoc si fuerit negligens, legitima impedimenta seu *Ehehafften* probare non poterit. Struv. *exercit.* 8. *thes.* 70. Zoes. *ad tit. ff. ex quibus causis major. n.* 15. Brunnem. ad Wesenbec. *paratit. lib.* 4. *tit.* 6. *quaest.* 10. *et in exercit. justin.* 26. *ad lib.* 4. *tit.* 6. §. 5. *n.* 7. Qui vero 46
reipublicae causa abest, si antequam proficisceretur, ejus negotium jam agi coeptum est, semper tenetur mittere vel relinquere procuratorem, quod si neglexerit *Ehen,* non probavit impedimentum, nam quod removeri potest pro tali non habeatur. *l. eumdem.* 16. §. 1. *ff. de leg.* Kirchoff. *in cons. vol.* 3. *consil.* 17. *n.* 3.

Morbum quoque frequenter pro legali impedimento 47
allegari solere, testatur Langius *in processu juris c.* 4. *n.* 66. Speckh. *cent.* 1. *qu.* 59. *n.* 41. Zaug. *de except. part.* 2. *c.* 9. *n.* 13. Carpz. *tit.* 8. *art.* 2. *n.* 41. *l. quaesitum.* 60. *ff. de re judicat.* modo probaverit reus, fuisse sonticum; et qui vim graviter nocendi habuit *l quaesitum* 60. *ff. de re judicata. l. morbus* 113. *ff. de verb. signif.* unde per levem febriculam quae jam sperni potest, et quae non magnae considerationis est, impedimentum legale non probatur *l.* 4. §. *fin. ff. aedilitio edicto d. l. quaesitum* 60. *ff. de re judicata.* praecipue si vix hominem a consuetis muniis obeundis impediat. Cum vero non raro usu veniat, 48
ut homines nonnullis ex causis morbos quosdam et affectus pati malitiose simulent, ne modo in judicio comparere necessum habeant, hinc morbus evidentissimis probationibus, praecipue in causa gravi probandus, et morbi simulati a veris morbis, vim graviter nocendi habentibus, bene distinguendi, cum hi saltem inter *Ehehafften* referantur non illi, nec ex malitia sua quis commodum reportare debet, *l. in fundo.* 38. *ff. de rei vindicat. l. itaque fullo* 12. §. 1. *ff. de furtis. l. si cui* 38. *verbis cum crimen admisit non habere eum privilegia. ff. quibus ex causis major. capit. contingit.* 9. *de dolo et contumacia capit. intel-*

ligimus 7. de judiciis. capit. pleramque 23. *de rescript. capit. cognoscentes.* 4. *de constit. pecun.* ne vel inique cum illis procedamus, qui vero et sontico morbo laborant, vel illis patrocinemur, qui morbos tantum
49 fingunt. Verum non omnes morbi tales sunt, ut facilius simulari possint, utpote quales sunt, quorum certa et evidentia signa haberi poterunt, quaeque ad sensum patent, neque facile neque longo tempore possunt simulari, ut praecipue ii omnes, qui febrem adjunctam habent.

50 Licet autem febrim inter illos connumeraverim morbos, qui non tam de facili simulari possunt, tamen eo processit malitia hominum, ut aliquando per assumpta quaedam medicamenta ex industria et per fraudem excitari possit. Silvatic. *lib. de his qui morbos simulant. cap.* 14. dicit, accendi febrem, si cornuti Scarabei in oleo decoquantur, et ex eo oleo pulsus inungantur, ita tamen, ut non duret ultra spacium vinginti quatuor horarum, si enim ulterius extendatur, tunc ex ficto morbo verus efficitur, praeter simulantis intentionem, et voluntatem, unde perraro admodum hac simulata febri utuntur homines fraudulenti; timere enim necessum habent, nedum alios decipere allaborant, seipsos etiam praeter opinionem, imo nolentes volentes perdant, Paul. Zachias *in quaest. medico-le-*
51 *galibus lib.* 3. *tit.* 2. *quaest.* 1. *n.* 5. Unde cum non raro impedimenta tantum ficta sint, hinc sedulo attendere debet judex, ne solam morbi allegationem admittat, cum non per fictas sed justas probationes probentur *Ehehafften*, hinc rejicienda illa, quae quis sua culpa sibi procuravit, haec enim legitimorum nomine non veniunt, sed affectata dicuntur. *l. quibus diebus. ff. de condit. et demonstrat. capit. ult. X. de elect.* Menoch. *arbitr. jud. quaest. lib.* 2. *c.* 273. *n.* 20. *et*
52 *consil.* 100. *lib.* 1. *n.* 114. Wesenbecius *vol.* 1. *consil.* 42. *n.* 99. Anton. Thesaur. *decis.* 10. *n.* 11. Morbum loco impedimenti legalis qui allegat, eum probare debet per testes, Mascard. *in vol.* 2. *tract. de probationib. conclus.* 884. testes autem ad minimum duo requiruntur, cum unus testis nullus sit testis *l.* 9. *cod. de testibus c.* 2. *X. de testib.* Jodocus Damhouder. *in praxi crim. cap.* 15. *n.* 9. Farin. *de testibus. quaest.* 63. *pr.* Etiamsi esset homo in maxima dignitate constitutus, imo etiamsi papa esset, quia enim homo est, potest fallere et falli. *l.* 9. *cod. de testibus.* praesertim si agatur de re magni praejudicii, utpote de jure alteri per sententiam quaesito auferendo. Henn.
53 Goden. *consil.* 61. *n.* 81. Duo vero testes plene probant, modo de certa scientia deponant, vid. Zachiae decis. Rot. Rom. *decis.* 83. *n.* 10. item *decis.* 84. *n.* 4. Flaminii Parisii *tr. de resign. benef. lib. XI. tomo* 2. *qu.* 13. *n.* 23. 24. Carpz. *in processu juris tit.* 8. *art.* 2. *n.* 54. 55.

54 Morbus tamen nonnunquam probatur documentis, sic morbus rei facillime doceri et probari poterit per literas et testimonium medici, praecipue in causa levi. Jodocus Damhouder. *in prax. crim. cap.* 15. *n.* 5. ex fide enim medicorum probatur infirmitas, eorumque attestatis fides adhiberi solet, tamquam in arte peritis, Paul. Zachias *in quaest. medico-legal. lib.* 2. *tit.* 2. *qu.* 1. *n.* 2. *in fin. p. m.* 244. *arg. l. septimo mense.* 12. *ff. de statu hominum: et l. semel.* 6. *de re militari.* Socin. Junior. *consil.* 18. *n.* 11. Decis. Rota Rom. *decis.* 83. *n.* 12. et decis. *sequenti n.* 10.

Probatur et morbus non raro, in defectum scilicet 55
aliarum probationum, juramento, Joh. Mascard. *in vol.* 2. *tract. de probat. conclus.* 884. Carpzov. *part.* 1. *constit.* 9. *def.* 11. Hippol. de Marsil. *in rubr. cod. de probat. n.* 244. Zanger. *de except. part.* 2. *c.* 9. *n.* 12. Petr. Frider. Mindanus *de process. lib.* 2. *cap.* 19. *n.* 3. Ne forte innocens probationis defectu rigorosam praeci- 56
pue juris saxonici poenam, poenam nempe contumaciae incurrat Mynsing. *cent.* 4. *observ.* 57. *n.* 7. Christ. Zobel. *part.* 1. *diss.* 16. *n.* 18. quod tamen cum hac limitatione intelligendum puto, modo non persona sit suspecta de perjurio, Alexander *lib.* 2. *consil. consil.* 49. *n.* 70. *et seqq.* fides enim juramenti dependet a fide viri; unde raro solet probatio impedimentorum, praecipue in 57
causa magni praejudicii fieri per juramentum, nisi in defectum aliarum probationum, cum juramentum ut antea dictum non sit ipsa probatio, sed saltem vice probationis, hinc in ejus defectum reo tantum injungitur, *l. non erit.* 3. §. *dato jure jurando* 2. *l. eum qui* 30. *de jur. jur.* Carpz. *part.* 1. *const.* 14. *def.* 18. Brunn. *in commentar. ad d. l.* 30. *ff. de jure jurando n.* 5. Ant. Fab. *in cod. lib.* 4. *tit.* 1. *de fin.* 41. *n.* 2.

In prorogando termino fatali non facile solet proba- 58
tio impedimenti per juramentum admitti, praecipue in processu appellationis. Cum enim processus appellationis finiri debeat intra annum, a tempore interpositae appellationis, Trentacinq. *lib.* 2. *tit. de appellat. resolut.* 10. *n.* 3. hinc secundus annus non datur petenti nisi impedimenta primi anni sufficienter fuerint probata, *l. cum anterioribus* 5. §. *illud* 4. *cod. de tempor. et reparat. appellation.* Beust. *de juramentis fol.* 23. *n.*
89. Quia appellans hab-t juris praesumptionem contra 59
se, Beust. *de juramentis fol.* 23. *n.* 92. appellatus vero praesumptionem juris pro se, hinc illius partes favorabiliores, Mascard. *de probat. conclus.* 1222. *n.* 2. Peccian. *de probat. lib.* 1. *cap.* 8. *n.* 3. Menoch. *de praesumptionibus lib.* 1. *praesumpt.* 36. Unde juramentum 60
injungi nequit, cum juramentum non sit ipsa probatio, sed in supplementum probationis saltem deferatur. Beust. *d. tr. de juram. fol.* 23. *n.* 93. Hinc juramentum non sufficit quoties statutum probationem requirit, Wesenb. *lib.* 1. *consil.* 36. *n.* 37. Juramentum enim nec vera nec propria probatio est, sed irregularis, *arg. l. non erit.* 5. §. 2. *l.* 9. §. *si petitor.* 7. *l. in duobus reis.* 28. §. *item* 10. *l. quod si juravi* 29. *ff. de jure jurando.* Ideo statuti verbis non comprehenditur, et statutum praesupponit probationes regulares et ordinarias, ut quae per testes, instrumenta, et similes modos fiunt, non vero quae per juramentum fieri solet.

Si vero causa ita esset comparata, ut impedimentum 61
aliter probari non posset, vel ob loci distantiam, vel alias inspectas tam causae quam personae qualitates, standum esset juramento allegantis impedimentum, Beust. *de juramentis. d. l. n.* 94. Si vero e contra aliter probari posset, allegans vero impedimentum asseveraret, se illud aliter probare non posse, tunc non solum consideranda personae honestas, et qualitas, nec non quantitas causae, sed et ponderari debet modus impedimenti, fama ac alia adminicula, Mynsing. *in observat. cent.* 3. *observat.* 92.

Si reus vero juraret coram notario tantum, se fuisse 62
impeditum, non haberet effectum nec prodesset, neque per hoc juramentum impedimentum legale probaret, cum probatio per juramentum tum demum valeat, cum

per sententiam injungitur, unde receptissima pronunciandi formula solet esse, *dass Beklagter die angezogene Ehehafft wie recht, zu erweisen, oder eydlich zu betheuren billig gehoeret und zugelassen wird, und er thut solches oder nicht, so ergehet ferner darauff was recht ist.* Beust. *de juramentis. pag.* 132. *n.* 12.

63 In processu appellationis non sufficit revera habere impedimenta, ad hoc ne quis posset appellare, nisi et illa allegaverit; quod et locum habet in sententia lata contra infirmum, hic si citatus non curavit allegari impedimentum, sed miserit procuratorem, illa infirmitas non retardabit cursum 10. dierum, hinc nisi appellaverit intra 10. dies transibit sententia in rejudicatam, mittendo enim procuratorem, poterat et illum mittere ad appellandum, allegandam et probandam causam absentiae, Lancellott. *de attent. part.* 11. *c.* 12. *ampl.* 1.

64 *n.* 64. Scaccia *de appellat. quaest.* 12. *n.* 142. *ampl.* 22. infirmitas enim hic tantum impedimentum remotum est, impeditus enim is non dicitur, qui de facili impedimentum removere potest, Baldus *in lege, sed etsi per praetorem* §. 1. *vers. sed nec ad not. ff. ex quibus causis major. l. qui potest facere.* 174. *ff. de regul. jur. textus in l. quibus diebus* 40. *in pr. de condit. et demonstrat.* Abbas *in capit. fin. de elect.* Ludovic. Gomez. *ad* §. *rursus instit. de action.*

65 Veniunt autem hic diversi casus distinguendi; primus est, quando infirmitate impeditus misit excusatorem, qui allegaret infirmitatem, et de impedimento infirmitatis certioraret judicem, tunc si causa gravis, ut in illa plane procurator admitti vel constitui non possit, tunc non solum non currere volunt tempus appellationis a sententia contra ipsum lata, sed sententiam volunt esse ipso jure nullam, Scaccia *de appellat. quaest.*

66 12. *n.* 142. *ampl.* 22. si vero casus sit talis, ubi procuratorem constituere tenetur, tunc citatio arctat et impedimentum probatum non excusat; quod enim impedimentum removeri potest, in considerationem non venit, cum paria sint, impedimentum potuisse tolli, et non fuisse impeditum, Pacian. *de probat. lib.* 2. *cap.* 87. *n.* 10. qui enim facere potest, ut possit citationi parere, jam posse videtur, *l. qui potest.* 174. *ff. de regul. jur.* Felin. *in capit. ex transmissa. colum.* 1. *vers. pro tanto dixit. X. d. praescript. Socin.* Junior. *vol.* 2. *consil.* 117. *n.* 6. *vers. verum hoc non obstante.* Constituendo enim procuratorem removetur impedimentum infirmitatis, ergo sententia transit in rem judicatam, nunquam enim audietur excusator ad impediendam litem, sed ad impetrandam aliquam dilationem, forte quod procurator non esset plene informatus, nec posset informari propter citati infirmitatem.

67 Alter casus est, quando judex non fuit certioratus de impedimento, et tulit sententiam, tunc mero et stricto jure subsistit, sive causa sit talis, in qua possit procurator constitui, sive talis, in qua non possit.

68 Ille, qui vult praetextu impedimenti adjuvari, non solum probare debet impedimentum, per quod impeditus non potuit implere id, ad quod tenebatur, sed et probare debet, omnem operam se impendisse, quo, si impedimentum non fuisset, impleret, id ad quod tenebatur. *Textus est in lege, qui commeatus*, et ibi Bartolus *ff. de re militari.* Alexander. *l.* 2. *consil. con-*

69 *sil.* 49. *n.* 5. Inde est, quod ille, qui vult praetextu impedimenti adjuvari, duo probare debeat; primo, quod illud fuerit tale, ut removeri non potuerit, *l. sed etsi* §. 2. *ff. ex quibus causis* dec. *consil.* 677. *n.* 4. Socin. Junior. *vol.* 1. *consil.* 76. *n.* 79. Gravet. *consil.* 270. *n.* 2. cum illud proprie tantum impedimentum sit. Deinde ut probet impedimentum hoc fuisse 70
causam immediatam, quare illud factum non fuit, ad hoc enim ut plene excuset, necesse est, ut probetur, quod nisi impedimentum illud fuisset, actus subsecutus fuisset, *l.* 2. §. *quod diximus. ff. si quis caut.* Innocent. *in capit. ex transmissa de praescript.* ubi Felin. *n.* 7. Menoch. *de arbitr. jud. quaest. lib.* 2. *casu* 118. *n.* 7. Decius *consil.* 454. *n.* 6. Klock. *vol.* 3. *consil.* 187. *n.* 218. Flaminii Parisii *tract. de resign. benefic. lib.* 11. *tom.* 2. *quaest.* 13. *n.* 26. 29. Unde 71
non sufficit simpliciter probare impedimentum, sed et probare debet diligentiam suam, nempe quod diligens fuerit in removendo impedimento, nec talis impeditus dicitur, qui potuit removere impedimentum, Petr. Frider. Mindanus *in process. lib.* 2. *cap.* 19. *n.* 2. Knipschilt. *de fideicommissis. cap.* 66. *n.* 99. Flaminii Parisii *de resign. benef. lib.* 11. *tom.* 2. *quaest.* 13. *n.* 31. 32. Sponte enim impeditus censetur, cui in manu est impedimentum tollere.

Morbum consanguineorum qui probare potest, legi- 72
tima impedimenta probavit. Ante omnia huc refertur morbus conjugis ac liberorum, hi enim sunt pars corporis mariti et patris, eamdemque curam ipsi pariunt, hinc in re non magni praejudicii volunt sufficere aliqualem causam, Carpzov. *j. f. r. s. part.* 1. *constit.* 9. *def.* 8. Christophor. Langius *in processu juris civil. et saxonici. c.* 40. *n.* 66. 67. Zanger. *de except. part.* 2. *cap.* 9. *n.* 13. Inde legitimum impedimentum probavit 73
reus, probando, eo tempore, quo comparere debuit, conjugem laborasse puerperio. Pariter mulier citata si praegnans, vel non ita pridem e puerperio levata, justum impedimentum probare poterit, Jacob. Schulta. *in Addit. ad Colerum part.* 1. *decis.* 104. *n.* 33. Damhouder. *in prax. criminal. cap.* 25. *n.* 14. Sic qui pro- 74
bat, quod eo tempore, quo comparere debuit reus, funus deducendum fuerit, *Ehehafften* probavit. Christoph. Zobel. *part.* 1. *differ.* 17. *n.* 2. Joach. Mynsing. *cent.* 4. *obs.* 57. *n.* 6. Carpz. *j. f. r. s. p.* 1. *constit.* 9. *def.* 8. *et in processu tit.* 8. *art.* 2. *n.* 46.

Qui probat carentiam, infirmitatem ac morbum ad- 75
vocati, legitimum impedimentum probat, Zanger. *de except. part.* 2. *c.* 9. *n.* 13. Langius *de processu c.* 40. *n.* 71. Carpz. *j. f. r. s. p.* 1. *const.* 9. *def.* 9. Marant. *in speculo suo part.* 6. *tit. de contumaeian.* 2. *et seqq.* Menoch. *arbitr. judic. quaest. cent. cas.* 153. modo in tam brevi temporis spacio reus alium advocatum habere aut informare non potuerit. Quamvis hic multum relinquendum sit arbitrio judicis, qui ex circumstantiis gravitatem et levitatem impedimenti aestimabit. Menoch. *lib.* 2. *arbitr. jud. quaest. cent.* 2. *casu* 153. Jason. *in lege sancimus versic. secundo limita. collocat.* 3. *cod. de judiciis.*

Captivitatem qui vel per testes, vel documentis a ju- 76
dice illius loci datis probare valet, legitime censetur impeditus. Langius *in processu. c.* 40. *n.* 67. Wehner. *in observ. pract. pag.* 85. 86. 87. Rudingerus *in observat. cent.* 2. *observ.* 10. Beust. *de juramentis. folio* 23. *n.* 92. *idem pag.* 221. *n.* 7. Mynsing. *cent.* 4. *observat.* 57. utpote si quis jussu praesidis, sub militari custodia fuerit detentus, *l.* 2. *cod. ex quibus causis major. l.* 19. *ff. d. t.* et nihil refert, sive il-

Ratio hujus. n. 12.
Impedimentum liberat non solum a contumacia et mora, sed et a poena perjurii et conventionali. n. 13. 14.
Quousque se extendat impedimentum, quod ex statuto oritur? n. 15.
Effectus ex morbo et infirmitate resultans. n. 16.
Si post litem contestatam superveniat. n. 17.
Qui morbos fingunt puniuntur ut falsarii. n. 18.
Si procurator missus et tamen damnum quis sentit? n. 19.
Factum procuratoris nocet domino quatenus solvendo. n. 20. 21.
Si quis institutus cum clausula si volet, et mortuus antequam se declaret, an ad haeredes transmittat? n. 22.
In via moribundus qui jacet? n. 23.
Illius testamentum non valet. n. 24.
Impedimentum efficit, ne tempus currat. n. 25.
Speciale statutum si conditum per illud non praejudicatur impedimentis legalibus? n. 26.
Impedimentum excusat a negligentia. n. 27.
Tempus belli simpliciter detrahendum. n. 28.
Quod procedit etiamsi jus dictum. n. 29.
Interest an praescriptio interrupta an impedita? n. 30.
Aliud exemplum in diversis reseriptis. n. 31.
Quod secus si negligens fuerit. n. 32.
Effectus insignis impedimenti. n. 33. 34.
Jurisdictio criminalis non utendo amittitur. n. 35.
Impedimentum liberat a poena legis commissoriae. n. 36.
Porro operatur ne sententia etiam post decem dies transeat. n. 37.
Ob paupertatem appellatio non dicitur deserta. n. 38.
Statutum si dictitet, ut dilatio sit deserta, nisi quisque pro centum solvat, excusat pauperem. n. 39.
Ratio impedimenti illius. n. 40.
Pauper excusatur a tutela. n. 41.
Facto tertii si impedimentum contingat quid operetur? n. 42.
Si solvendo currunt tempora. n. 43.
Huc qui referri poterunt. n. 44.
Emphyteuta si canonem non solvat n. 45.
Non nocet negligentia, ubi per diligentiam nihil effici poterit? n. 46.
Studiorum causa qui profectus excusatur a negligentia. n. 47.
Impedimentum operatur, ne ad expensas termini quis condemnari possit? n. 48.
Judex peccat contra stylum curiae, qui simul ad expensas termini, et legitima impedimenta condemnat. n. 49.
Ubi unum delictum una poena sufficit. n. 50.
In processu appellationis (1) *annus vocatur primum fatale. n.* 51.
Quid ibi operentur Ehehafften? n. 52.
Protestatio quid efficiat? n. 53.
Impedimentum liberat a poena in citatione expressa. n. 54. 55.
Impeditus etiam post terminum auditur. n. 56.
Impedimentum excusat quidem a contumacia, non autem a circumductione termini. n. 57.
Ehehafften impediunt confiscationem bonorum. 58. 59.
Quid hodie obtineat? n. 60.
Morbus animi quid hodie operetur? n. 61.
Furiosorum duo genera. n. 62.
Quid de testamento tempore dilucidi intervalli condito? n. 63.
Morbus perpetuus liberat delinquentem a poena adulterii. n. 65.
In publicis quoque negotiis impedimentorum ratio habetur. n. 64.
Prima comitia Norimbergae habenda. n. 66.
Quod limitatum in a. b. n. 67.
Vide exemple. n. 68.
Comparent autem principes vel personaliter vel per legatos. n. 69.
Nisi tamen adsint impedimenta. per legatos comparere non debent. n. 70.
Quo tempore personalis praesentia necessaria? n. 71.
Affine hisce sunt comitia provincialia. n. 72.
Quis effectus comparitionis? n. 73.
Impedimentum notabile operatur, ne primogenitus electoris succedat. n. 74.

Vidimus in praecedenti capite impedimentorum pro- 1
bationem; si jam secundum praefatum modum impedimenta legitime fuerint probata, probatio hunc habet effectum, praecipue, ut causa restituatur in pristinum statum, in quo fuit ante impedimentum, et de novo secundum juris ordinem procedatur. Reus itaque ju- 2
ribus suis denuo auditur, perinde ac si contumax non fuisset, Carpzov. *in processu civili tit.* 8. *art.* 2. *n.* 71. Langius *in processu c.* 40. *n.* 105. *et seqq.* Contumacia enim impedimento erat, quo minus reus audiri poterat, *l.* 1. *cod. quorum appellat. non recipitur*, quae contumacia cum sit purgata per probationem impedimentorum, ipse effectus cesset necesse, cum cessante causa ob quam non audiebatur, et ipse effectus cesset *capit. cessante ext. de appellat.* Carpz. *in process. tit.* 8. *art.* 2. *n.* 72. Restitutio vero ita fa- 3
cienda, ut unusquisque in integrum jus suum recipiat, *l. quod si minor.* 24. §. *restitutio.* 4. *ff. de minor.* 25. *annis.* Jacob. Menoch. *vol.* 3. *consil.* 783. *n.* 39. Sic licet possessio solo animo retineatur, etiam si rem 4
corpore non detineamus, *l.* 3. §. 11. *ff. de acquir. possess. l.* 6. *in fine. d. t. l.* 46. *ff. eod.* Ludovic. Po- 5
stius *tr. de manutenent. observ.* 17. *n.* 18. attamen haec possessio animo retenta tamdiu saltem prodest, quamdiu nobis reversis facultatem rem nostram occupandi nemo ademerit. Porro si absens probaverit, se reipublicae causa abfuisse, haec probatio hunc habet effectum, ut possit uti remedio rescindendi, Schneidew. *ad instit. lib.* 4. *tit.* 6. §. *rursus. n.* 24. Brunnem. *ad l. si quid* 2. *cod. de restit. militum. n.* 1. *et* 2. ibique allegatum Hilliger. *ad Donellum lib.* 21. *c.* 5. *lit g.* Remedium rescindens enim tollit impedimen- 6
tum, quod actioni instituendae obstabat, et efficit, ut usucapio rei vindicationem impediens rescindatur. Modus petendi hic est, *und gebe ich hiemit dem hochlöblichen judicio echnldigst zu vernhehmen, wie dass ich über die* 20. *Jahr bin reipublicae causa absens gewesen, meine Güter aber unter dessen alieniret, und per tempus longum usucapiret, bitte derohalben gehorsamst die Verjaehrung zu cassiren, und die Besitzer dahin zu vermögen, dass sie solche gebührend restituiren.* Mynsing. *comment. ad instit. lib.* 4. *tit.* 6. §. *rursus.*

7 Effectus impedimenti hujus etiam ad haeredes se extendit, Brunn. *in comment. ad l.* 1. *cod. de restit. militum. n.* 1. *et* 2. Ratio *in l.* 6. *ff. de in integrum restit.* cum et illi possint petere restitutionem, etiamsi defunctus non petierit, dummodo non petant contra factum defuncti, Ant. Perez. *ad l.* 2. *tit.* 51. *n.* 9. Licet enim beneficium restitutionis sit personale, successoribus tamen illorum, qui reipublicae causa abfuerunt, dari solet, *l.* 18. §. *fin. l.* 19. *ff. de mi-*
8 *nor.* hinc si de procuratore sibi non prospexerint, neque boni viri arbitrata rebus eorum datus sit curator, sed manserint indefensi, bona ipsorum a creditoribus fuerint distracta, restituuntur, quia non licuit bona ante redditum distrahere, sed tantum possidere *l.* 4. *cod. de restit.* retractaque venditione, tum bona, tum pignora, si quae sunt vendita, recipiunt,
9 *l.* 6. *cod. restit. militum.* Perez. *d. l. n.* 6. modo petitio restitutionis ex persona defuncti fiat intra tempus legitimum, quod tempus olim fuit annus utilis, *l.* 18. *cod. de postlim. revers.* Perez. *d. l. n.* 10. hodie vero est quadriennium continuum *l.* 1. *ff. ex quibus causis. major.* Brunn. *in comm. ad l.* 2. *cod. de restit. militum.*

10 Singularis effectus impedimenti est, si forte pater reipublicae causa absens, haereditatem sibi delatam adire non potuit morte impeditus, tunc haeres ejus ob impedimentum patris legitimum, dum reipublicae causa abfuit, jus petendi haereditatem praevia restitutione habet. Quamvis enim mors non praebeat causam restitutionis, *arg. l.* 11. §. 5. *ff. de minor.* attamen ex benignitate hoc receptum, quia si absens non fuisset, verisimiliter ante mortem adiisset haereditatem, et aditam reliquisset haeredi, Sfort. Oddo *de restitut. in integr. quaest.* 63. *art.* 6.

11 Similiter si filius una cum parentibus captus sit, parentes vero in captivitate decesserint, filius vero revertatur post usucapionem jam completam, datur restitutio in integrum, seu actio utilis rescissoria ad res paternas vindicandi, *l.* 5. *cod. ex quibus causis major.* in qua lege dicitur, exemplo utilis actionis, quasi imperator diceret hanc actionem proprie non
12 competere. Ratio autem hujus utilis actionis videtur esse, quia filius simul ab hostibus captus et parentes finguntur mortui in civitate, ita ut filius eis succedat beneficio legis corneliae, quae fingit eos primo captivitatis momento mortuos esse, *l.* 12. *ff. qui testam. fac. possunt.* Unde sicut parentes restituerentur, si viverent et reversi essent, sic et filius licet quadriennium sit elapsum.

13 Effectus impedimenti et in eo consistit, quod scilicet probato impedimento legali, non solum liberat aliquem a contumacia et mora, Menoch. *part.* 10. *consil.* 859. *n.* 3. *et arbitr. judicum quaest. casu* 153. *n.* 3. *et* 13. sed et faciat, ut quis excusetur a poena perjurii et conventionali. Flaminii Parisii *tract. de resign. beneficiorum. lib.* 11. *tomo* 2. *quaest.* 13. *n.* 64. quod et colligunt dd. *ex lege si quis major. cod. de transact.* August. Berous *vol.* 1. *consil.* 88. *n.* 33. Klockius
14 *tomo* 4. *consil.* 91. *n.* 2. impeditus enim justo aliquo impedimento liberatus erit a poena, etiamsi promissio poenalis juramento fuerit confirmata, August. Berous *vol.* 1. *consil.* 88. *n.* 33. Juramentum enim semper in se habere hanc tacitam clausulam, ut intelligatur rebus sic stantibus, et in eodem statu permanentibus, *arg. l. imperatores.* 38. *pr. ff. ad municip.* videatur Godofredus *in notis ad dict. l.* 38. *lit. c. l. si de falsis instrumentis.* 42. *cod. de transact. l. qui jurato.* 16. *ff. qui satisdar. cogantur. l. quod servus.* 8. *ff. de condition. ob caus. dat. l. quaero* 54. §. *interlocatorem. ff. locati.* Augustus Berous *in consil. vol.* 1. *cons.* 88. *n.* 34. et nunquam ad non cogitata extenditur, *l. qui cum tutoribus.* 9. *ff. de transact. l. mater decedens* 29. *de inoffic. testament. l.* 38. *ff. ad municip.* Wesenb. *lib.* 2. *consil.* 74. *n.* 8.

Statutum si conditum, et hoc ipso cautum, quod 15
minor viginti annorum obligari non debeat, nisi certa quaedam solemnitas, etiam ultra jus commune fuerit observata, tunc post aetatem istam cessare dicitur illa solemnitas inducta a statuto, quia impedimentum sublatum; cessante enim causa finali, ob quam ipsum impedimentum constitutum, cessat effectus, Marcus Antonius de Amatis *in decis. s. cas. c.* 49. *n.* 20. non tamen ideo mox cessat solemnitas juris communis, eum de eo non loquatur statutum, et sic ille casus tamquam omissus, remanet sub dispositione juris communis *arg. l. commodissime ff. de liber. et posthum. haeredibus.* Menoch. *in consil. part.* 5. *cansil.* 602. *n.* 4. *et* 6.

Morbus cum inter impedimenta referatur, uti in an- 16
tecedentibus capitibus dictum, hinc singularis quoque effectus resultat. Si morbus vel infirmitas jam fuit ante litem contestatam, tunc ne quidem citari potuit, nec ad id adstrictus ut compareat, ne quidem per procuratorem. Sic etiamsi citatus fuerit, non valebit processus nec sententia sed rescinditur per restitutionem, ex clausula generali; quando autem tale impedimentum adest, utile est, ut excusator mittatur, de impedimento enim constare debet judici ut judici, adversario ut adversario, vid. Augustus Berous *in consil. vol.* 3. *consil.* 18. *n.* 71. Si enim judex novit impedimentum, sententia ferri nequit ob nu-
litatem, Fulv. Pacian. *de probat. lib.* 2. *cap.* 46. *n.* 42. 43. 17
Impedimentum vero si post litem contestatam superveniat, tum distinguendum, an brevi tantum tempore si duraturum, ut est in illo, qui febrem habet, qui non tenetur mittere procuratorem, sed saltem excusatorem, an vero impedimentum perpetuum vel longo tempore duraturum, tunc utique tenetur procuratorem mittere, *l. eumdem* §. *fin. ff. de legat.* ne aliorum jus interea pereat, Bartolus *in l.* 2. §. *si quis in judicio. ff. si quis caution.* Kirchoff. *consil. vol.* 3. *consil.* 17. *n.* 4. Fulv. Pacian. *de probationibus l.* 2. *c.* 46. *n.* 45. Cum vero 18
eo processerit malitia hominum, ut morbos non raro fingant, hinc de hac malitia convictos tamquam falsarios puniendos dicit Ripa, *in tract. de peste. part.* 5. *n.* 176.

Reipublicae causa quando quis abest, procuratorem 19
si misit et tamen damnum sensit, tunc si per hunc defendi potuerit, impedimenti effectus cessat, et non restituitur; non enim indefensus fuit: si vero quid neglectum, hujus indemnitati prospectum actione mandati *l.* 39. *ff. ex quibus causis major.* nec obstat. *l.* 26. §. *ult. vers. saepissime ff. ex quibus cautis major.* cum hic textus intelligendus sit, ubi procurator non potuit defendere, vel si actio contra procuratorem inanis, forte quod non solvendo, Anton. Perez. *in praelect. ad cod. lib.* 11. *tit.* 54. *n.* 6. quis vero dicatur non solven- 20
do. vid. Scaccia. *de appellat. quaest.* 15. *art. n.* 135. factum enim procuratoris nocet domino quatenus solvendo, si enim non solvendo, actio contra ipsum esset

otiosa, cum non sit, unde suum consequi posset impeditus, hinc aequissima ratio suadet, eum restituendum esse, cum alio modo indemnis esse non possit. Nec interest, an reipublicae an vero civitatis causa abfuit; necessaria enim absentia probata nec effectus, puta restitutio, deneganda, et hoc eum in finem, ut eo facilius inveniantur, qui munera civitatis suscipere velint, semper enim, qui in uno gravatur, in alio debet sublevari. Contra lapsum vero fatalium indistincte restituitur, ut si tempora lapsa, nihilominus appellare possit, *l. 1. cod. ex quibus causis major.* Hilliger. *ad Donell. l. 21. c. 5. lit. l.* Zoes. *ad ff. tit. ex quibus causis major. n. 12.* Brunnem. *ad Wesenbec. tit. ex quibus causis major. quaest. 7.* Perez. *ad lib. 2. tit. 54. n. 6.* 21

Si quis aliquem instituerit haeredem, cum clausula si volet, ex. gr. Mevius erit haeres, volet, Mevius jam morte impediatur, quo minus vel verbis vel factis se declarare possit, dubium videtur, cum morte fuerit impeditus, an haereditatem ad haeredes suos transmittat, et videtur quod non, vid. Brunnemann. *ad Wesenbecii tit. de acquir. l. omittend. haereditat. quaest. 23.* sed illa sequela non satis videtur firma, per *l. 12. de condit. instit.* Zoesius *ad tit. ff. de acquir. vel omitt. haered. n. 35.* Conditio enim illa, si volet esse haeres, tacite inest, talia enim, quae tacite insunt, actum non faciunt conditionatum, per *l. conditiones 99. ff. de condit. et demonstrat.* 22

In via moribundus qui jacet, casu videtur impeditus, quo minus testamentum solemne facere possit, quaeritur, cum videat, subitaneo morbo sibi pereundum, an coram duobus testibus, puta sociis itineris, testari possit; forte si dixerit; video mortem mihi jam imminere, haec erit ultima mea voluntas, Mevius esto meus haeres, quod si probetur et decesserit, valere putant testamentum, vid. Struv. *exercit. 52. th. 22.* Mev. *ad jus lubecense part. 2. tit. 1. art. 20. n. 59. et seqq.* Brunnemann. *ad paratit. Wesenbecii tit. de testamentis. quaest. 18.* sed non putamus hoc casu tale testamentum valere, cum morbus inopinatus hic pro legali impedimento non sit habendus, ita ut dici possit testatorem legitime fuisse impeditum, quo minus testes plures adhiberet, sed potius casui hoc adscribendum puto, quod cum testari voluerit, non potuerit, qui casus hic impedimentum non praestat, cum hic nulla adsit necessitas, nec ulla obligatio, ut quis condat testamentum, relinquit enim bona legitimis suis haeredibus, quod forsan Deus non sine speciali causa voluit, ut bona potius manerent apud egenos haeredes. 23 24

Consistit et effectus impedimenti in hoc, ut sistat cursum seu lapsum temporis. Nulla quippe currit praescriptio adversus impeditum, §. *nec autem. 2. c. de annal. except.* Auth. *nisi tricennale.* et ibi Gloss. *in verbo apparuerint. cod. de bonis matern. l. quaecumque. 4. in fine. cod. de bonis quae liber.* Carpzov. *j. f. r. s. part. 2. constit. 50. def. 6. n. 3.* Sic si statutum dictitet, ut omnibus curreret praescriptio, qui sua debita intra decem annos non exegissent, attamen ei non curreret praescriptio, qui agere impeditus esset seu impedimenta legalia *Ehehafften* allegare valeret, aequitas enim naturalis non patitur, ut ibi sit poena, ubi non est negligentia, cum in poenam negligentiae praescriptionum jura tantum sint inventa. 25 26

Impedimentum excusat a negligentia, unde qui probavit impedimenta, etiam post triginta annos debitum suum exigere potest, quale impedimentum praecipue tempore belli oritur de quo et in recessu novissimo *de anno 1654. dictum §. 172. verbis: So viel nun die capitalia anlanget, sollen erstlichen dieselbe einem jeden creditori unverschret, und ohne einige Abkürtzung richtig verbleiben, und hiewider keine praescription oder Verjehrung wegen der bey wehrendem Kriege unterlassener Foderung der Zinsen oder capital, angezogen werden noch gelten,* hinc apparet tempus belli simpliciter detrahendum esse, nec obstat, quod objici solet, cancellariam non fuisse clausam, sed semper jus dictum, ideoque impedimentum non prodesse, cum agere potuit, hinc potius negligentiam puniendam esse, quod dum agere potuit, noluerit, ipsi ergo imputandum esse, quod jam poenam negligentiae sentiat. Sed respondetur, aequissimam rationem aliud suadere, utut enim judicium non fuerit penitus clausum, sed semper jus dictum, belli tamen tempora non permittebant, invigilare processibus, praecipue ubi ne quidem securus domi latitare potuit; ut taceam incommoda peregrinationum ad loca judicii, cui et accedit, quod documenta literaria turbulentis illis temporibus ad loca munita transmitti solerant, et sic non detur occasio jura nostra evolvendi, et in judicium producendi, quo pertinet vulgata illa regula; non valenti agere seu impedito nulla currit praescriptio, *l. 1. cod. de annal. except.* Struvius *exercit. 43. th. 26.* Brunnemann. *ad paratit. Wesenbecii tit. de usurp. et usucap. quaest. 36.* Idem et de tempore pestis asserendum Carpz. *j. f. r. s. p. 2. decis. 116. n. 11.* Struv. *exerc. 43. thes. 26.* Maxime autem interest, an praescriptio sit impedita, an vero interrupta, si impedita, tunc tempus prius cum posteriori conjungitur, si vero tempus praescriptionis interruptum, prius penitus non prodest, sed de novo inchoanda praesciptio Brunnem. *ad Wesenbec. tit. de usurpat. et usucap. quaest. 37.* 27 28 29 30

Aliud exemplum est in illo casu, si plura rescripta a diversis sint impetrata, is vero, qui prius impetravit, intra anni spacium rescripto suo non utatur, sic posteriori locus erit, modo non legitima impedimenta habuit; si enim impeditus fuit quo minus offerri potuit, utpote si copia judicis non fuerit data, quale impedimentum tempore belli frequenter occurrit, quando jus non fuit dictum, priori rescripto omnino locus erit, Desselius *in erotematibus jur. canon. lib. 1. tit. 3. quaest. 11.* quod secus si non fuit impeditus, sed negligens extitit, *capitul. si autem 9. et capitulum plerumque 23. X. de rescriptis.* Si vero duo sint, qui idem beneficium persequuntur, is erit praeferendus, non qui prius rescriptum praesentavit, sed qui literas ad beneficium impetravit, nisi posterior prius possessionem sit adeptus, sic enim hujus conditio potior, *arg. l. quoties. 15. cod. de rei vindicat.* et hoc procedit, etiamsi alter docere queat legalia impedimenta. 31 32

Effectus impedimenti insignis est, ut quis non utendo non amittat privilegium. *l. 1. ff. de nundinis.* Brunnem. *d. t. quaest. 5.* Struv. *exercit. 50.* Civitati si a principe jus nundinarum sit concessum, et intra decem annos non utatur privilegio, privilegium amisit, *l. 1. ff. de nundinis. l. si quis. 26. cod. de pactis. l. 6. cod. de nundinis. capit. ad audientiam 13. de praescript.* Enenckel. *lib. 3. de privilegiis. cap. 15. n. 17.* Brunnem. *ad Wesenbecium tit. de nundinis qu.* 33

34 S. Struv. *exercit.* 50. *th.* 83. modo non adfuerint impedimenta legalia, utpote quod tempore belli vel pestis occasionem utendi non habuerit, sic enim non valenti uti privilegio nulla currit praescriptio, *l.* 1. *ff. de nundinis.* Brunnem. *in comment. ad alleg. leg.* 1. *ff. de nundinis.* Gloss. et Dd. *in cap. abbate de v. signif.* Bart. *in lege filiis. n.* 3. *cod. de decurion.* tempore belli uti nulla currit praescriptio, ita non usus non praejudicat, dn. Mevius *in dec. part.* 2. *dec.* 1. nec praescriptio nulla currit adversus agere impeditum *l.* 1. §. *ne autem* 2. *cod. de annal. except. auth. nisi tricennale.* et ibi Gloss. *in verbis apparuerint cod. de bonis maternis. l. quaecumque* 4. *in fine. cod. de bonis quae lib.* Carpz. *part.* 2. *const.* 50. *def.* 6. *n.* 3.

35 Qui habet jurisdictionem criminalem, non utendo eam amittere potest, si habuerit occasionem utendi et non fuerit usus, ex. gr. Nobilis quidam possidet criminalem jurisdictionem, hic furti reum detinet, cum autem videat multos sumptus in captivum impendendos esse, clam iterum dimittit, sic amisit privilegium, si post lapsum decennii non est usus privilegio, et tamen occasionem utendi habuit. Gail. *lib.* 2. *obs.* 60. *per tot.* Bach. *de privilegiis lib.* 3. *cap.* 5. *n.* 28. E contra vero, si casus super quo concessum privilegium nunquam evenerit, non tollitur privilegium, etiamsi stetisset per mille annos, ut tradit Panormit. *in capit. antiqua n.* 4. *de privil. et in cap. ad audientiam. coll. fin. de praescript. et in capit. abbate n.* 18. *de v. s.*

36 Impedimentum liberat a poena legis commissoriae, res enim si sub lege commissoria vendita, utpote si certo die non solvatur pretium, res sit inempta, *l.* 2. *ff. de lege commiss. l.* 4. *cod. de pact. inter emptorem et venditorem*, hic quoque cum dies interpellet pro homine, non necessum est, ut moneatur emptor, ut praefinito die solvat, *l.* 4. §. fin. *ff. de lege commissoria.* sed si non solverit, incidit in poenam legis commissoriae, nisi *Ehehafften* doceri possint *l.* 4. §. *fin. ff. de lege commissor.* Brunnem. *in comment. ad. l.* 4. *ff. d. t. n.* 4. Zoesius *ad ff. d. t. n.* 29. Conf. dn. Gothofredus de Jena *tr. de lege commissoria th.* 49.

37 Impedimentum efficit, ne sententia etiam post 10. dies transeat in rem judicatam, quando enim immensitas ventorum, vel fluminis impetus, aut inundatio, aut quia mare erat innavigabile, appellantem detinuit, ne appellationem interponere potuerit, tunc si hoc impedimentum legitime fuerit probatum, tempus appellationis non currit, qui enim impeditus est adire judicem, etiam post 10. dies appellare poterit. Scacc. *de appellat. quaest.* 12. *n.* 167.

38 Impedimentum ex paupertate proveniens hunc habet effectum, ut appellatio deserta dici nequeat; sic
39 statutum esset, ut appellans solveret quinque pro centum, alias esset appellatio deserta, si vero appellans dictam gabellam non solvat ob paupertatem, ejus appellatio ideo deserta dici nequit. Baldus *in l.* 2. §. *si quis in jud. ff. si quis caution.* Lancellott. *de attentatis. part.* 2. *c.* 12. *ampl.* 1. *n.* 56. Augustus Berous
40 *vol.* 3. *cons.* 18. *n.* 88. Paupertas vero excusat appellantem a persecutione appellationis, non autem ab appellatione ipsa Mynsing. *singul. observat. cent.* 2. *decis.* 58. *et decis.* 97. quia nullos requirit sumptus, sed saltem dicit appello. Ratio hujus impedimenti videtur esse, quod maximus sit favor pauperum, praecipue illorum, qui absque culpa sua ad inopiam redacti: hinc bene constitutum in ordin. Wismar. summi tribunalis, ut licet summa non sit appellabilis, tamen admittatur pauper, ut refert dnus. Mevius. *p.* 5. *decis.* 84. hinc effectus hujus impedimenti est, quod admittatur non solum ad restitutionem, sed et appellationem licet summa sit minima, Carpzov. *j. f. r. s. part.* 1. *constit.* 16. *def.* 17. Pariter paupertas efficit, 41
ne quis invitus tutor constitui possit §. 6. *instit. de excusat. tutor.* Pauper autem hic dicitur, qui diurno quaestu vix se sustentare potest: ratio hujus effectus videtur esse, quia paupertas per se onus sat grave est, ne hoc semper utile futurum esset pupillo *l. penult. ff. de excus. tutor.* cum ex ejus bonis victum sibi quaereret, nec sic indemnis esse posset.

Facto tertii si quis impeditus, quo minus in ju- 42
dicio se sistere potuit, ille non solum habet actionem de vi, contra violentum detentorem, sed et gaudet beneficio restitutionis, si scilicet alter non solvendo; si enim solvendo, semper datur actio ad interesse, et hanc esse communem doctorum opinionem testatur Mynsing. *in sing. observat. cent.* 5. *observat.* 98. *n.* 6. *cas.* 5. si solvendo, indistincte currunt tempora, non obstante impedimento tertii. Idem et dicendum 43
si dolo procuratoris deserta sit appellatio, tunc si non solvendo, restituitur. Dicitur autem is non solvendo, qui bona in territorio non habet, vel prope territorium Scacc. *de appell. qu.* 15. *art.* 3. *n.* 139. Huc et referri poterunt, qui personaliter citatum et 44
ad judicem adductum vi eximunt, si vero is sit exemptus, qui ratione privilegii in jus vocari non potuit; veluti pater, patronus aut alia persona enumerata in *l.* 2. *et toto tit. ff. de in jus vocando* haec cessat actio, hodie vero excusationem non praebet, cum non amplius in jus vocatio fiat privata auctoritate. Schneidewein. *ad instit. lib.* 4. *tit.* 6. §. *poenales quoque actiones.*

Emphyteuta si canonem non solvat, forte quod ju- 45
sto impedimento impeditus fuerit, non ideo amisit fundum emphyteuticum, quia ubi non est mora, ibi nec obtinet poena, quae propter moram infligi solet. Canonem enim solvere voluit sed non potuit, forte ob impedimentum pestis vel belli, maxime si in illo loco ubi facienda solutio. Omittens aliquid facere ad quod alias tenebatur, si impeditus, non poterit dici negligens, Bart. *in l. naturaliter col. ult. ff. de usucap.* Flaminii Parisii *tract. de resign. benef. lib.* 11. *tom.* 2. *quaest.* 13. *n.* 61. *et* 62. Negligentia enim 46
ibi non objicienda; ubi constat per diligentiam nihil potuisse effici, modo tamen constet, quod impedimentum hoc per totum illud tempus duraverit. Flaminii Par. *tr. de resign. benef. lib.* 11. *tom.* 2. *quaest.* 13. *n.* 69. *et seqq.* alias cessante causa cessat et effectus *arg. l. adigere* 6. §. *quamvis. ff. de jure patronatus.* Aug. Berous *consil.* 140. *n.* 10.

Simile exemplum ubi impedimentum a negligentia 47
excusat est in studioso, qui ad academias studiorum gratia peregrinatus est, hic enim si haeres cum conditione scriptus, et ob hoc impedimentum conditioni satisfacere non potuit, restituitur, cum non solum is restituatur, qui per impedimentum damnum sensit, sed et qui lucrum amisit. *l.* 41. *ff. ex quibus causis major.* Brunnem. *in comm. ad l. Julianus* 17. *ff. ex quibus causis major.* Restituitur tamen ita, ut adhuc conditionem impleat, et id praestet, quo oneratus fuit;

non enim ideo ipsi succurritur, ut injustum acquirat lucrum, sed ne in damno sit. Brunnem. *in comm. ff. ad d. l.* 41. *d. t.*

48 Cum jure saxonico praecipue obtineat, quod reus ante omnia ad legalia impedimenta condemnetur, *biss auf Ehehafft und behülfflliche Widerrede*, Carpzov. *de processu juris in foro saxonico tit.* 8. *art.* 2. *n.* 36. hinc ex probatione horum impedimentorum singularis effectus resultat, nempe quod ad expensas

49 termini exsolvendas condemnari non possit. Refusionem expensarum si judex adderet condemnationi ad legitima impedimenta, graviter peccaret contra observantiam sententionandi, Carpzov. *in process. juris*

50 *tit.* 8. *art.* 2. *n.* 12. 13. quis enim non animadverti, reum duplici poena mulctatum iri, si ad impedimenta legalia, et ad refusionem expensarum condemnaretur, quod tamen neutiquam admittendum, cum propter unicum delictum nemo duabus poenis afficiendus, Matth. Wesenbec. *part.* 1. *consil.* 22. Bartol. *in l. si quis reus ff. de publ. judiciis.* poenae enim semper sunt commensurandae delictis, sic ut unum quodvis nonnisi una coerceatur poena, *l. perspiciendam.* 11. *in pr. l. hobie* 13. *ff. de poen. l. sancimus* 22. *cod. de poenis.*

51 In processu appellationis, primus annus interpositae appellationis dicitur primum fatale, a fato scil., quia sicut mors extinguit hominem, ita lapsus istius termini extinguit appellationem, cum ille annus non solum detur ad prosequendam, sed et ad finiendam appellationem. *l. cum anterioribus fin. cod. de temporibus appell.* Brunnem. *in comm. ad dict. legem fin. n.* 12. et sic elapso anno deserta dicitur appellatio.

52 Impedimenta vero legalia si quis allegaverit, operantur, ut et secundus annus a lege nempe detur, ad finiendam appellationem, Brunnem. *in comm. cod. ad d. l. fin. n.* 13. Goden. *in consil. cons.* 61. *n.* 2. modo legitima probatio impedimentorum accesserit, et de tali impedimento protestatus quis fuerit, sc. quod per

53 eum non steterit, quo minus causam expediret. Quae protestatio tamen congruo tempore fieri debet, quo actus adhuc expediri potuit, protestatio enim hunc habet effectum, ut reum liberet a negligentia. Exemplum Refert Goden. *in consil.* 61. *n.* 5. ubi quis in causa appellationis non potuit habere copiam judicis, et propterea tempus labi passus fuit, sine protestatione, et propter illam negligentiam in non protestando succubuit, non semel sed saepius protestandum, alias non debitem videtur adhibuisse diligentiam, Flam. Par. *tract. de resign. benefic. lib.* 11. *tom.* 2. *qu.* 13. *n.* 31.

54 Impedimentum operatur, ut quis liberetur a poena in citatione expressa · per mandata enim poenalia qui citatus, etiamsi mox post terminum in monitorio praefixum compareat, nihilominus in poenam mandati incidit, cum idem sit, non parere et vitiose parere, qui enim imperfecte paret, non videtur paruisse. *l. constit. in fin. ff. ad municipalem. l. Fulcinius* §. *hoc edictum. quib. ex caus. in possess. eatur.* Petr. Fr. Mindanus *in processu l.* 1. cap. 19. *n.* 7.

55 Hinc qui terminum illum praeterlabi patitur, poenam promeruisse intelligitur, quod stricto jure ita obtinet, licet statim post elapsum terminum pareat, termino autem monitorio contumaciter elapso, non solum necessaria est contumaciae accusatio, ut contumax tamquam contemptor praecepti judicialis convincatur, *l. properandum* §. *et si quidem ibi parte absentiam incusante cod. de judic.* sed etiam requiritur, ut post lapsum terminum contumax adhuc citetur ad audiendam sententiam et poenae declarationem, *per l.* 2. §. 1. *si quis in jus vocatus non ierit*, quae omnia tamen cum solemni et vulgata hac limitatione intelligenda, modo non adfuerint impedimenta legalia, non enim haec judex exclusisse videtur.

Impedimentum allegatum si legitime probatum, ef- 56
ficit ut etiam quis post terminum audiatur, attamen restitutione in integrum et judiciali cognitione et absolutione opus erit, quandoquidem terminus impedimento non obstante ipso jure currit, Petr. Fr. Mindanus *de proc. lib.* 2. *cap.* 19. *n.* 7. nec hic valet distinctio inter impedimentum facti et juris, quod videlicet ibi sit opus restitutione, hic vero contra, Min- 57
dan. *d. l.* Licet enim revelans impedimentum justaque absentiae causa excuset a contumacia, *l. contumac. ff. de re jud.* attamen non excusat a circumductione termini, quia judicium non debet esse in pendenti, *l. non quemadm.* 35. *ff. de re judicata*, idque ex dignitate et majestate judiciorum est, ne instantiae frustatoriis exspectationibus detineantur, et litis pendentia elusoria reddatur, Mindanus *lib.* 2. *cap.* 20. *n.* 1. 2.

Impedimentum et bonorum confiscationem impedit: 58
capitalis criminis reus si se non stiterit, solet publicis denunciationibus et edictis vocari, et citari in trium principum territoriis, tunc si contumax sit et non compareat, publice describuntur obsignanturq; ejus bona, et demum rursus ipsi haec obsignatio intimatur, et denuo per edictum citatur; ad se excusandum a delicto, de quo inquiritur; si redierit intra annum seque purgaverit, bona recuperat, si vero non redierit, nec justas impedimenti causas allegaverit, quare scilicet redire non possit, sic bona ejus a Fisco vindicantur et pro contumace habetur; *l. ult. in pr. ff. de repuis. rei l. ult. cod. eod.* Struv. *j. r. g. f. lib.* 4. *tit.* 21. §. 19. 20. 21. Si vero voluerit, sed ob 59
impedimentum non potuit, neutiquam pro contumace habendus. *l. qui commeatus.* 14. *ff. de re militar. l. ob commissa. cod. ad leg. juliam. de adulteriis. l. fin.* §. *illud etiam.* 4. *cod. de tempor. et reparat. appell. l.* 1. *ff. de divers. tempor. praescript. l.* 2. §. *quod diximus. ff. si quis caut. de judic. sisti.* Petr. Frid. Mind. *de proc. lib.* 2. *cap.* 19. *n.* 1. Sed hoc 60
hodie secus, cum bona extra crimen Majestatis non amplius confiscentur; annotatio vero bonorum eum in finem fit, ne fuga instruatur, vid. *const. crim. caroli V. art.* 206. factaque annotatione si literis arrestatoriis apprehendi nequeat, edictaliter citatur in tribus territoriis, et offertur salvus conductus, bona vero, quocumque tempore revertatur, recipit.

Cum et in capite secundo, de morbo non tantum 61
corporis sed animi dictum sit, hinc effectus ejus considerandus venit; exemplum evidens in furioso, hic enim impeditur, quo minus illud peragere possit; quod alias sanae mentis hominibus neutiquam denegatur. Unde neque contractus ab illo gestus, neque testamentum conditum valet. Cum autem furiosorum 62
in juris nostri textibus duorum genera recenseantur, unum scilicet, qui in perpetuo sunt furore, et continua mentis alienatione, omniqne intellectu carent,

l. 6. *in pr. l.* 7. *in pr.* §. 2. *de curator. furios. l.* 12. §. 2. *de judic. l.* 22. §. 9. *solut. matr.* alterum quorum furor intermissus est, vel qui habent dilucida intervalla *l. divus Marcus.* 14. *ff. de off. praes. l. furiosum.* 9. *cod. qui test. fac. poss. l.* 20. *ff. eod.* hinc illa tem-
63 pora bene distinguenda erunt. Testamentum enim, quod tempore dilucidi intervalli conditum omnino validum erit *per l.* 9. *cod. qui test. fac. possunt.* Cum illo tempore intelligat, quid agat, et sic cesset impedimentum. Sic et Lucretius amatorio poculo in furorem versus, aliquot libros per intervalla insaniens scripsisse dicitur, vid. Strauch. *ad universum jus Justin. diss.* 9. *th.* 8. ibique alleg. Euseb. *chron. lib.* 1. caute autem hic procedendum est, beneque animadvertendum, an revera recesserit furor, anne saltem in conspectu inumbratae quietis fuerit constitutus, *l.* 18. §. 1. *ff. de acquir. possess. l.* 6. *cod. de curat. furiosor.*

64 Morbus perpetuus liberat conjugem delinquentem a poena adulterii. Solet enim semper poena adulterii mitigari, quoties ob morbum cessavit actualis cohabitatio; morbo enim continuo si maritus per annum longius laboraverit, ita ut conjugi non potuerit cohabitare, illa vero interea temporis in corpus peccet, mitius cum illa proceditur; cum enim actu secundo matrimonium non substituerit, ignoscendum videtur carnis illecebris seductae uxori; et in similibus quoque terminis marito.

65 Ut paulisper dilabamur ad causas publicas, etiam
66 in his imperator primam suam aulam et prima comitia Norimbergae habeat, *aur. bulla tit.* 28. *cap. Caroli V. art.* 29. *et Ferdinandi I. c.* 27. quod tamen in
67 ipsa a. h. limitatum, si nempe impedimenta legalia obvenerint. vid. *aur. bull. cit. l.* §. verbis: *Es waere dann, dass denen obberührten allen, oder ihre ein Theil Ehehafften und erhebliche Verhinderung begegnet oder widerstünde.* vid. *E. F. v. Herden, in der*
68 *Grundf. part.* 1. *c.* 4. *p.* 31. *in fine.* Unde cum Carolus V. ob impedimenta legalia, puta ob infectum aerem prima sua comitia ibidem celebrare non potuerit, propterea se excusavit publice, *Ordnung des Regiments zu Worms. de an.* 1521. *in pr.* et cum Maximil. II. idem non observaverit, in amplissima forma protestatus, quod isto suo facto vel aurese h. vel jurib. Norimb. nihil derogare voluerit, et quod iste actus neque in consequentiam trahi, neque in exemplum aut praejudicium dictae civitatis allegari debeat, *Reichs Absch. zu Augsp. a.* 1566. §. *Wiewol dann letzlich nach alten.* eadem et cavit Matthias r. a. *Regensp. de anno* 1613. §. *Wiewol dann letzlich.* idem et fecit Ferd. III. vid. *E. Fr. v. H. c. l.*

69 Comparitionem in comitiis quod attinet, status imperii ad comitia vocati personaliter vel per legatos comparere solent, comparitionem enim hodie arbitrii esse volunt, an velit in propria persona, an per legatos, vid. magnif. dn. Rhet. *inst. jur. publ. lib.* 11. *tit.* 24. §. 10. *Eitel Fr. von Herden. part.* 1. *c.* 6. *p.*
70 38. sed quamvis status personaliter, vel legati alternative vocentur, attamen nisi legitima impedimenta habeant, per legatos comparere non debent. Firmat id ipsum r. a. *zu Trier und Cöllen. anno* 1512. §. *Es sollen auch die Chur-Fürsten, Fürsten und andere Staende, so in Sachen oberzehlt, zusammen an gelegene Mahlstatt erfodert werden, persönlich oder durch ihre vollmaechtige tressentliche Botschafft, no sie in eigener Person zu erscheinen redliche Hinderung haetten, die sie bey ihrem Glauben, mit Briefund Siegel betheuren sollen, erscheinen und nicht ausbleiben.* Hinc mandati formula, quod status imperii le- 71
gatis et nunciis suis dant, hanc clausulam continere solet: *Ob wol Wir uns schuldig erkennen, auch in unterthaenigsten Gehersam gantzbereitwillig gewesen Jh. Maj. zu unterthaenigstem Gehorsam, darauff selbstzu erscheinen etc.* ex quo est, quod legati in audientia apud Caesarem, si ille in loco, soleant allegare impedimenta, quare non in persona principalis comparere potuerit. *Eitel Frid. von Herden in der Grundfeste des H. R. Reichs* cit. antea loc pag. 43. Imo quamvis imp. ob arduam aliquam et urgentem causam sub poena et amissione regalium injungat, ut personaliter compareant, de quo vid. dn. Rhetius *in inst. jur. publ. cit. l. n.* 10. *Eitel Frid. v. Herden in der Grundf. d. l. p.* 38. Attamen hoc intelligendum, modo non adfuerint impedimenta legalia, haec enim semper excipiuntur, r. a. *zu Trier und Cöln. an.* 1512. §. *Es sollen auch die Chur-Fürsten.* r. a. *zu Regenspurg. anno* 1536. §. *Dieweil. Wir aber in solcher. r. a. zu Nürnberg. an.* 1522. §. *Und wiewohl hoch von nöthen.*

Affinia hisce comitiis sunt comitia provincialia, in 72
quibus status provinciales vocati, comparere tenentur, Ziegl. ad *Calvol. prax.* §. *Landsass. part.* 1. *n.* 139. adeo, ut si emaneant vigore jurisdictionis territorialis ad id cogi possint, Gail. *de arrestis. c.* 7. *n.* 14. imo et non raro puniri solent, si emaneant sine impedimentis legalibus, Burgold. *in disc. ad inst. pacis. part.* 3. *disc.* 13. *pag.* 100. Comparitio autem 73
hunc habet effectum, ut jurisdictionis possessionem indicet, et Landsassum hominemque jurisdictionalem efficiat. Kuich. *de jure territor. c.* 3. *n.* 281. Ritter *de homagio conclus.* 185. eo ipso enim, dum paret mandatis, principis subditus esse censetur Mascard. *de probationibus conclus.* 549. Mylerus ab Ehrenbach *de princip. et stat. imperii part.* 2. *cap.* 45. *et* 4. 5. Quam comparitionem in diaetis provincialibus et potentissimus rex Sueciae in praetensionibus suis contra civitatem bremensem urget, videatur Burgoldensis *in discurs. ad art. x. instr. pacis.*

Legitima electorum successio cum fiat mediante 74
sanguine, sic et succedit filius primogenitus, modo non tali impedimento fuerit impeditus, quo regimini par esse non possit, illust. dn. Rhet. *instit. jur. publ. lib.* 1. *tit.* 7. §. 5. *a. b. c.* 27. §. 2. Requiritur autem impedimentum aliquod notabile, quod penitus inhabilem reddat ad gerendum imperium, quale impedimentum praestat, si mente captus, vel penitus decumbere teneatur, vel factus esset, seu aliud famosum et notabile impedimentum adesset, per quod nec deberet nec posset hominibus principari. *a. b. c. loc. n.* 6. *in fin.*

Sufficient haec, parum quidem pro lectore, satis vero pro exercitio publico. Fateor utilissima haec materia plus industriae sine dubio requisivisset; verum dum de his impedimentis sollicitus eram, legalia mihi Deo sic volente, injecta impedimenta, tristia satis, quae et animum turbarunt nimium et tempus omne elaborationi destinatum ademerunt. Mortem optimi parentis indigito, qua omnibus meis

studiis gravissimum contigit impedimentum, adeo ut domum mihi properandum sit. Ignosces ergo b. l. festinanti calamo, et ingenio meo non tantum tenui, sed hac ratione penitus confuso. Quod superest Deum t. o. m. gratias non quas debeo sed quas possum persolvo maximas, pro viribus ad hunc laborem concessis, ardentissimisque suspiriis supplex oro, ut velit conatus meos ulterius commendatos habere, quo in Sui nominis gloriam, et proximi emolumentum vergant, quorsum unicus studiorum meorum tendit.

FINI.

DISPUTATIO QUARTA

DE OFFICII NECESSITATE.

ANNO MDCLXXXIV. AD D. APRIL. HORIS ANTE ET POMERIDIANIS.

RESPONDENTE

VITO ANDREA SCHAEFFERO. GUELPHERB.

INGRESSUS.

Nulla vitae pars, neque publicis, neque privatis, neque forensibus, neque domesticis in rebus, neque si tecum agas quid, neque si cum altero contrahas, vacare Officio potest. In eo enim excolendo sita est vitae honestas omnis, et in negligendo turpitudo. Prudentissime ita disertissimus Romanorum consul insinuat, unicuivis hominum, circa quaecumque etiam occupetur negotia, in id serio incumbendum, ut officii sui rationem habeat, ne quicquam, quod ad ejus pertinet implementum, omittat. Non enim otiosum animal in homine produxit natura, sed quod perpetua quadam agilitate moveretur, quo Deo, quo proximo, quo sibi demum pensum exsolveret. Inde jam olim contra otiosos speciali judicio procedendum crediderunt Athenienses. Imo alibi non absurde cautum fuisse deprehendo, unumquemvis civium quotannis rationes reddere debuisse publice, unde viveret, et quo pacto tempus transigeret. Ex eodem fonte juris nostri derivata decisio; munera publica deferri debere invitis; multis refractarios ad illa compellendos: qui majoribus reipubl. curis vacant, a muneribus vilioribus excusandos. Omnia haec eo fine, ut quisque civium adigatur, quo civitatis commoda promoveat et ab otio avocetur. Suboritur inde necessitas expediendi officium semel susceptum. Quisque enim Spartam, quam nactus, ornare tenetur. Negligentia omnis hic in crimen incidit, et poenis non levibus vindicanda. Contra qui officio suo funguntur ex merito, favore publico digni, et inde ab omnium injuria vindicandi: utut enim dura saepius refractariis videtur juris executio, quam vi officii suscipere tenentur illi, qui munere publico funguntur; non tamen eapropter vel injuriis lacessendi vel lite pulsandi, cum nil privato nomine suscipiant, sed publica officii necessitate excusentur. Et haec illa materies est, quam disputationis inauguralis loco exhibere libuit. Non quasi, quid officio uniuscujusque incumbat, expositurus sim, sed tantum illa, ad quae speciali necessitate in officio constitutus adigitur, ita ut si illa fecerit, excusationem mereatur. Materia satis ampla quidem: verum dum opinione citius huic Academiae valedicendum, primas tantum lineas ducere licuit, alia forte occasione haec omnia pleniori calamo exhibiturus. Quapropter a te b. l. Veniam expeto, si in praesenti desiderio, tuo non responsum. Deum vero optimum maximum pro felici laboris suscepti successu supplex imploro.

CAPUT I.

De officii necessitate in genere.

SUMMARIA

Ingressus disputationis. n. 1.
Officium unde dicatur? n. 2.
Joti varie eo utuntur. n. 3. *et seqq.*
Nobis quid sit? n. 13. *et seqq.*
Necessitatis etymologia. n. 16.
Necessitatis homonymia. n. 19. *et seq.*
Necessitatis variae divisiones. n. 29. *et seqq.*
Qualis nostro quadret proposito? n. 41. *et seqq.*
Quid hic per necessitatem officii intelligatur? n. 43.
Descriptio necessitatis officii. n. 44.
Descriptio explicatur. n. 45. *et seqq.*
De quo hic potissimum agatur? n. 50.
Quousque sese illud, necessitas, legem non habet, extendat? n. 51.
Impossibilitas juris superat necessitatem. n. 52.
Necessitas non tollit turpitudinem adulterii, stupri etc. n. 53.
Quid statuendum si delictum praecedat morale? n. 54.
An in nostra potestate positum defendere vitam vel non? n. 55.
Homicidium invasoris non est delictum mortale n. 56.
Necessitas furtum facit licitum. n. 57. *et seqq.*

1 Solemne est certam juris materiam tractaturis, vocum ante omnia praemittere explicationem, in qua tantum momenti situm esse putat Hahn. ad Wesenb. *tit. de just. et jur. n.* 14. ut illum, qui hanc neglexerit, in toto coecutire existimet. Non irritum itaque laborem suscepisse putabor si rubri seu praefixi tituli explicationem a quo nigrum suum recipit, interpretationem Gail. *de pign. obs.* 4. *n.* 3. in principio aggrediar. Quod ipsum legislatorem nostrum Justinianum non semel observasse patet ex *l.* 1. *pr. d. de just. et jur. et l.* 1. *d. de reb. cred.* Cum vero dissertationis rubrica ex duabus composita vocibus, de singulis paucis erit agendum.

2 Primo se offert officium, quod vocabulum grammaticis ita dicitur, vel a verbo officio, ut nimirum nemini officiat sed prosit omnibus, vel ab efficiendo, quod unumquemque in eo efficere convenit, ubi propter decorem sermonis una litera immutata. Calv. *in*
3 *lex. jurid.* Joti non uno modo eo utuntur, interdum enim latius sumptum idem illis significat, quod quisque efficere debet. ut in *l.* 2. *d. de inoffic. test.* ubi contra officium pietatis, quod parentes et liberi sibi invicem debent, testamentum facere dicuntur, qui falso instimulati liberos suos exhaeredant vel praeterennt et in *l. ult. c. de dot. promiss.* paternum est officium, dotem et ante nuptias donationem pro sua dare progenie. vid. *l.* 38. *d. de relig. et sumpt. fun.*
4 *l.* 4. *d. test. quemad. aper. l.* 109. *de leg.* 1. Aliquando munus publicum honoremque denotat. *l.* 2. §. 1. *d. de his quae ut indign. l.* 4. §. 2. *d. de off. procons. l.* 12. §. 2. *d. de jud. l.* 6. *d. de cap. min. l.*
5 29. *d. ex quib. caus. maj.* Saepius officiales ipsos ac ministros magistratuum ac praesidum. *l.* 6. §. 5. *d. de off. praet. l.* 74. §. 1. *de evict. l.* 72. *d. de furt. l.* 6. *c. de sent. et interl.* Interdum ponitur pro loco 6
in quo officiales consistunt. *l.* 7. §. 2. *d. qui satisd. cog. l.* 72. *d. de furt.* Nonnunquam pro obsequio, mi- 7
nisterio et operis capitur, in *l.* 26. §. 12. *d. de cond. indeb. l.* 2. *c. de obs. pater. praest. l.* 48. *d. de oper. libert.* Gratuitam etiam operam denotat quam quis ex 8
mera voluntate ac amicitia, nullo jure aut necessitate cogente, alteri praestat, *l.* 23. *d. de reb. ant. jud. l.* 7. *d. test. quemad. apert. l.* 17. §. 3. *d. commodati.* quo sensu officium et juris regulas sibi opponit Seneca 2. *de ira. cap.* 27. *quis est iste qui se profitetur omnibus legibus innocentem? ut hoc ita sit quam angusta innocentia est, ad legem bonum esse? quanto latius officium patet, quam juris regula? quam multa pietas, humanitas, liberalitas, justitia, fides exigunt? quae omnia extra publicas tabulas sunt.* Servile etiam 9
interdum denotat ministerium, ut in *l.* 46. §. 7. *d. de jur. fisc. l.* 65. §. 1. *d. de leg.* 3. *l.* 28. *d. de manum. test. l.* 65. *pr. d. leg.* 2. In *l.* 7. *c. de accus.* in spe- 10
cie pro Irenarchis ponitur. Et in *l.* 1. *c. ad sctum.* 11
trupil. l. 4. *d. de fug.* liberiorem custodiam significat. Canonistis est administratio rerum ecclesiasticarum, 12
sine praeminentia et jurisdictione Barbos. *de can. dign. cap.* 4. *n.* 23. *et seqq.* Nobis vero hic capitur pro 13
functione aliqua publica auctoritate nobis imposita; si generalius describere vellem, addere possem civili vel naturali legem imposita. Nullum enim dubium est, 14
multa hominibus per naturam imposita esse officia, ad quae explenda naturali quadam stimulo moventur, aut si ea non observaverint, se contra jus naturae peccasse convincuntur, quorsum elegantissimi Ciceronis libri, *de officiis* pertinent, quam materiam ante decennium erudito libello per compendium exhibuit dn. Puffend. *tract. de offic. hominis et civis juxta legem naturalem.* Verum naturale hoc officium no- 15
strae tractationis in praesenti non est, cum de officio II. civilibus aut humanis injuncto hic loci praecipue agendum.

Alterum rubricae membrum est necessitas, cujus 16
vocabuli etymon vulgo notum est, quod descendat a necesse. Hoc vero derivatur non a *nec et esse*, nec esse 17
enim, non ens involvit, necesse autem quam maxime est, quippe quod nec esse aliter potest quam est, sed a particula *ne*, quatenus negandi vim habet, et pro non ponitur, et verbo *cesso*, quasi in eo non sit cessandum. Matth. Martin *in lex. etym.* Quae de- 18
rivatio satis commoda est ad nostrum propositum, ubi necessitas officii exigit, ne quis cesset in hoc, quod officii ratione sibi incumbebat

Homonymiam quod attinet, haec varia est. I. Su- 19
mitur pro externa et corporali quadam coactione, 20
quae animum suae spontis esse non patitur, sed nos aliquid facere vel pati praeter animi voluntatem cogit. *l.* 19. §. 2. *d. de negot. gest.* et hoc sensu vi proxima est; imo vis nihil aliud est, quam necessitas imposita, contraria voluntati, quae repelli non potest, et viceversa necessitas vis contraria voluntati, cui inviti succumbimus. *l.* 45. §. *ult. d. de excus.* Barbos. *locupl. l.* 12. *c.* 5. *axiom.* 12. II. Pro necessi- 21

tudine sive vinculo illo, quo cognati invicem obligati sunt. Caesar. *lib.* 1. *de bell. civ. cap.* 8. hinc necessariae personae qui sanguine vel affinitate nobis junctae. *l.* 3. *d. de liber. caus. l.* 27. *c. de donat. l.* 30.
22 *c. ad l. jul. de adult.* III. Pro indigentia et defectu rerum, quibus opus ad vitae cultum usumque est. *l.* 18. *d. de adim. vel transf. leg. Deut.* 15. *v.* 10. *Nec quisquam ages callide in ejus necessitalibus subleve-*
23 *vandis.* Tacit. *de morib. germ. cap.* 15. IV. Pro opere seu onere publico, quod alioquin pro reipublicae utilitate esset faciendum. *Deut.* 24. *v.* 5. *cum acceperit homo nuper uxorem non procedat ad bellum, nec ei quicquam necessitatis injungetur publicae.* Quo sensu etiam capitur. *l.* 10 *c. de annon. et trib. l.* 2. *c.*
24 *privil. dom. august.* V. Pro casu et adversitate in quam incidimus et ferre necesse est. Seneca *epist.* 12. *malum est in necessitate vivere, sed in necessitate vivere necessitas nulla est.* Svetonius *in vit. Tiber. c.* 47. negavit se aliis subventurum, nisi senatui necessitatum justas causas probassent. VI. Pro in-
25 fallibilitate seu certa ista notitia, ob quam falli judicium alicujus nequit. de quo late Mart. Martin. *in*
26 *lex. etymolog.* VII. Pro collatione. *l.* 7. *c. de dignit.*
27 *l.* 7. *c. Theod. de oper. publ.* VIII. Pro functionibus municipalibus et curialibus *l.* 65. 171. *c. Theod.*
28 *de decur.* Briss. *de verb. signif.* IX. Pro eo, quod muneris aut officii causa necessario obeundum est, *l.* 2. *c. de delator l.* 26. *c. de admin. tut.*
29 Necessitati quam maxime affinia sunt, angustia, difficultas, afflictio, impulsus, coactio. Denotatur etiam per verbum debet, oportet, tenetur. Barbos. *tract. de*
30 *diction. usufreq. dict.* 242. *et* 406. Quod praecipue obtinet, si particula *omnino* sit adjuncta verbo *debet:* sic enim illa dictio praecisa et necessitativa est, et formam importat. *arg. c. exeo. de elect. in 6to* Bero. *vol.* 2. *consil.* 23. *n.* 9. *seqq.*
31 Secundum communem doctorum opinionem non uniformis est generis, hinc varie a variis dispescitur.
32 Philosophi necessitatis aliquid esse perhibent, 1. vel necessitate absoluta, 2. vel necessitate definitionum et demonstrationum, vel 3. necessitate physica, qua natura indidit omnibus rebus, ut hunc vel illum effectum habeant, vel. 4. necessitate consequentiae, ubi scil. necessitas consequentiae est, non ipsius rei necessitas (cum illa sit natura mutabilis et contingens) sed illius quod ad rem illam positam sequitur: cui contradistinguitur necessitas consequentis, quae suum habet principium in ipsa re, et extra omnem syllogismum vi enunciationis thematis simplicis, non vero conclusionis deductae ex enunciationis aliis prioribus sequitur. vid. Scharff. *disp. metaph.* 10. *th.*
33 56. Qua ratione vero necessitas antecedentis vel consequentis libertati actionis obicem ponat, eleganter deduxit Joseph. Giballin. *scient. canon. et Hie-*
34 *ropolit. tom.* 3. *lib.* 8. *c.* 2. *p.* 5. *n.* 2. Ex Theolog. Haveman. *de jur. episc. lib.* 7. §. 10 et ex Jctis Freundeberg. *tract. de rescript. morat. concl.* 22. *n.* 46. necessitatem distinguunt in absolutam, praecisam coactionis et compulsionis, quae nec plane evitari potest, nec mediis praevalentibus sisti: et causativam vel respectivam, quae aliis remediis evitari potest. Dn. B c-
35 man. *in doctrin. moral.* triplicem format, *extremam,* quae cum inevitabili vitae discrimine conjuncta est, *opportunam,* quam occasio suppeditat, adeo ut hac neglecta, ne ipsa etiam haud potituri simus, et *pro-*
ficuam, sine qua utiliter vivere non possumus. Do- 36
nellus *ad l.* 2. *c. de haered. vel act. vend. n.* 39. Cujac. *in recit. ad l.* 1. *d. de action. vend.* et Wilhelm de Freundeberg. *de morat. rescript. tit.* 7. *concl.* 22. *n.* 46. distinguunt illam in absolutam et cum adjuncto seu consequentia, sive cum exceptione. Porro dantur 37
quaedam necessitates canonicae et statutae, ubi per canones necessitas injungitur aliquid faciendi vel omittendi. confer. *can. generaliter.* 40. *vers. placet. caus.* 16. *qu.* 1. et Barbos. *locupl. lib.* 12. *cap.* 8. *ax.* 10. 38
De divisione necessitatis in naturalem, fatalem et culposam videatur dn. Fritsch. *dissert. de jur. necess.* 39
sect. 1. Cravetta *cons.* 1000. *n.* 94. Nobis in praesenti integrum non est omnia haec adducere et deducere, praecipue cum in ejusmodi distinctionibus fingendis quisque suo indulgeat ingenio, re saepuius eodem recidente, aliis tantummodo substitutis terminis. Plura 40
videri possunt, apud Menoch. *de a. i. q. lib.* 2. *cas.* 182. quorsum lectorem remitto. Hoc tantum ad pro 41
positum nostrum facit, quod aliqui necessitatem dividant in publicam, de qua *l.* 40. *ff. de ll. et l.* 162. *de reg. jur.* intelligunt. Mev. *in disc. levam. inop. debit. cap.* 4. *sec.* 3. *n.* 25. et privatam. Publica ite- 42
rum est, vel quae communiter omnibus, sive facto, sive generali superioris placito imminet: vel quae certis tantum personis, auctoritate publica injuncta, qua ad speciales quasdam functiones constringuntur. Omne enim quod auctoritate superioris civi injungitur, necessarium sit ratione illius, cui injunctum, ut hinc vi officii, propter concurrentem conscientiae obligationem, non aliter facere possimus, quam faciemus: aut si aliter faciamus, poenam incurramus. Omne enim illud in officio publico constituto impossibile quod legibus, qua functio ipsi commissa, adversatur. *arg.*
l. filius. 15. *ff. de condit. instit.* His suppositis, in- 43
tellectu non erit difficile, quid per necessitatem officii intelligamus, scil. vinculum illud quo constringimur, ut functioni nobis incumbenti satisfaciamus. Notanter vinculum dico, hoc enim consequens est omnis obligationis, qua civilis, qua naturalis, per quod necessitas agendi inducitur. Unde pariter *pr. inst. de obl.* dicitur, quod obligatio sit juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei praestandae: tanta enim hujus praestationis necessitas, ut et ab invito exigi possit. *per l.* 108. *d. de verb. sing.* Un- 44
de non errabo, si necessitatem officii sequenti modo descripsero: *necessitas officii est vinculum functionis nobis publice injunctae, quo constringimur ad omnia illa expedienda ad quae vi functionis obligamur.* Membra hujus descriptionis per se patent; 45
res enim describenda duobus vocabulis absolvitur, quorum unum alterius consequens est: supposito enim officio nobis commisso inde suboritur aliqua necessitas expediendi, quod vi officii nobis incumbit. Ex 46
hoc jam oritur vinculum, quod illum, qui in officio est, constringit, ut id faciat. Cum vero vinculum latius pereat, commode generis vices subire poterit, uti has vices pariter in definitione obligationis sustinet. Generis amplitudo restricta per additam diffe- 47
rentiam hujus vinculi, scil. functionis publicae injunctae, non quasi de illis tantum acturus essem, qui circa remp. administrandam occupati, sed de illis, qui functionem certam auctoritate publica susceperunt,

vel publicis ll. ad aliquid faciendum constringuntur.
48 Postea in definitione et materia et finis continetur, ut scil. res ad functionem pertinentes debite expe-
49 diantur. Cum vero non omne quod officio continetur, juris necessitati statim subjiciatur, *l.* 40. *d. de jud. et l.* 1. *c. quomod. et quand. jud.* sed multa ab illis qui in officio constituti expediantur voluntario, citra ullam necessitatem, inde huc non pertinent talia, quae vo-
50 lentes agere possunt, sed quae tenentur. Nec etiam de illis agemus, quae ad functionem cujusvis officii pertinent, hoc enim ab aliis fusissime factum, qui specialibus tractatibus et dissertationibus egerunt de officio principis, judicis, advocati, ecclesiae ministri etc. verum illa tantum exhibebimus, quae ex speciali necessitate incumbunt, ita ut quamvis nonnunquam in aliorum incommodum tendant, excusationem tamen ob necessitatem officii mereantur.
51 Antequam vero ulterius progrediar, vulgare illud mihi objici posse video: necessitatem non habere legem, et hinc frustra disputari de eo, quod ex necessitate justum est: quare brevibus exponendum, qua ratione procedat illa assertio, qua necessitas legem non habere, sed hanc sibi subjicere. *l.* 10. §. 16. *d. quae in fraud. cred. c.* 6. *de reg. jur. in* 6*to. cap. ult. de fer.* imo nulli juri subjacere, sed annexam dispensationem habere dicitur. Riminald. *cons.* 468. *n.* 65. et an haec ad legem naturalem atque divinam moralem se quoque extendat, paucis inquirere placet, quo ut facilius penetrare liceat, monendi sumus, universam vim atque potestatem juris naturalis atque divini moralis, quae in effectu a se invicem non differunt, Calixt. *epit. theol. mor. p.* 64. *et seqq.* Franztk. *in comm. ad tit. de just. et jur.* oriri ex intrinseca natura ipsius rei seu actus, consistente in convenientia et disconvenientia cum divina justitia legeque aeterna et in se immutabili. Molina *de just. et jur. tom.* 1. *d.* 2. *n.* 2. Velthem ad Grot. *lib.* 1. *cap.* 1. *qu.* 3. add. Arist. *lib.* 5. *eth. cap.* 10 ut hinc actum aliquem humanum ob intrinsecam turpitudinem, naturali jure prohibitum, necessitas probabilem atque licitum reddere non possit, quod enim per se et intrinsece turpe est atque prohibitum, pro impossibili leges habent.
52 *l.* 15. *ff. de cond. instit.* Superat igitur necessitatem impossibilitas juris quam vocant, utut illa ipsa impossibile quoddam praesupponat, quod enim formaliter et intrinsece vitiosum est, ab externis, fine, puta temporis, loci aut personarum circumstantiis, licitum evadere non potest: nam circumstantiae extrinsecae non possunt mutare intrinsecam rei naturam, ut ait dn. d. Calov. *in annot. ad Grot. comment. hist. supr. Josuam.* Et quod x se peccatum est, necessitas licitum facere non potest. *arg. Matth.* 16. *v.* 26. *rom.* 3. *v.* 8. Jos. Gibal. *scient. canon. et Hieropolit. tom.*
53 2. *lib.* 8. *ad reg.* 4. *n. de reg. jur.* Adulterii itaque stupri aut fornicationis turpitudinem, extremae necessitatis circumstantia, imminente, forte fame, vel mortis periculo, a quo quis, nisi ejusmodi crimen committat, se liberare nequit, minime tollit. Toleranda enim eo casu potius mala, quam contra expressam legis divinae moralis prohibitionem turpe aliquid committendum. Tollere enim malum patientiae, est, facere militiae. Ideoque saepius pati debemus mala, ne faciamus peccatum. *cap. sacris.* 5. *x. de his quae vi met. caus.* Reink. *de reg. s. et e. lib.* 2. *dd.* 3. *c.* 3. *n.* 68. de quo pluribus vid. dn. Fritsch. *de jur. necess. sect.* 2. *concl.* 2. *n.* 4.

Longe diversa ratio est illorum casuum, ubi in sub- 54
jecto patiente praecedit delictum morale, seu injusta alterius offensio, tunc enim si illud, quod ad defensionem suscipitur, involvere videatur pariter morale delictum, hoc tamen pro delicto non amplius reputandum, cum tendat ad repellendam offensionem injustam et corporis vel vitae nostrae tutelam: ex qua ratione 55
jura nostra disponunt, unumquemvis id jure fecisse, quod fecit ob tutelam corporis sui per *l.* 3. *ff. de just. et jur. l.* 45. §. 4. *ff. ad l. aquil.* non enim nostrae relictum libertati, an defendere nos ab insultu alterius et vitam nostram conservare velimus, sed necessitatis hoc est, ut vitam nostram contra omnem injustam vim omnibus modis defendamus. vid. Lederer. *de just. bell. priv. l.* 2. *c.* 2. §. 2. Nullo enim jure obligor, ut patiendo me occidi subveniam alteri, Joh. de Lugo. *de just. et jur. disp.* 10. *sect.* 6. *n.* 142. Unde Lutherus *tom.* 1. *jen. latino* asserit: si latro te in itinere occidere volet, propter Christum te debes defendere, etiamsi occidendus sit ille, vid. pluribus dn. Charis. *disp. de foro consc. c.* 6. *n.* 70. *seqq.* quae extat inter dispp. dn. Praesidis *vol. II. disp.* 12. Tali ergo casu 56
homicidium invasoris non erit delictum morale; sentit enim quod meruit invasor, dum ille contra jus morale me innocentem invasit, vitamque meam periculo exposuit. Et ex eodem principio defendendum puto, 57
quod necessitas furtum possit facere licitum, seu ut forte rectius dixero, necessitas facit, ut furtum non sit furtum; utut enim furtum contra jus naturae sit, 58
per §. 1. *instit. de obl. quae ex delict. nasc.* et inde multi nec tempore necessitatis furtum licitum fieri posse contendant. Osiander. ad Grot. *lib.* 2. *c.* 2. *obs.* 6. Attamen 59
si casum ita concipiamus, ut furtum passus alicujus moralis delicti praecedentis reus reddi possit, ob quod nos in vitae periculum conjiciamur, nihil injustitiae continebit ablatio rei alienae pro servanda vita nostra: supponо enim in tali statu aliquem degere, ubi nullus ad magistratum patet recursus, nec superesse viam, qua vitae meae consulere possim, alterum vero precibus a me instantissime rogatum succurrere nolle, cum ipsi bona supersint, unde mihi succurrere possit. Hoc 60
vero si non faciat, omnino mortaliter peccabit, quia non minus criminis est, habenti tollere, quam cum haberes et posses, indigentibus denegare. *can. sicut. dist.* 47. vid. Lessius *de just. et jur. lib.* 2. *c.* 10. *dubit.* 12. Fagundez. *ad decalog. praecept.* 7. *cap.* 26. Et hue generalis illa dd. observatio pertinet. quod in 61
concursu duorum naturae praeceptorum standum sit fortiori, quod tamen in terminis jam dictis intelligendum; alioqui enim inter duo mala moralia neutrum eligendum, utut necessitas adsit. Sed missis his generalioribus nos conferimus ad

CAPUT II.

De necessitate officii circa jus personarum.

SUMMARIA

Personarum gratia omne jus constitutum. n. 1.
Servos proprie sic dictos hodie non habemus. n. 2.
Servis similes sunt proprii homines. n. 3.
In quibus hi conveniant cum liberis hominibus? n. 4.
Quae in jure de servis traduntur ad proprios homines applicantur. n. 5.
Dominus illis praedia sufficientia praestare tenetur. n. 6.
Ob alimentorum denegationem dominum suum deserere possunt rustici. n. 7.
Quid de servis qui sub pacto mercedis operas suas locarunt? n. 8.
Ad quid dominis obligentur servi? n. 9. *et seq.*
Si servis in operarum praestatione damnum contigerit, an resarcire dominus teneatur? n. 11. *et seqq.*
An dominum, servum castigando occidentem, excuset officii necessitas disquiritur. n. 17. *et seqq.*
Parentes tenentur educare liberos et sumptus praestare studiorum. n. 21.
Si filio studiorum causa mutuo datum, pater actum maced. opponere nequit. n. 23.
Naturales etiam alendi sunt. n. 24.
Qualia iis alimenta debeantur? n. 27. *et seqq.*
Si filius se ipsum exhibere possit, cessat necessitas alendi. n. 32.
Limitatur. n. 33.
Quid de filio, qui sua luxu perdidit, dicendum? n. 34.
Pater filiam dotare tenetur. n. 35. *et seqq.*
Etiamsi dives sit. n. 37. *et seqq.*
Quid si nulla dote promissa sponsus illam duxerit? n. 39. *et seqq.*
Idem quod de dote de donatione propter nuptias dicendum. n. 42.
An pater filiae maritum quaerere teneatur disquiritur. n. 43. *et seqq.*
Filia post 25. *aetatis annum se prostituens ob id exhaeredari non potest. n.* 47.
Conjuges negando debitum conjugale lethaliter peccant. n. 49.
Maritus uxori alimenta, etiamsi nulla dos constituta, dare tenetur. n. 50. 51.
Maritus haec negans omne lucrum ab uxore consequendum amittit. n. 52.
Uxor marito reverentiam debet. n. 53.
Tenetur operas praestare marito. n. 54.
Quae exinde acquirit, marito acquirit, licet sint industriales. n. 55. 56.
Maritum sequi tenetur etiam vagabundum. n. 57. 58.
Quid si maritus relegatus? n. 59. *et seqq.*
Mater tutores petere tenetur. n. 62.
Tutores tenentur inventarium conficere. n. 64.
Tutoris officium principaliter personam respicit. n. 66.
Tenetur pupillo de alimentis prospicere. n. 67.
Non tamen tenetur de suo alere. n. 68.
Tenetur disciplinis pupillum instruere. n. 69.
Si frustraneos sumptus in studia impenderit excusandus. n. 70.
Si plus impenderit quam in facultatibus est, repetere potest. n. 71.
Bona peritura sine decreto alienare potest. n. 72.
Ipse sibi sine praescitu judicis solvere potest. n. 73.
Actiones movere et suscipere nomine pupilli tenetur. n. 74.
Cautela pro tutore. n. 75.
Si pupilli nomine conveniatur, non tenetur de suo satisfacere. n. 76.
Post finitam tutelam conveniri nequit a creditore. n. 77.
Limitatur. n. 78. *et* 79.
Quid circa rationes reddendas ipsi incumbat? n. 80.
Magistratus officium circa tutelas. n. 81.

Personarum gratia omne jus constitutum est, nam 1
salus populi universi juris finis est, Oldend. *class.* 7. *act.* 13. *in defens. rei* Vultej. *lib.* 1. *jurispr. cap.* 72. *n.* 8. A personis itaque merito initium facio, quarum summa divisio haec est, quod omnes sint vel liberi vel servi. *pr. inst. de jur. pers. l.* 3. *ff. de stat. hom.* Et quamvis jus dominorum et servorum et inde dependens serviendi necessitas proprie ad hanc materiam non pertineat; methodi tamen gratia pauca de domino et parente praemittere lubet. Servos proprie sic dictos 2
hodie non nisi ab infidelibus captos habemus. Struv. *in syntagm. jur. civ. exerc.* 5. *th.* 20. *et.* 21. moribus enim hominum per christianismum magis exultis, in honorem libertatis, quam per Christum summa consecuti, factum, ut servitus plane sublata. Conveniunt 3
tamen cum servis illis antiquis rustici et proprii homines in Pomerania aliisque vicinis locis. Mev. *p.* 2. *dec.* 234. *et p.* 3. *dec.* 8. Qui licet liberi homines sint, 4
potissimum in eo, quod legitimam personam standi in judicio, potestatem contrahendi, testandi et alterius testamento sibi acquirendi habeant, Mev. *ad jus lub. lib.* 2. *tit.* 3. *n.* 40. Husan. *de propr. hom. cap.* 6. *n.* 24. *et seqq.* Quia tamen terrae quasi annexi, pro 5
parte fundi et immobilibus habentur, ita ut dominum suum deserere, eoque inscio aut invito domicilium suum alio transferre nequeant, sed servitia plerumque ex arbitrio dominorum praestare teneantur; liberos suos proprios homines ejusdemque conditionis efficiant, ac ut servi manumittantur, Husan. *de propr. hom. cap.* 2. *n.* 38. ideoque quae de servis in jure traduntur, propter hos utilia adhuc censentur. Stamm. *de serv. pers. lib.* 2. *cap.* 2. §. 7. Zas. *sing. resp. lib.* 2. *cap.* 7. *n.* 8. Hinc dominus ipsis praedia, quo sibi 6
de victu prospicere possint, sufficientia praestare ex officii, seu potius juris dominici, necessitate quin teneatur, nullus dubito. Perpetuus enim operarum et 7
alimentorum nexus, et naturali ratione alimentorum impensae ad eum, ad quem usus hominis, pertinent. *l.* 18. §. 2. *ff. comm. l.* 31. §. *ult. ff. de don. inter vir. et uxor.* quod in tantum procedere puto, ut ob horum denegationem dominum suum juste deserere rustici

possint, nec domino succurrendum sit summario processu ex *l. si coloni. 14. c. de arg. et cens.* nam si ob sterilitatem, quod late deducit Menoch. *recup. poss. remed.* 10. *n.* 93. *et seqq.* et domini saevitiam fugere et ad libertatem provocare rusticis licitum, Mev. *im Bedencken vom Zustande, Abfol. und verwiederte Abfol der Bauersl. art.* 3. *n.* 59. *et seqq.* multo magis id ob alimentorum denegationem licitum erit. Necare enim videtur, qui alimenta non praestat. *l.* 4. *ff. de agn. et Alend. lib. c. pasce.* 21. *dist.* 86. et crudelius est fame 8 quam peste necari. Menoch. *d. l.* Idem etiam obtinet in servis et ancillis, qui sub certo pacto mercedis operas suas nobis locarunt *l.* 2. *verb. famem. ff. de his qui sui vel alien. jur.* Bolognet. *in l.* 1. *n.* 24. *ff. de jurisd.* (quod frustra sine jure et contra expressam legis dispositionem negare attentat Martin. Coler. *tr. de alim. lib.* 1. *cap.* 13. *n.* 40. putans alimenta eos sibi debere comparare de mercede constituta. Licet fatear pacto necessitatem alendi remitti posse, quorsum pertinent omnes operae diurnae mercenariorum, quibus plus pecuniae solvitur, dum alimenta negantur.) confr. pluribus Coler. *de process. execut. p.* 1. *const.* 9. *n.* 13. *et* 98. Mev. *ad jus lub. lib.* 3. *tit.* 8. *art.* 5. *n.* 22. *et seqq.*

9 Hi contra dominis suis ad obsequium et reverentiam obligantur, quod non aequitate saltem, sed sacris literis insuper plus simplici vice inculcatur. *ad Eph.* 6. *v.* 9. *et* 10. *ad Coloss.* 3. *v.* 22. *et* 23. *ad tit.* 2. *v.* 19. *et* 20. quo posteriori loco non tantum dominis mansuetioribus, verum et dyscolis, hoc est durioribus et 10 asperioribus obsecundare jubentur. Ex obsequio hoc et obedientia fluunt operae, quas dominis suis praestare et per has acquirere tenentur. *l.* 15. *et tot. tit. d. et c. locat.* Licet enim non amplius servili conditione censeantur, sed liberorum ad instar hominum acquisita sibi retineant, si tamen ex gleba vel ex rebus dominicis ad quas conducti, aliquid pervenerit emolumenti, dominis cedit *arg. l.* 68. *ff. de procur. l.* 1. §. 11 2. *ff. de inst. act. l.* 22. *et* 23. *c. de agr. et cens.* An vero si in ipsa operarum praestatione damnosum aliquid hisce servis conductitiis vel propriis hominibus acciderit, domini ad illud resarciendum ex officii necessitate ad- 12 stringantur? non incommode hic quaeritur. Ad quam quaestionem decidendam, distinguendum mihi videtur inter damnum corpori, et damnum rebus illatum; si corpori membrisve damnum illatum, pro casu fortuito hoc merito reputabitur, a cujus praestatione cum regulariter unusquisque sit immunis. *l.* 23. *ff. de r. i. l.* 2. §. 7. *ff. de adm. rer. ad civ. pert.* nec dominus hoc nomine servo tenebitur. *arg. l.* 9. §. 3. *ff. locat. et l.* 25. §. 6. *eod. l. fin.* §. 1. *ff. ad leg. rhod. de jact. l.* 52. §. 3. 13 *ff. pro socio.* Negare tamen non potero, commiserationis rationem et christianae dilectionis officium aliud suadere. Carpzov. *p.* 2. *const.* 51. *def.* 14. Quemadmodum et tunc ad damnum resarciendum tenetur, si culpa 14 domini causam ejusmodi damno vel laesioni dederit, ut si operis non conventis, insolidis aut periculosis admoverit. *l.* 13. §. 3. *ff. loc. l.* 30. §. 2. *ff. eod.* vel si ex odio in dominum ille male habitus vel corpori 15 ejus vis illata fuerit. *l.* 25. §. 4. *ff. d. t.* quo casu nihil interest, an ex justa causa odium coeperit nec ne, sufficit enim, inimicum domini ex inimicitia erga ipsum quali quali damnum intulisse. Mev. *ad jus lub. lib.* 3. *tit.* 8. *art.* 11. *n.* 7. vid. Anton. Faber. *in cod. lib.* 4. *tit.* 41. *def.* 14. Panschman. *p.* 1. *qu.* 14. *n.* 57. *et* 61. Si vero rebus quas ad commodiorem servitii 16 praestationem servus adhibuerat, damnum illatum, hoc utique dominus restituere tenebitur, cum persona saltem, non etiam res domino sint obligatae, uti hoc expresse cautum jure saxonico *im Land Recht art.* 6. *lib.* 3. *vers. wenn ihm aber sein Pferd.* Carpzov. *p.* 2. *const.* 52. *def.* 14. modo non aliud expresse vel tacite conventum sit, veluti si dictum, ut servus non rebus suis serviat, sed rebus propriis in exhibitione operarum utatur. Mev. *ad jus lub. lib.* 3. *tit.* 8. *art.* 11. *n.* 10.

Disquiri vero hic potest, an dominum excuset of- 17 ficii necessitas, si castigaverit servum, et in castigando forte infelici ictu servum percusserit, ut inde mortem obierit? Et hoc affirmandum videtur, cum domino 18 necessitas imposita ab omni delicto arcere servos et ita male merentes castigare: unde decisum in *l. unic. c. de emend. servor.* si dominus virgis aut loris servum afflixerit, aut custodiae causa in vincula conjecerit, quod nullum criminis metum servo mortuo, sustinere debeat. Verum contextus *d. l. unic.* docet, ter- 19 minos habiles hic supponendos, si sc. eo instrumenti genere in castigando utatur, quo mors non solet inferri; secus si fuste, si lapide, si telo usus, vel alia ratione immanium Barbarorum saevitiam exercuerit. Interim tamen utut tali casu non penitus impunitum 20 maneat factum domini, quadamtenus tamen excusabit dominici officii necessitas, ne poena ordinaria afficiatur.

Dominus in ordine excipiunt parentes, qui ad li- 21 berorum suorum educationem, non solum naturae instinctu, uti inquit imperator in *pr. inst. de jur. nat. gent. et civ.* moventur, sed etiam jure civili compelluntur, uti cavetur *in l. fin. c. de alend. lib.* ita ut si pater negaret filio alimenta, pignoribus captis et distractis, vel alio modo per officium judicis ad hoc cogendus, *l.* 5. §. 10. *ff. de agn. et alend. lib.* Wesemb. *ad d. tit. in fin.* imo necare eum diceretur. *l.* 4. *ff. de agn. et alend. lib.* et esset anathema. *c. si quis deliquerit.* 14. *dist.* 30. Imo ex pari necessitate parentes 22 non tantum ad educationem et alimenta ordinaria, sed et ad expensas etiam ad emendos libros et studia excolenda obligari arbitror. Licet enim ea quae ad 23 animi culturam seu disciplinam pertinent, alimentorum nomine, si proprietatem verbi strictius consideres, non veniant. *l.* 6. *ff. de alim. et cib. leg.* Struv. *exercit.* 30. *th.* 77. intelligendum tamen hoc quando alimenta ex dispositione hominis debentur, secus si ex necessitate sanguinis, vel ex edicto praetoris et jussu judicis debeantur. Brunnem. *ad l.* 6. *ff. de alim. et cib. leg.* pii enim patris est, curare, ut studiis quoque liberalibus liberi imbuantur. *l.* 4. *ff. ubi pup. educ. deb. l.* 5. §. 12. *ff. de agn. et alend. lib. l.* 6. §. 5. *ff. de carb. edict.* Struv. *in synt. jur. civ. exerc.* 30. *th.* 77. Mynsing. *cent.* 3. *obs.* 12. Surdus *de aliment. tit.* 4. *qu.* 4. *n.* 4. et parentes obligantur nedum ad filios alendos, sed ad alia etiam onera quae patrem decent, haec autem sunt, docere et erudire filios secundum illud *eccles. c.* 7. *filium habes erudi illum.* Et sic pater tenetur alere filium et erudire propriis sumptibus in aliqua arte, unde sibi quaerat alimenta. Franc. Mar. Prati *in not. ad phil. paschal. de vir. patr. potest. part.* 2. *cap.* 3. *n.* 16. Hinc est, quod si studiorum causa filio mutuo datum, scium macedonianum locum non habeat, sed pater ad hanc

pecuniam restituendam ex necessitate officii paterni omnino obligatus sit. *l.* 7. §. 12. *ff de scto maced.* Philipp. Paschal. *de vir. pat. potest. part.* 2. *cap.* 3. *n.* 16. Dn. Brunnem. *ad d. l.* 7. §. 12. *ff. de sct. maced.* modo probabilem modum in mutuo non excesserit. *d. l.* §. 13. sic enim non suum, sed patris negotium gessit, accipiendo pecuniam in eam rem, quae patris oneribus incumberet, et ad quam praestandam ipsa officii necessitas ipsum compelleret *l.* 2. *c. ad sctum maced.*

24 Alendi autem sunt liberi non saltem legitimi et naturales, sed spurii etiam et ex damnato coitu procreati, quamvis enim jus civile iis alimenta denegaverit, uti expresse cavetur in *auth. ex complexu. c. de incest. nupt. nov.* 89. *cap. ult.* ut nimirum omnis memoria nefandi delicti aboleatur, et parentes pro affectu in liberos, magis eorum miseria quam sua terreantur *l.* 8. *ff. quod met. caus.* Nihilominus contrarium statuit aequitas juris canonici in *cap.* 5. *in fin. X. de eo qui dux. in matr. quam poll. per adult.* quam in utroque foro contra juris civilis rationem servandam esse in terris imperii, communiter doctores affirmant. Gail. *lib.* 2. *obs.* 88. *n.* 4. Brunnem. *ad d. auth. ex complexu c. de incest. nupt.* Bald. *cons.* 456. *n.* 10. *vol.* 5. Surd. *de aliment. tit.* 2. *qu.* 10. *n.* 7. Phil Paschal *de vir. patr. potest. part.* 2. *cap.* 3. *n.*
25 30. Et licet jus canonicum proprie de adulterino saltem partu loquatur, unde etiam Bald. *in auth. ex complexu. c. de incest. nupt.* hanc conclusionem procedere negat in filiis spuriis ortis ex damnato coitu, praxis tamen id ad omnes etiam incestuosos extendit. vid. Philipp. Paschal. *d. l. n.* 31. Wissenb. *ad tit. de agn. et alend. lib. th.* 16. Palaeot. *de noth. c.* 46. Surdus *de aliment. d. qu.* 10. *n.* 27. Barbos. *p.* 4. *l.*
26 1. *ff. solut. matrim.* An vero filiis spuriis alimenta debeantur habito respectu ad qualitatem et facultates patris, vel solum quatenus sufficiunt ad sustentandam
27 eorum vitam, non una doctorum est opinio. Aliqui enim tenent, solum alimenta necessaria ad vitae indigentiam ipsis esse praestanda, nulla habita ratione divitiarum et dignitatis paternae. Cravetta. *cons.* 219. *n.* 9. *lib.* 2. Roland. a Vall. *cons.* 74. *n.* 41. *lib.* 1. Alii autem verius esse affirmant, filios spurios alendos esse secundum qualitatem et dignitatem personarum, sed non ita ampla alimenta eis esse praestanda, sicut praestarentur filio legitimo ejusdem qualitatis. Molin. *de primog. hisp. lib.* 2. *cap.* 15. *n.* 55. Vincent. de Franch.
28 *decis.* 282. *n.* 17. *et seqq.* In qua doctorum controversia primam opinionem veriorem dicit Barbos. *p.*
29 4. *l.* 1. *ff. sol. matrim.* cui et nos adstipulamur. Ideo enim aequitas juris canonici rigore juris civilis circa alimentorum praestationem filiis spuriis debitam praefertur, quia liberorum educatio est de jure naturae. *l.* 1. §. 3. *ff. de just et jur.* Jus autem naturale ad aliud non obligat: nisi ad alimenta necessaria ad vitae sustentationem, *c. pasce.* 21. *dist.* 86. Barbos. *d. l.* Philipp. Paschal. *de vir. patr. potest. part.* 2. *c.* 3. *n.* 45.
30 Et licet jus civile circa alimentorum praestationem consideret personarum qualitatem et facultatem eorum, qui ea praestare tenentur. *l.* 22. *pr. ff. de alim. et cib. leg. l.* 3. §. 1. *ff. ubi pup. educ. deb.* Gail. *lib.* 2. *obs.* 144. *n.* 4. quod pariter in casu ubi jus canonicum alimenta assignat, asserendum videtur, cum alimenta capere videantur canones, uti jure civili extenduntur; circa alimenta tamen spuriorum hoc non est attendendum, cum non aequalem favorem mereantur, quam alii liberi legitime nati. Nec obstat *cap.* 5. *in fin.* X. 31
de eo qui dux. in matr. quam poll. per adult. in quo expresse dicitur, quod parentes filiis spuriis necessaria subministrent secundum eorum facultates, id enim intelligendum, quod in constituendis alimentis necessariis debeat haberi respectus ad facultates et divitias patris, ita tamen, ut ultra necessaria ad victum nil aliud praestandum sit; unde si pater est dives, praestabit alimenta necessaria spurio, qualia conveniunt patri diviti quoad filium spurium, si vero est pauper, ea praestabit sicuti pauperes solent suam familiam alere, et sic filius pauperis alatur pane et oleribus, filius autem divitis diverso genere ciborum. Barbos. *p.* 4. *l.* 1. *ff. sol. matrimon.* Si vero filius se ipsum 32
exhibere possit, puta si dives sit, vel in arte aliqua unde vivere possit a patre instructus, cessabit haec officii paterni necessitas. *arg. l.* 5. §. 7. *ff. de agn. et alend. lib.* Struv. *in sint. jur. civ. exerc.* 30. *th.* 76. Surdus *de alim. tit.* 7. *qu.* 6. Carpzov. *p.* 2. *dec.* 173. *n.* 27. *et p.* 2. *const* 10. *def.* 18. Dn. Brunnem. *ad d. l.* 5. *ff. de agn. et alend. lib.* modo honeste et pro 33
ratione conditionis suae se alendi occasio adsit. *d. l. I.* 5. §. 7.

Quid si vero bona sua luxu consumpserit filius, an 34
adhuc alendi necessitas incumbet parenti? Etiam hunc a patre alendum esse putat Surdus *de alim. tit.* 7. *q.* 5. Struv. *exerc.* 30. *th.* 76. Brunnem. *ad tit. de agn. et alend. lib. qu.* 6. modo non ratam bonorum sibi assignari curaverit, sic enim ab onere alendi pater liberabitur; quod pariter de alimentis civilibus, quae pro statu et dignitate sua suppeditare tenebatur, non vero de naturalibus seu praecise ad vitae sustentationem necessariis intelligendum puto. Haec enim obligatio cum ex naturali necessitate oriatur, culpa filii non exspirat. Paterni porro officii ratione filias dotare tenetur 35
pater. *l.* 19. *ff. de rit. nupt.* Boer. *dec.* 130. Bocer. *de donat. cap.* 8. *n.* 12. Fontanell. *de pact. dotal. claus.* 5. *glos.* 1. *p.* 1. *n.* 57. *et seqq.* Myler. ab Ehrenbach. *in Gamolog. cap.* 16. *n.* 2. Carpz. *p.* 2. *const.* 42. *def.* 12. *n.* 1. et quidem secundum conditionem personarum et qualitatem sui patrimonii. *l.* 60. *et* 69. §. 4. *ff. de jur. dot.* Carpz. *d. l.* Struv. *in syntagm. jur. civ. exerc.* 30. *th.* 3. Ita ut officio judicis ad hoc cogi possit. *l.* 19. *ff. de rit. nupt. l. fin. c. de dot. prom.* Gail. *lib.* 2. *obs.* 95. *n.* 1. Brunn. *ad d. l.* 19. Carpz. *dec.* 160. *et lib.* 2. *jurispr. eccl. def.* 53.

Hinc si pater dotem constituerit filiae, quae ipsa 36
habet propria bona, non de filiae, sed de suis filiam dotasse pater praesumitur *l. fin. c. de dot. prom.* paternum enim officium est, dotare filiam, *d. l. fin. et l.* 6. *ff. de collat. l.* 5. §. 8. *ff. de jur. dot. l.* 19. *ff. de rit. nupt.* Menoch. *cons.* 183. *n.* 14. *et de praesumpt. lib.* 3. *praes.* 15. *n.* 6. *et* 7. Brunnem. *ad d. l. fin. c. de dot. prom.* Quod pater licet filia dives 37
sit, declinare non poterit, legale enim debitum dos est Menoch. *arb. jud. qu. cas.* 182. *n.* 67. et simpliciter patri injungitur, etiamsi filia bona aliunde habeat, de quo casu expresse agitur in *l. fin. c. de dot. prom.* Nec obstat. *l.* 5. §. 7. *ff. de agn. et alend. lib.* 38
ubi patri alendi liberos necessitas remittitur, si se ipsos exhibere possint; argumentum enim ab alimentis ad dotem non procedit, cum longe favorabilior

sit causa dotis, quam alimentorum. Gail. *lib.* 2. *obs.* 95. *n.* 15. et alimenta tantum propter necessitatem; dos vero etiam ob commoditatem, et ut eo dignierem maritum reperiat, detur. Strauch. *diss. justin.* 3. *th.* 4.

39 Quid vero, si filiam nulla dote promissa in matrimonium duxerit sponsus, an adhuc pater ad convenientem dotem tenetur, ita ut ad eam exsolvendam
40 ob necessitatem officii paterni cogi possit? Negat hoc Strauch. *d. l.* quia causa conctionis, ut nimirum honestam condictionem filia inveniat, cessat, cessante
41 vero causa cessat effectus. Attamen eum non tantum ad hoc, sed ad ferenda quoque matrimonii onera dos detur, *l.* 20. *c. de jur. dot.* Gail. *lib.* 2. *obs.* 92. *n.* 7. non puto hoc casu patrem ab obligatione liberari, quae ipsi non vi promissionis, sed vi officii paterni incumbit. *l.* 6. *ff. de collat.* Cum omnino, h. e. sine ulla restrictione paterni officii sit, liberos dotare. *l.*
42 *fin. c. de dot. prom.* Idem etiam obtinet in donatione propter nuptias, sicuti enim pater tenetur dotare filiam, ut jam dictum, ita quoque donare tenetur pro filio propter nuptias, *per l. fin. c. de dot. prom.* quod optime corroboratur rescripto imperatoris in *auth. dos data. c. de don. ant. nupt.* Quod dos data ipso jure donationem propter nuptias mereatur, adeo, ut ipso jure constituta videatur, et quidem in compensationem et retributionem dotis. *nov.* 91. *cap.* 2. *nov.* 119. Constant. Roger. *de dot.* §. 8. *n.* 42. Unde etiam donatio propter nuptias mariti dos appellatur. §. 3. *inst. de donat. nov.* 61. *c.* 1. Afflict. *dec.* 145. Althus. *in dicaelog. lib.* 1. *c.* 88. *n.* 3. Bocer. *de donat. c.* 10.

43 Cum vero dos sine matrimonio esse non possit §. 12. *inst. de nupt. l.* 3. *l.* 9. *l.* 48. *ff. de jur. dot. l. ult. c. de donat. ant. nupt. l.* 24. *c. de nupt.* Carpz. *p.* 2. *const.* 46. *def.* 20. *n.* 5. *et p.* 3. *const.* 13. *def.* 25. *n.* 3. et tacitam semper in se habeat conditionem, si nuptiae sequantur. *l.* 41. *pr. ff. de jur. dot.* Barbos. *lib.* 4. *cap.* 51. *axiom.* 4. oritur exinde quaestio, an pater ex officii paterni necessitate filiae maritum
44 quaerere teneatur? Sane si puellarum hic exegeris judicium, vix unam hoc affirmare deprehendes: ignominiosum enim et pudicitiae quam maxime refragare credent, si ipsae viris a parentibus offerantur, quasi non suis oculis et forma, cui nimium saepius confi-
45 dunt, procum sibi allicere possint. Sed si astutias juvenum, quibus et forma et pudicitia puellarum exposita; harumque fragilitatem, quibus non levis saepe macula familiae etiam nobili infertur, consideres,
46 quam jejunum harum judicium facile videbis. Imperator noster Justinianus haec omnia considerans, ad duo potissimum patrem obligare voluit, primo ut filiam suam matrimonio honeste collocet, deinde ut eam pro viribus facultatum suarum dotet. *l.* 19. *ff. de rit. nupt.* ibi: *coguntur in matrimonium collocare et dotare.* Sanchez. *de matrim. lib.* 4. *disp.* 24. *n.* 4. Gail. *lib.* 2. *obs.* 95. *n.* 11. quod si usque ad annum vigesimum quintum pater distulerit vel prohibuerit, ex constitutione dd. Severi et Antonini per proconsules praesidesque provinciarum et judices, h. e. magistratus ordinarios cogitur eam in matrimonium collocare et dotare. *l.* 19. *ff. de rit. nupt. l. ult. c. de dot. prom.* Paleot. *de spur. cap.* 8. *n* 7. Enenkel Baro *de privil. parent. et liber. priv.* 6. *o.* 10. *n.* 12. prohibere autem dicitur et qui conditionem non quaerit *d. l.* §. 19. *ff. de rit. nupt.* ex quo textu patet, quod necessitas incumbat patri, ut maritum filiae quaerat. Et hinc est, 47
quod si vigesimum quintum aetatis annum filia impleverit et eam nondum copulaverit pater, si illa jam sese prostituat, et in corpus suum peccet, aut sine consensu parentum marito se jungat, id ad ingratitudinem filiae non referendum, quia non sua culpa, sed patris, qui suo non satisfecit officio, id admisisse cognoscitur, ut ideo exhaeredari non possit. *auth. sed si post. c. de inoff. test. nov.* 115. *c.* 3. §. 11.

Ex legitimo conjugio oritur jus personarum inter 48
conjuges, quorum officium aliud mutuum, aliud alterutri conjugum proprium est; mutuum consistit in exhibitione debiti conjugalis. 1. *cor.* 7. *v.* 3. 4. *gen.* 2. *v.* 24. *eph.* 5. *v.* 25. 28. Struv. *in syntagm. jur. civ. exh.* 26. *th.* 56. ad quod sibi invicem ex officii 49
conjugalis necessitate tenentur, in tantum, ut denegando lethale incurrant peccatum. Sanchez *de matrim. lib.* 9. *disp.* 2. *n.* 9. oritur enim haec obligatio ex ipsa natura matrimonii seu vinculi conjugalis, quod essentialiter consistit in mutua corporum traditione, qua uterque constituitur dominus alterius corporis 1. *cor.* 7. ex dominio autem consurgit jus utendi, et obligatio reddendi domino petenti, et ipsa lex justitiae praecipit reddere unicuique quod suum est, *l.* 10. §. 1. *ff. de just. et jur.* corpus vero viri est uxoris et contra, teste Paulo *d. l.* cui accedit, quod defraudato debito conjugali, incontinentiae periculum, in cujus tamen remedium post naturae lapsum institutum est matrimonium, Sanchez. *d. l. n.* 6. saepius incurrerent conjuges, cui tamen periculo succurrere, non lege saltem charitatis, sed arcto etiam amoris et amicitiae vinculo adstricti sunt. Sanchez. *d. n.* 6. ibique allegati doctores. Proprium mariti est, quod onera 50
atque incommoda matrimonii ferre teneatur, Klock. *vol.* 3. *cons.* 118. *n.* 18. Carpz. *p.* 3. *const.* 20. *def.* 18. *n.* 6. *et const.* 23. *def.* 3. *n.* 11. Benst. *in tr. connub. p.* 3. *cap.* 5. Unde uxori ex officii necessitate ali- 51
menta praestare tenetur, (quo Klock. *d. vol. cons.* 155. vestes lugubres et viduales, etiam pretiosas secundum personarum et mariti dignitatem refert) et aegrotanti medicamentis succurrere. *l.* 22. §. 8. *ff. sol. matr.* atque peritum medicum adhibere. Phil. Pasch. *de vir. patr. potest. p.* 1. *cap.* 5. *n.* 76. Mascard. *de probat. concl.* 1035. *n.* 1. *et seqq.* Roland. a Valle. *de lucro dot. qu.* 64. *n.* 1. *et seqq.* non tantum secundum facultatem et fructus dotis, sed etiamsi nulla dos sit constituta, ex affectione maritali. *l.* 13. *c. de neg. gest.* sibi enim imputet, quod sine dote eam duxerit. Dn. Brunn. *ad d. l.* 13. *et dec.* 195. *n.* 10. Coler. *de alim. lib.* 1. *cap.* 10. *n.* 4. Brunn. *ad d. l.* 22. *ff. sol. matr. n.* 15. Klock. *vol.* 3. *cons.* 129. *n.* 65. et ad id a judice compelli potest *arg. l.* 28. *ff. de relig.* Adeo, ut maritus denegans alimenta uxori, vel in- 52
firmitati ejus peritum medicum non adhibens, omni lucro ex bonis ejus post obitum vel jure statutario vel pactis dotalibus consequendo, prorsus excidat. *arg. l.* 10. §. 1. *ff. solut. matr.* ibique Jason. *l.* 4. *ff. de agn. et alend. lib.* Surd. *de alim. tit.* 1. *qu.* 32. *n.* 25. Matth. Berlich. *p.* 3. *concl.* 36. *n.* 46. Carpz. *p.* 3. *const.* 26. *def.* 5. *n.* 1.

Uxoris ad officium pertinet obsequium et reveren- 53
tia *l.* 24. *ff. sol. matr. l.* 1. §. 7. *c. de rei uxor. act.*

ad eph. 5. *v.* 22. *ad coloss.* 3. *v.* 18. Carpzov. *p.* 1. *const.* 16. *def.* 51. *n.* 6. quam adeo sanctam et inviolabilem Jcti romani voluerunt, ut ne quidem pactis ei derogari permiserint, unde Pomponio quaerenti, si paciscatur maritus, ne in id quod facere possit condemnetur, sed in solidum, an hoc pactum servandum sit? eleganter respondet Ulpianus *l.* 14. §. 1. *ff. sol. matr.* non valere hoc pactum, cum sit contra bonos mores et receptam reverentiam, quae maritis exhibenda est.

54 Reverentiae hoc et obsequii officium excipit operarum praestatio, ad quas, modo statui et conditioni uxoris conveniant, marito exhibendas uxor ex officii
55 necessitate obligatur. *l.* 48. *ff. de oper. libert.* Et hinc omnia exinde acquisita ad caput familiae maritum sc. pertinent, non attenta distinctione inter officiales seu obsequiales et industriales seu artificiales; licet enim uxor invita ad eligendum vitae genus, quod maritus non colit, adigi non possit. Bald. *in l. si uxorem.* 6. *c. de cond. insert.* Boer. *dec.* 81. *n.* 4. si tamen volens susceperit, inde quaesita ad caput familiae pertinent, eaque marito ex officii necessitate operatur. Covarruv. *tr. de matrim. p.* 2. *cap.* 7. *n.* 5. Heig. *p.* 1. *qu.* 29. *n.* 10. Carpz. *part.* 3. *const.* 25. *def.* 10. Mev. *ad*
56 *jus lubec. part.* 2. *tit.* 2. *art.* 12. *n.* 136. In genere enim omnia, quae constante matrimonio, industria licet et opera uxoris acquisita, soli marito deferuntur. *l.* 31. *ff. de don. inter vir. et uxor.* cui adstipulatur *l.* 31. *pr. ff. eod.* ubi vestimentum ab uxore lanipendia, cujus operae non possunt non industrialibus accenseri, confectum ad maritum pertinet, et in *l.* 48. *ff. de oper. libert.* operas quas liberta debuit, sub nomine officii uxorem debere traditur, debituram alias patrono industriales, si marito solas officiales praestaret. Nec aliud permittit jus divinum, quo uxor auxiliatrix viro constituta, omnia ipsi tamquam capiti tribuere debet. Mev. *d. l. n.* 135. Dn. Praeses *vol.* 2. *disp.* 4. *de jur. domest. cap.* 2. *n.* 15.

57 Porro cum viro morari eumque domicilium mutantem sequi tenetur. *can.* 3. *caus.* 13. *qu.* 2. Richt. *p.* 1. *dec.* 9. Tiraquell. *de ll. connub. gl.* 1. *p.* 1. *n.* 28. *et gl.* 8. *n.* 241. Brunnem. *ad l.* 65. *d. de jud.* Struv. *in synt. jur. civil. exerc.* 29. *th.* 56. quod ad vagabundum etiam extendit Tiraquell. *d. l. p.* 1. *n.* 39. Hartmann. Pistor. *obs.* 148. Heig. *p.* 2. *qu.* 41. Sanchez. *de matrim. lib.* 1. *disp.* 41. *n.* 7. *et seqq.* Brunnem. *ad l. ult. c. de lib. exhib.* modo uxor ab initio sciverit, maritum esse vagabundum. Richter. *p.* 1. *dec.* 9. Perez. *de rit. nupt.*
58 *n.* 17. Etsi contracto matrimoniali pactum sit, ne uxor sequi teneatur maritum; nova tamen causa emergente hoc facere tenetur. *arg. l. si convenerit.* 14. *d. pro soc.* Eiben. *obs. theor. pract. ad inst. disq.* 3. *obs.* 7. Kitzel. *de matrim. c.* 7. *theor.* 2. *lit. i.* Sanchez. *de matr. lib.* 1. *disp.* 40. *n.* 3. ita ut uxor maritum ex injustis causis sequi nolens, aut ab ipso fugiens, manibus ei injectis a marito propria auctoritate capi et detineri possit. *arg. cap. cum causa.* 6. *x. de rapt. gloss. in cap.* 1. *x. de conjug. lepros.* Tiraquell. *de*
59 *ll. connub. gl.* 1. *p.* 1. *n.* 40. An vero haec ipsa sequelae necessitas ad relegatum etiam se extendat maritum? Distinguunt doctores utrum id culpa et delicto mariti contigerit vel non; ita ut si ex proprio delicto maritus relegatus sit, uxor eum sequi non teneatur, ne pro uno delicto duo puniantur, et innocens quidem immerito. Mäuser. *de nupt. fol.* 327. secus si absque sua culpa. Et ita in colleg. jurid. jenens. *an.* 1628. *mens. febr.* responsum esse, recenset Richter. *p.* 1. *dec.* 9. *n.* 8. Verum cum non nisi ob 60
proprium delictum maritus relegetur, rectius hoc mihi simpliciter affirmari videtur. Nihil enim tam humanum esse videtur, quam fortuitis casibus mulieris maritum et contra uxorem viri participem esse. *l.* 22. §. 7. *d. sol. matr.* Carpz. *p.* 4. *const.* 47. *def.* 7. *n.*
10 Heig. *p.* 2. *qu.* 14. *n.* 13. Quod ipsum individuae 61
vitae consuetudo et arcta inter virum atque uxorem consociatio, quae ob afflictionem mariti neutiquam est dissolvenda, omnino exigere videtur. §. 1. *inst. de nupt. l.* 4. *c. de crim. expil. haered. l.* 1. *d. rer. amot.* hac tamen adjecta moderatione, si id ratio domestica, utilitas communis liberorum et honestas uxoris, quae omnia desideriis maritalibus praeponderare debent, permittat, haec enim in hac quaestione attendenda et arbitrio boni viri relinquenda Mev. *ad jus lub. lib.* 1. *tit.* 5. *art.* 10. *n.* 63. Heig. *p.* 2. *qu.* 14. *n.* 24.

Progredior jam ad tutores, quos deficientibus te- 62
stamentariis et legitimis, mater ex juris necessitate, si ipsa tutrix esse nolit, vel suscepta, jam tutela ad secunda vota transeat, intra annum petere tenetur. *l.* 1. *d. qui pet. tut. l.* 2. §. 28. *d. ad sctum. tert.* Struv. *in synt. juris civ. exerc.* 31. *th.* 32. Gutierrez. *de tut. p.* 1. *cap.* 16. *n.* 32. Carpz. *p.* 2. *const.* 11. *def.* 15. Caeteroquin si liberi impuberes decesserint, haereditate, nisi justam excusationis causam habeat, privatur. *l.* 2. *et* 3. §. *fin. ff. qui pet. tut. l.* 3. *l.* 6. *c. ad sctum Tertull. l.* 10. *c. de leg. haered.* Carpz. *d. l. n.* 5. *et seqq.* Tutorum vero munus uti publicum, 64
ita vi officii tenentur initio statim rite, adhibito scil. et requisito tabellione cum testibus, inventarium conficere. *l.* 7. *pr. ff. de adm. et per tut. l. ult.* §. 1. *c. arb. tut.* quod si non fecerint vel minus legitime, ut suspecti habentur et infames fiunt *d. l. fin.* §. 1. *c. arb. tut.* Ab hac tamen officii necessitate 65
excusantur tutores, si ex certis et urgentibus causis testator inventarium fieri prohibuerit. *l. fin.* §. 1. *c. arb. tut.* vel alia obstet justa et necessaria causa. vid. Gutierez. *de tut. p.* 2. *c.* 1. *n.* 34. *et seqq.* Quo casu tamen privatim res pupilli consignare debent. Perez. *in cod. de adm. tut.* Carpz. *p.* 1. *const* 11. *def.* 4. *n.* 8.

Caeterum confecto inventario, necessitas officii tu- 66
toris cum principaliter se ad personam pupilli extendat, inde quid necessario tutori circa personam faciendum, paucis adducendum. Prima cura est, ut de 67
alimentis provideat pupillo, ad quod tanta officii necessitate tenetur, ut si hoc omiserit, vel copiam sui non fecerit judici de alimentis decreturo, tamquam suspectus removeri possit. §. *si quis tutor.* 9. *inst. de susp. tutor. l.* 3. §. 14. *ff. eod.* Haec tamen officii ne- 68
cessitas eo se non extendit, ut de suo pupillum alere teneatur. *l.* 3. §. *ult. ff. ubi pup. educ. deb.* licet pro tutore praesumptio sit, quod de suo aluerit, donec contrarium probetur, cum vento vixisse non praesumatur. *l. c. de alim. pup. praestat.*

Porro obligatur tutor ex officii necessitate, ut pu- 69
pillus disciplinis instruatur, non quidem praecise studiis literarum, hoc enim ex destinatione parentum judicandum, sed eo tamen disciplinae genere, ut honeste aliquando in republica vivere possit; quantum

vero tutori in disciplinas seu ad instructionem pupilli sit impendendum, judex aestimare solet. *l.* 3. §. *pen.*
70 *ff. ubi pup. educ. deb.* Sed quid si in studia pupilli vel minoris sumptus impenderit, sed eventus studiorum frustraneus fuerit, an tutor excusabitur ex officii necessitate? Et hoc affirmandum puto, sufficit enim, expenses in causam ll. probatam factas esse, quo casu sequior effectus tutori, qui ad hoc tenebatur, non potest imputari, modo nihil in se desiderari patiatur, quod ad monendum pupillum pertinebat; tali ergo, imo et in similibus casibus ubi tutor necessitate officii quid impendere necessum habuit, sufficit tutori, bene et diligenter negotia gessisse, etsi eventum adversum habuit, quod gestum
71 est; *l. quid ergo.* 3. §. *sufficit.* 7. *ff. de contr. tut.* Imo utut pupilli tantae non sint facultates, ut studia in academiis absolvere possit, si tamen tutor felicitatem ingenii advertat, et ita plus impendat, quam est in facultatibus, non deneganda ipsi repetitio. *d. l.* 3. *pr.*

72 Quantum ad bona pupillaria, excusabit tutorem officii necessitas, si illa, quae tempore peritura, etiam sine decreto alienaverit, ad hoc enim de jure tenetur tutor. *dd. in l.* 22. *c. de adm. tut.* alioquin periculum suum faceret. *l.* 7. §. 1. *ff. de adm. et per tut.* Pariter quoque excusatur officii necessitate, si tutor pecuniam pupillarem foenori exposuerit, et debitor sine culpa tutoris bonis lapsus; de quo casu commodius agendum
73 in cap. seq. Si pupillus sit debitor tutoris, ipse, si sibi sine praescitu judicis solverit, excusatur, cum necessitas officii tutori exigat, ut sibi solvat ex bonis pupilli, adeo, ut si in eo negligens fuerit, usurarum petitionem amittat *l.* 9. §. 5. *ff. de adm. tut.* quod tamen jure novo non amplius procedere puto, cum in *nov.* 72. c. 2. expresse cautum, quod tutor pupilli creditor ab initio a tutela repellatur; quod si ex postfacto creditor fiat, alias curator ipsi adjugendus. Dn. Praeses *de cautel. contract. necess. sect.* 3. *c.* 2. §. 5. Ergo non promiscue amplius sibi solvere potest, sed tunc demum, si ex ipsa tutelae administratione debitum oriatur.

74 Porro necessitas officii tutorem ad hoc constringit, ut actiones nomine pupilli moveat, et motas ab adversario suscipiat. *l. ult. c. de adm. tut.* additur tamen in *l.* 11. *c. d. t.* si bonam causam habeat pupillus. Nil enim ipsi proderit officii necessitas, si scienter calumniosam litem instituerit. *l. non est ignotum.* 6. *c. d.*
75 *t.* Quod ergo a praesumptione calumniae liberetur, et ostendat, se ex necessitate officii litem nomine pupilli movisse, utile est, ut antea collegii cujusdam juridici responsum exigat: *ob Er bey so bewandten Umstaenden, Krafft tragender Vormundschafft verbunden sey, diese Klage im Namen seiner Pfleg-befohlnen auszustrengen*, quod remedium suggerit dn. Brunnemann. *ad l.* 6. *c. de adm. tut. n.* 6. Tali ergo responso si instructus sit, expenses litis repetit, utut victoriam non reportaverit. Excusat enim hic ipsum officii necessitas, *arg. l.* 3. *c. d. t.*

Ulterius necessitas officii tutelaris tutori praestabit 76
excusationem, si ex contractu pupilli nomine gesto conveniatur. Utut enim tutor durante tutela conveniri possit ex contractu nomine pupilli gesto, ut ex bonis pupilli satisfaciat. Dn. Struv. *exerc.* 21. *th.* 48. non vero ut ex suis bonis solvat; quia officii necessitas ipsi tutori damno esse non debet, quippe cum cogatur facere illa, quae sunt ex re pupilli, quare haec necessitas merito eum excusare debet, ne in damno sit, cum bona fide suo fungatur officio, uti post Baldum. *ad §. si tutor. inst. de inoff. testam.* inquit Montan, *de tutel. cap.* 31. *effect.* 5. *n.* 2. Noluit enim imperator *in l.* 26. *c. de adm. tut.* ut tutor quicquam praejudicii sentiat ex illis negotiis, quae bona fide nomine pupilli gessit. Quod multo magis procedit, si tu- 77
tor jam tutelam deposuerit, sic enim penitus actione pulsari nequit, cum finito officio onera quoque officii cessent necessum sit. *l. fin. c. de per. tut.* Montan. *d. l. effect.* 5. *n.* 4. Quod intelligo, nisi necessitas ali- 78
qua gerendi etiam post finitam tutelam remanserit. Exigit enim hoc necessitas officii tutelaris, ut negotium durante tutela susceptum ea licet finita a tutore continuetur, ergo hujus negotii nomine etiam post tutelam conveniendus. Brunnemann. *ad d. l. fin. c. de per. tut. n.* 2. sicut et tunc deposita tutela tenetur, si tamquam fidejussor pro pupillo intercesserit. Montan. *d. l. n.* 7. Quod tamen caute intelligendum; 79
saepius enim in ipsa cautione subest officii necessitas, quae tutorem deposita tutela stringere nequit, quorsum pertinet textus in *l.* 28. *pr. ff. de Adm. tut.* Unde paulo plenius tutoris fidejussio concipienda, ut apparet, ipsum etiam finita tutela obligatum esse velle, de quo dn. Praeses *tr. de cautel. contract. necess. sect.* 3. *c.* 2. §. *ult.*

Quantum ad rationes a tutore reddendas, novissimo 80
imperii jure officii necessitas ipsi imposita, ut non expectet finem tutelae, nec tempus ubi exiguntur, sed ipse quotannis propria sponte rationes offerre debet. *reformat. polit. de an.* 1577. *tit.* 32. Carpzov. *p.* 2. *const.* 11. *def.* 2. ut hinc in casum negligentiae per mandata sine clausula ad hoc possit compelli. Mev. *p.* 3. *dec.* 112.

Quid magistratui circa tutelas ex officii necessitate 81
incumbat, partim in dando tutore, partim in cautione exigenda, videri poterit in *d. reform. polit. tit.* 32. *et in tit. ff. de magist. conven.* Et nullum dubium est, quin magistratus adhuc hodie, si illud negligat, quod ex officii necessitate hic facere debebat, actione subsidiaria conveniri possit. Carpz. *p.* 2. *const.* 11. *def.* 41. Reliqua quae ad materiam tutelarem pertinent, sequenti capite occurrent.

CAPUT III.

De officii necessitate in contractibus et ultimis voluntatibus.

SUMMARIA

Connexio. n. 1.
Princeps si potest, suo contractu subditos sublevare debet. n. 4. *et seq.*
Princeps divites compellere potest, ut pauperibus credant, et tempore annonae frumentum gratis dent. n. 7. *et* 8.
Si subditi principi mutuum dare nolint, potest ipsis auferri pecunia. n. 10. 11. *et* 15.

Princeps ll. solutus est. n. 12.
Principis est videre, ne pecunia emungantur subditi. n. 16. *et* 17.
Principi quale jus tempore necessitatis competat in bona subditorum? n. 18. *et* 19.
Status reip. saepius non admittit uti absolute potestate. n. 20.
Princeps qui ex officii necessitate contrahit successorem obligat. n. 22.
Magister rationalis mutuum accipere potest. n. 25. *et* 26.
An absque principis consensu? n. 27.
Administratores ecclesiae bona ecclesiae alienare non possunt. n. 28.
Limitatur. n. 29. *et* 30.
Ecclesiae commodum promovere omnes sumus obligati. n. 31.
An sine consensu capituli ecclesiae bona oppignorare possit administrator? n. 32. *et* 33.
Locare potius quam alienare debet. n. 34.
Quid in locatione observare debeat? n. 35.
Quibus in casibus concessa alienatio? n. 36.
Quid in administratoribus civitatum? n. 37.
Quid tutoribus jure ant. et nov. ratione mutui incumbat? n. 38. *et seq.*
Jus antiquum usu observatur. n. 41.
Limitatur. n. 43.
Pupillus probare debet occasionem foenerandi. n. 44.
Tutor ad usuras usurarum obstrictus est. n. 47.
Quid si nullos a debitoribus acceperit? n. 48. *seq.*
Quid de tutore, qui ipse debitor pupilli est? n. 52. *et seqq.*
Quae in tutore etiam in administratore eccles. et civit. procedunt n. 55.
Si tutor pupilli nomine mutuum accipiat, ejus bona non obligantur. n. 56.
Qui ex officii necessitate contrahit, semper excusatur. n. 57.
Quoties ex necessitate officii res venditur, evictio a vendentibus non praestatur. n. 58.
Probatur exemplo apparitorum. n. 59.
Extenditur ad tutores et alios. n. 60. *et seq.*
Nec si expresse evictionem promiserint. n. 65.
Aliud si bona sua expresse obligaverint. n. 66.
Non prodest haec excusatio nisi necessitate probata. n. 67.
Nec prodest nisi vere in officio constitutis. n. 68.
An officialium negligentia proponenti noceat disquiritur? n. 69. *et seq.*
Transgressus ad ultimas voluntates. n. 73.
Notarii officium publicum est. n. 74.
An notarius contra jura testamento quid inserere teneatur disquiritur. n. 75. *et* 76.
An clausula salutaris sine speciali mandato testamento a notario inserta effectum habeat disquiritur? n. 77. *et seqq.*
Notarius, qui solemnia non adhibuit, tenetur ad interesse. n. 82.
Liberi sunt vel instituendi vel exhaeredandi. n. 83.
Poena ejus qui inofficiosum testamentum probare nequit. n. 84. *et* 85.
Qui semel testamentum probavit, postea impugnare non potest. n. 86.
Exceptio est in tutore, n. 87, *et* 88.
Respondetur ad l. fin. ff. de inoff. test. n. 89.
Legatarius, qui per officium conditionem implere non potest, legatum non amittit. n. 90.
Qui facit id, quod in testamento sibi injunctum, excusatur. n. 91. *et* 92.

Praemissis illis, quae circa jus personarum quoad 1
thema nostrum moveri poterant; pergendum jam ad
jus rerum, ubi missо jure in re jus ad rem lustrabimus, in specie hoc capite, quando in contractibus et ultimis voluntatibus necessitas officii momentum faciet, exhibituri. Et quidem antequam ad species 2
contractuum me conferam, lubet saltem in genere praemittere, quod et in principum contractibus officii necessitas quandoque attendatur. Ipsius autem of- 3
ficium in terris omnium maximum esse, cum vicarius Dei sit, gladium in manibus ab ipso traditum gestet, et juxta illud Menandri, Dei spiritus ac animata imago existat, pastor summus qui pro grege excubat, et subditos in cunctis necessitatibus tueri teneatur. *cap. cum Apostolus.* 6. §. *sustinemus. X. de censibus.* Gail. *lib.* 1. *obs.* 17. Coler. *de process. execut. c.* 9. *n.* 58. extra omnem est controversiam. Igitur si subditos pe- 4
riclitari et aes alienum populum integrum supprimere contingat, ob obligationem mutuam, quae inter superiores et subditos est, Molin. *consu. paris.* §. 1. *gloss.* 5. *n.* 65. Vel potius necessitatem conservandi subditos, ex quorum salute salus principis dependet, officio principis incumbere puto, ut si auctoritate principali et contractu suo subjectos sibi sublevare valeat, ad id teneatur. Si enim naturalis stimulus ad 5
cogitandum bene de liberis patres impellit. *l.* 36. §. *ult. ff. de excus. tut.* et vi paterni affectus, quem nullus extraneus vincit. *l.* 22. §. *ult. ff. ad l. jul. de adult.* etiam pro liberis contrahere necessitantur, quare boni principis officio id non incumberet? quem a bono patre nihil differre, dixit Menoch. *consil.* 1. *n.* 157. Reink. *de reg. sec. et eccl. l.* 1. *class.* 1. *c.* 5. *n.* 47. et cujus est officium subditos in eo statu conservare, in quo eos reperit. *l. neminem.* 64. *in fin. c. de decur.* Gloss. *in l. moveor. c. si serv. exportandi veneat.* Rol. a Valle. *lib.* 1. *cons.* 1. *n.* 104.

Inde ut magis ad speciem contractuum deveniam, 6
facile liquet, et principis officium flagitare, ut mutuam subdito egenti det pecuniam, si alia remedia succurrendi inopiae ipsius non adsint. Quod si enim sint in 7
republ. qui opibus abundent, aliis tamen concivibus succurrere nolint, omnino statuendum censeo, posse principem compellere avaros illos divitiarum possessores, ut inopiae aliorum succurrant, et ipsis necessariam pecuniam credant, praesertim si egentes alia bona immobilia habeant, ex quibus restitutionem sperare possint creditores. Quorsum pertinent dd. deci- 8
sio: quod tempore caritatis annonae princeps ditiores compellere possit, ut pauperibus gratis frumentum suppeditent. Ant. Peretz. *comm. cod. ad tit. de cond. in publ. horr.* ubi ex Covarruvia subjungit, posse pauperes officium judicis implorare, ut sibi succurratur a ditioribus. Quod si ergo talia remedia deficiant, et 9
princeps mutuando pecuniam subditis succurrere valeat, omnino ad hoc obligabitur, nam quod in uno correlativorum dispositum est, idem quoque in altero censetur esse dispositum. *l. fin. c. de indict. viduit.* Bart. *in l. fin. de accept.* Bald. *in l.* 1. *c. de bon. ma-*

10 *tern.* Sicuti vero necessitas officii subditi postulat, ut in casu inopiae principem pecunia indigentem sublevet, aut si nolit, hic sub restitutione possit auferre Conring. *de fin. imp. cap.* 19. Ita quoque prout jam
11 dictum, principem obstrictum esse existimo. Quamvis illa reciprocatio seu correlatio non absolute capienda, sed sub certo temperamento: praecipue vero ad id ea benignitas principis in subditos prodest, ut ejus exemplo subditi incitati eo lubentius iterum succurrant reip. egenti, quorsum elegantissimus Livii locus pertinet. *lib.* 26. *histor. c.* 36. Sicut magistratus et senatus populo honore praestat, ita ad omnia, quae dura atque aspera essent subeunda, ducem debere esse: *si quid injungere inferiori velis, id primum in te et tuos, si ipse juris statueris, facilius omnes obedientes habeas, ut voluntaria collatio, et certamen adjuvandae reipubl. excitet ad aemulationem alios.*

12 Caeterum illud huic sententiae obstare videtur, quod frustraneum sit haec disputare, quia nulla dantur subditis remedia cogendi principem, quibus sola obsequii gloria relicta; unde inconvenienter principem ad id quod ejus officii compellant, quibus sola ejus pro imperio est voluntas, et sacrilegium esset, legem illi di-
T3 cere, cui omnia tua debes. Verum licet quam lubentissime largiar, nulli principem subjectum, sed legibus solutum esse. *l. princ.* 31. *ff. de ll.* tantaque gaudere ac frui praerogativa, ut ipsi ex certa scientia vel plenitudine potestatis aliquid facienti, nemo dicere possit, cur ita facis? Schurff. *cons.* 53. *n.* 10. *cent.* 2. Cagnol. *in l. si quis major. n.* 117. *c. de transact.* nec cuiquam competat facultas udicandi de facto principis. Matth. Cuno *de pact. lib.* 1. *c.* 24. *n.* 189. *et*
14 *seqq.* Non tamen hic de potestate ejus, de qua disputare sacrilegium est. *l.* 5. *c. de divers. rescript. l. disputare.* 3. *c. de crimin. sacrileg.* quid velit ac possit princeps quaerimus; sed ad quid vi officii a divina majestate sibi injuncti constringatur, ubi ipsa conscientia compellet principem, ne illi obligationi se subtrahat, quam jus divinum et naturalis ratio ab ipso exigit.

15 Quod autem antea dictum, subditos teneri mutuum dare Principi, si necessitas reipubl. illud exigat, hoc a dd. pro communi remedio reputatur succurrendi necessitatibus reipubl. Ut scil. princeps, si subditi sponte dare nolint pro quantitate cujusvis patrimonii, certum mutuum reipubl. credendum imperet, de quo videatur dn. Boecler. *ad Grot. lib.* 1. *pag.* 125. *et seqq.*
16 Anton. Peretz. *in comm. cod. tit. de superint. n.* 5. Ubi tamen pariter probi principis officio convenit providere, si talia forte consilia a ministris suppeditentur, ut caveat, ne ob iniquas causas quicquam a subditis exigatur, et bi praetextu mutui expilentur vid. Bor-
17 nit. *de aerar. lib.* 8. *cap.* 3. Facile enim est, cives pecunia emungere si quis auctoritate publica abutatur; sed admodum difficile, cives egentes si rempubl. inopia premat, ad opimiorem fortunam reducere quare pii principis officium exigit, ut ita sibi ex bonis sub-
18 ditorum succurrat, ne his penitus pereundum. Sed diceres, otiosam controversiam esse, an princeps ductu necessitatis mutuum imperare civibus possit, cum promptiori remedio uti, et jure suo, quod mutui titulo cupit, auferre possit; competit enim ipsi eminens dominium in bona subditorum, vi cujus urgente necessitate tantum ex bonis subditorum capere valet, quantum subsidii necessitas publica exigit, de quo prolixe Joh. Frid. Horn. *in polit. architect. cap. de dom. emin.* Quamvis fatear, novo eminentis dominii 19
figmento opus non fuisse ad hoc jus principis demonstrandum, pro qua voce tamen hodie tamquam pro aris et focis pugnatur; idem enim jus principi vi imperii jam tum competit, quod non ad solas subditorum personas, sed ad subditorum quoque bona se extendit; haec enim sequuntur personam; pariter sicuti tutor personae datur non rebus, et tamen de bonis pupilli eadem libertate disponit, qua curator de bonis minoris, qui tamen tantum bonis erat datus. confer. de hac materia elegans dissertatio excell. dn. Leiseri. *pro imperio contra domin. emin.*

Quod ergo attinet superiorem quaestionem, saepius 20
reip. status, et ad rebellionem proclive subditorum ingenium, non admittit, ut princeps semper absoluta sua utatur potestate, et de bonis subditorum pro lubitu disponat, quo casu consultius, per modum contractus pecuniam ab ipsis accipere, ubi princeps morosos subditorum animos facilius demulcere potest, si necessitatem officii sui, qua reipubl. salutem quaerere tenetur, exponat, restitutionem pecuniae promittat, atque hoc nomine bona reipubl. ipsis obligata esse debere, dicat. Potest enim princeps aliquando, quod recta via nequit, per indirectum non compellendo sed persuadendo facilius impetrare confer. Joh. Martin. d'Autel *de mutuo publico.* §. 30. An vero et quatenus prin- 21
ceps ex contractibus urgente necessitate publica initis, obligetur? et an cessante necessitate praecise talibus pactis stare debeat? de eo prolixe jam egit Nicol. Myler. ab Ehrenbach *in Nomolog. ordin. imper. cap.* 8. §. 3. *et seqq.* Nos unicum hoc hic tantum observamus; 22
quod si princeps contraxerit ex necessitate officii sui, exigente scilicet id dignitate et utilitate reipubl. princeps successor indistincte ad hujus debiti exsolutionem obligabitur. Myler. ab Ehrenbach. *d. l. cap.* 10. §. 3. Carpzov *p.* 2. *constitut.* 29. *def.* 21. *n.* 7. Matth. Cuno *de pact. lib.* 1. *cap.* 22. *n.* 68. ubi in praecedentibus hic auctor utilissime exponit, quid in ipsos subditos pacis et necessitatis causa possit princeps.

Dimisso jam principe, utpote cui limites praescri- 23
bere vetat religio, me confero ad ejus ministros seu officiales. His aliquando officii necessitas injungit, ut mutuum aliunde accipiant, quo illud quod ad officium pertinet expedire valeant. Exemplum esto in magistro 24
rationali principis seu summo redditnum praefecto, qualis est, qui regium ac principale patrimonium curat, ac in consilio regii ac principis patrimonii, de gravioribus rebus, ad statum regii patrimonii pertinentibus agit. Dn. Myler. ab Ehr. *in Hyparchолog. c.* 1. §. 14. Hujus officium aliquando requirit, ut si prin- 25
cipale patrimonium prorsus sit exhaustum, ut inde desumi nequeant, quae ad sustentationem principis necessaria, ut mutuam pecuniam accipiat; cui postea, si urgeatur, quod sine consensu principis aes alienum contrahere non debuisset, excusationem praestabit officii necessitas; ubi exigunt dd. ut ipsi potestas cum 26
libera sit concessa, nec per ejus incuriam et malam administrationem aerarium exhaustum deprehendatur, nec si in ipsius potestate sit, principem aeri alieno subjicere, ejusdemque conditionem facere deteriorem. *arg. l.* 25. §. 4. *ff. de acquir. vel amitt. haered.* §. 3. *instit. per quas person. cuique acquir.* Alias autem 27

sine consensu principis pecuniam mutuo accipere officium dissuadet maxime; cum rationalis non dissipator sed frugi dispensator debeat esse, et si neglectum quippiam fuerit, quomodocumque illud ab eo praestari oporteat, etiam levissima culpa. Petr. Fabr. *ad l. contr.* 23. *ff. de reg. jur.* Donell. *lib.* 13. *comm. c.* 11.

28 Administratores ecclesiarum quod attinet, illis bonorum ecclesiasticorum alienationem regulariter esse prohibitam, nulloque modo ex clericorum potestate in secularium dominia ea transferre licere, expeditum est. *l.* 21. *l.* 14. juncta *auth. hoc jus porrectum c. de ss. eccles. nov.* 7. *nov.* 120. *caus.* 12. *qu.* 2. *t. t. X. in 6to et Clem. de rebus alien. non alien.* Hospinian. *de templ. lib.* 5. *c.* 7. Felician. de Solis. *tract. de cen sib. lib.* 2. *c.* 3. *n.* 7. Schneidew. *ad* §. 8. *instit. de*

29 *rer. div.* Exceptis casibus aliquot, de quibus passim v. dn. Praeses *in annot. ad Brunnem. jus eccl. lib.*

30 2. *c.* 2. §. 6. Si autem opus habeat ecclesia ad meliorem conservationem bonorum suorum pecunia, non autem expediat ipsi eadem alienare, forte quod uberiores exinde quam ex pecunia, quae sui natura sterilis est, Gail. *lib.* 1. *obs.* 7. *n.* 2. ipsi obveniant fructus, certe, ut bona haec in statu suo conserventur, ob officii necessitatem ipsum administratorem pe-

31 cuniam mutuare posse existimo: si enim omnes sumus obligati, ecclesiis, academiis, rebuspubl. Curiis prospicere et eorum commoda promovere. Brunnem. *ad l. imper.* 37. *ff. de pact.* maxime id officium boni episcopi et administratoris ecclesiarum erit, cui aliquid intermittere, quod ecclesiis proficuum, vel suscipere quod ipsis nocumento, pudor et religio obstabunt: vid. Petr. Nicol. Mozzius. *in tr. de contract. de personis quae possunt commodare. n.* 2.

32 Sed si ecclesia pecunia opus habeat, non autem accipere possit nisi constituto pignore, an ob officii necessitatem excusatur administrator, si sine consensu capituli vel alia juris solemnitate, oppignoraverit bona

33 ecclesiae? Quod affirmarem, si pro modica tantum summa ecclesiarum bona oppignorentur, pro qua verosimiliter non perveniretur ad alienationem Cardin. Tusch. *concl.* 261. *lit. a.* vel generali hypothecae subjicerentur, non vero speciali. *nov.* 7. *cap.* 6. Siquidem quicquid prohibitum est in termino, prohibitum etiam est in via. *l. sancimus.* 3. *c. de reb. alien. non*

34 *alien.* Quod si vero hac ratione ecclesiae utilitati non satis consuleretur, ipsi autem bona multa vel superflua essent, putarem ad officii necessitatem pertinere, ut adhuc ab alienando se abstineat, et locando necessitati consulat, modo tamen ad longum tempus locatio non fiat, ne in successorum detrimentum fructus distrahantur. Menoch. *lib.* 2. *arb. jud. quaest. cas.* 5. *n.* 2. Klock. *vol.* 1. *cons.* 35. *n.* 213. Cardinal. Tusch.

35 *concl.* 261. *lit. a.* Quo casu officii necessitas exigit, ut semper praeferat conductorem, qui majorem offert pensionem; multum enim interest ecclesiae, ut bona ejus et redditus amplificentur. Carpz. *jurispr. eccl. def.* 105. *n.* 1. Quare et ecclesia locans res suas minori pretio, ob laesionem, etiam non enormem, restitui potest. Dn. Praeses *in annot. ad brunnem. jus eccl.*

36 *lib.* 2. *cap.* 15. *n.* 7. Imo tandem officii necessitas excusat etiam ipsam alienationem, si gravi aere alieno ecclesia sit obruta, nec creditoribus aliunde, vel ex mobilibus vel fructibus, bonorum ecclesiae satisfieri possit. *auth. hoc. jus porrectum c. de ss. eccles. et auth. praeterea c. eod.* Dn. Brunnem. *exerc.* 6. §. 8. *inst. de rer. div.* Ungebaur. *ad tit. decretal. de reb. eccles. non alien.* Dunozet. *dec. rot. rom.* 52. *n.* 4. aut etiam ecclesiae utilitas sit evidens. Dunozet. *d. l.* et conditio ejus inde fiat melior. *c.* 52. *c.* 12. *qu.* 2. *c.* 8. X. *de reb. eccl. non alien.* Cothm. *vol.* 1. *qu.* 30. *n.* 112. Klock. *consil.* 35. *n.* 37. *vol.* 1. Trentacinqu. *variar. resol. lib.* 3. Quae tamen utilitas probanda erit asserenti, aut per testes super hoc deponentes. Cardinal. Tusch. *concl.* 280. *n.* 3. *lit. a.* aut per instrumentum, non autem a praelato confectum. Trentacinq. *d. l. n.* 3. sed per alium, in quo specialiter expressum, quae et qualis intercesserit utilitas. Guid. Papae. *decis. Gratianopol. qu.* 151. ibique *in addit. lit. c.*

Quod de administratoribus ecclesiarum modo dictum, 37
idem quoque ad administratores civitatum applicari posse existimo, modo tamen, si amplitudo civitatis omnium civium convocationem non admittat, simul adhibuerint illos, qui totam repraesentat civitatem, quales sunt tribuni plebis, qui alicubi dicuntur *alter Leute* alicubi *die Auschüsse.* Richter. *dec.* 21. *n.* 2. dn. Praeses *tract. de caut. contr. necess. sect.* 2. *c.* 1. §. 5. Cum sub generali de administrando res civitatis mandato non veniat facultas obligandi vel alienandi ejus bona. vid. diss. Inaugur. nuper sub dn. Praes. habita, *de civit. obaerat. c.* 2. *n.* 29. ne administratores occasionem juris ad iniquum haberent compendium, atque sic civitates damnum paterentur. Idem *d. l.*

Quod tutorum contractus attinet, apparet ex *l.* 7. 38
§. 3. *l.* 13. §. 1. *l.* 15. *l.* 58. §. 1. *ff. de adm. et per tut. l.* 2. *c. de usur. pupill.* quod jure antiquo, digestorum nimirum et codicis, pecuniam pupillarem et redditus residuos, primo anno adeptae tutelae intra sex, post susceptam vero tutelam intra duos menses foenori exponere, ex officii necessitate obstricti fuerint, secus ipsi ad usuras tenebantur *d. l.* 7. *l.* 58. *ff. de adm. et per tut.* Carpz. *p.* 2 *const.* 20. *def.* 31. Unde si postea debitores sine tutorum culpa facti 39
non solvendo, ipsos tutores a restitutione pecuniae immunes reddebat officii necessitas. Mutatum quidem 40
hoc ab imperatore Justiniano, et foenerandi haec necessitas tutoribus remissa. *nov.* 72. *c.* 6. *aut. novissime. c. de adm. tut.* quia pupillis melius aestimabat, in antiquis tutamen manere, quam usurarum appetitione etiam antiqua pecunia cadere. *d. nov.* 72. *c.* 6. Verum obliterata fere *nov.* 72. *c.* 6. et antiquum jus in 41
usum revocatum, dicit dn. Brunn. *ad. d. l.* 7. §. 3. et non moribus saltem saxonicis, de quibus testatur Carpz. *p.* 2. *const.* 11. *def.* 22. *n.* 4. sed. generali Germaniae consuetudine, quam et camera imperialis sequitur, servari, probat Mev. *ad jus lub. lib.* 1. *tit.* 7. *art.* 13. *n.* 31. *et seqq.* ubi docet, quando in statuto lubecens. *lib.* 1. *tit.* 7. *art.* 13. refertur *so mögen die Vormünder die jaehrliche Renten widerum belegen,* vocabulum *mögen* non ad arbitrium tutorum referendum, sed ad officii necessitatem; juxta quam adeo pecuniam pupillarem foenori exponere debent, ut ob non expositam pecuniam conveniri possint actione tutelae, ad id quod interest. Hartm. Pistor. *p.* 1. *qu.* 49. *n.* 24. Dn. Brunnem. *ad. d. l.* 7. *ff. de adm. et per tut. n.* 18. Cothmann. *vol.* 4. *resp.* 9. 69. Mev. *p.* 7. *dec.* 200. Carpzov. *lib.* 3. *tit.* 8. *qu.* 72. In tan- 42

tum ut nec contra ejusmodi tutorum negligentiam interesse probari debeat, sed hi citra liquidationem loco interesse in usuras illa regione consuetas condemnari possint. *l.* 7. §. 3. *et* 11. *l.* 13. §. 1. *l.* 58. *ff. de adm. et per tut.* Andr. Rauchb. *p.* 2. *qu.* 26. *n.* 11. Carpzov. *p.* 2. *const.* 11. *def.* 22. *n.* 5. Mev. *d. l. n.* 34. Modo tamen sumptus quotidiani ad sustentationem pupilli erogandi hoc admiserint, et satis apta conditio pecuniam foenori collocandi apparuerit. *l.* 12. §. *ult. cum. l. seq. ff. de adm. et per tut. l.* 3. *c. de usur. pupillar.* Rauchb. *p.* 2. *qu.* 36. *n.* 14. haec enim si defecerit, ab hac pecuniae pupillaris foenori occupandae necessitate liberabitur *d. l.* 12. Carpzov. *p.* 2. *const.* 11. *def.* 23. *n.* 1. Hinc si ob non expositam pecuniam pupillus tutorem convenire velit, facultatem honeste collocandae pecuniae tutorem habuisse, tantumque ex redditibus superfuisse ut aliis elocari potuisset, probare tenetur pupillus Bartol. *vol.* 1. *cons.* 102. Menoch. *recup. poss. remed.* 7. *n.* 13. Rol. a Vall. *lib.* 1. *cons.* 9. *n.* 34. Joseph. Maschard. *de probat. conclus.* 467. *n.* 27. A quo onere probationis pupillum relevat, *si* suam alicui pecuniam tutorem credidisse docere possit; sic enim facile constabit, aptam foenerandi occasionem adfuisse; et hinc tutor pupillo ad usuras praestandas obligabitur. dec. *cons.* 192. Hartm. Pistor *obs.* 82. *n.* 16. Modo non tutor probare possit, se pecunias suas credendo periculo se exposuisse, *dass er es auf ein hazard gethan*, sic enim excusabitur, Brunnem. *ad l.* 13. *ff. de adm. et per tut.* Richter. *dec.* 13. *n.* 7. Liberius enim de sua, quam pupilli pecunia disponere potest.

Nominibus contractis usuras justo tempore a debitoribus exigere, et quod ex his superest, alteri ceu sortem ad usuras iterum dare pariter ex officii necessitate tenentur tutores, quod si neglexerint, ad harum usurarum usuras obstricti sunt. *l.* 7. §. 12. *l.* 58. §. 1. *ff. de adm. et per tut.* quibus legibus, quia per *l. ult. c. d usur.* expresse correctae non sunt, etiamnum hodie standum, docet Carpz. *p.* 2. *const.* 30. *def.* 30. *n.* 3.

Quid vero si tutor in exactione usurarum negligens nullas a debitoribus, ut eas alteri elocare potuisset, acceperit, an et tunc ad usurarum non acceptarum usuras tenetur? Negandum hoc videtur, quia cessante ratione, quod nimirum pecuniam penes se retinuisse et usurpasse videatur. *l.* 7. §. 12. *l.* 58. §. 1. *ff. de adm. et per tut.* ejus etiam cessabit dispositio. *l.* 6. §. 2. *ff. de jur. patron.* Jason. *in l.* 32. *ff. de pact.* Barbos. *lib.* 16. *cap.* 5. *ax.* 5. et ita in terminis definit. Carpz. *p.* 2. *const.* 30 *def.* 31. Verum quia non ob solam hanc praesumptionem, sed ob negligentiam et contumaciam potius, quod suo in exactione usurarum non satisfecerit officio, ad usuras condemnatur. *d. l.* 7. *et* 58. *l.* 49. *ff. de adm. et per tut.* contrarium mihi verius videtur. Quotiescumque enim aliquid pluribus rationibus est introductum, tunc etsi una vel altera cesset, non tamen mox cessat dispositio, sed ea nihilominus substitit. §. *affinitatis.* 6 *inst. de nupt. l.* 83. ibique Bald. *de haered. inst. l.* 11. §. 4. *de his qui not. infam. l.* 18. *de except. rei judic.* Laurent. Sylv. *cons.* 25. *n.* 29. *vol.* 1. Tiraqu. *in tract. cessante causa. lim.* 22. Hartm. Pistor. *p.* 1. *qu.* 15. *n.* 12.

Idem mihi etiam dicendum videtur de tutore qui ipse est debitor pupilli; (quod in tutela testamentaria aliisque casibus, qui videri possunt apud dn. Brunnem. *ad l.* 9. *ff. de adm. et per tut.* fieri potest) quod et hoc casu usurarum debitarum et in rationes non illatarum usuras praestare tenetur. Negant quidem id Carpz. *p.* 2. *const.* 30. *def.* 32. et Joh. a Sande *lib.* 3. *tit.* 14. *n.* 6. hac moti ratione, quod usuras usurarum exigere jura nunquam permittant, *l. ult. c. de usur.* Matth. Wes. *p.* 2. *cons.* 72. *n.* 12. nisi personarum mutatio, quae usuras in sortem convertit, intervenerit, et hinc quod in *l.* 7. §. 12. *ff. de adm. et per. tut. et in l.* 1. *c. de usur. pupill.* de usuris usurarum a tutore praestandis dicitur, intelligendum volunt, de usuris ab aliis debitoribus exactis. Verum e contrario eadem ratio esse videtur, sive usuras ab alio acceptas, sive a se solvendas in suam utilitatem verterit, a se enim exigere tenebatur ex necessitate officii. *l.* 9. §. 4. *ff. de adm. et per. tut.* imputet itaque sibi tutor, quod contra officium usuras a se non exegerit, et alii sub usuris dando in sortem commutare neglexerit. Et alioquin impune tutor de pecuniis pupilli lucraretur, pupillus vero, cujus in utilitatem verti debebant, damnum pateretur, contra *l.* 14. *ff. de cond. indeb. l.* 206. *ff. de r. i.* vid. Brunn. *ad l.* 7. *ff. de adm. et per. tut. et cent.* 1. *dec.* 73.

Haec omnia etiam in ecclesiae oeconomis et civitatum administratoribus obtinere puto, civitas enim et ecclesia minoribus aequiparantur, eorumque juribus gaudent. *l. respublica.* 4. ibique Gloss. *verb. solet. vers. sic et in ecclesia. c. ex quibus caus: major. l.* 3. *c. de jure reipubl.* Gail. *lib.* 2. *obs.* 62. *n.* 4. Hartm. Pistor. *obs.* 68. Carpzov. *p.* 1. *const.* 116. *n.* 4. *et const.* 172. *n.* 2. imo major ratio concurrit in ecclesia, ut ipsi jura minorum competant, quam in ipsis minoribus, cum ecclesia magis subjaceat fraudibus, quam minor; ratio quia ecclesia regitur alieno tantum arbitrio, minor vero suo et alieno. Bald. *in auth. quibuscumque c. de ss. eccles.* Gloss. *in l.* 1. *c. de contr. jud. tut.* Ludov. Gomez. *in comm. ad inst.* §. *ex maleficiis.* 18. *de action.* Barbos. *lib.* 8. *cap.* 2. *ax.* 5.

Cum vero ob bellorum injuriam aliosque casus majores saepius sumptus requirant res pupillares, quam reditus ferre possunt, hinc evenit nonnunquam, ut pro utilitate pupilli ab aliis pecunia mutuanda. Unde si ad conservationem bonorum pupillarium parata opus sit pecunia, eamdem etiam pro pupillo mutuare officii suadebit necessitas, modo evidentem utilitatem et necessitatem probet, *arg. eorum quae supr. hoc cap. dicta.* ubi tamen postmodum si per casum et extra culpam tutoris pupillus non solvendo fiat, in illius bona executio non facienda, cum contrahens sub nomine officii non obligetur de proprio. Riminald. *cons.* 641. *n.* 17. *et* 18. et alias officium suum nemini debeat esse damnosum. *l.* 7. *ff. quemad. test. aper. l.* 54. *ff. de rei vind.* Menoch. *cons.* 228. *n.* 13. *et cons.* 58 *n.* 61. *et cons.* 570. *n.* 3. vid. quae dicta superius *c.* 2. *n.* 78.

Alias personas publico officio obstrictas singillatim percurrere, et quousque contrahere tenetur vel non, per diversos contractuum species demonstrare, non vacat. Sufficit in genere notasse, quod quotiescumque qualitas officii et inde dependens necessitas exigit

ut vel mutuum contrahat, vel foenori pecuniam exponat, vel res vendat aut locet, semper ipsum vi officii ad hoc expediendum obligari, et si inde praeter culpam ipsius aliquid aversi contigerit, ipsum ex officii necessitate, qua contractum celebravit, excussationem petere posse.

58 Cum vero in plerisque contractibus onerosis plerumque evictionis praestatio exigi soleat ab illo, qui rem in alium transtulit, inde famosa hic locum sibi vindicabit dd. decisio; quod quoties res ex necessitate officii venditur vel transfertur, toties evictionis praestatio cesset ratione illius, qui rem vi officii
59 vendidit. Probatur haec assertio ex *l. si pignora*, 50. *ff. de evict.* ubi contra apparitores rem ex sententia praesidis. vendentes, actionem re evicta non dandam esse, liquido asseritur, quod in omnibus aliis administratoribus, vi officii vendentibus generatim asserunt, Joh. Ant. Mangil. *tr. de evict. qu.* 188. *n.* 4. Caldas. *de empt. et vend. c.* 17. *n.* 17. *c.* 31. *n.* 19. Cabaelin. *de evict.* §. 5. *n.* 62. Alphons. de Gutzman *tr. de evict. qu.* 53. *n.* 1.

60 Fluit ex hoc generali deciso, tutorem, si rem pupilli distraxerit, urgente aliqua necessitate, non teneri de evictione, sed excusari ob necessitatem officii. Gutierrez. *de tutel. p.* 1. *c.* 1. *n.* 22. *et p.* 2. *c.* 13. *n.* 1.

61 Paul. Montan. *de tut. c.* 31. *effect.* 5. *n.* 7. Pariter executor sententiae, vendens rem jure magistratus, de evictione non tenetur, quoniam ex officii necessitate procedit. Sed ipse debitor, cujus negotium principaliter gestum. Caldas *de empt. et vend. c.* 31. *n.* 20.

62 Ita quoque administratores publici, qui locant res universitatum, finito officio non tenentur de evictione quia eorum officium pariter uti tutorum est necessarium *tot. tit. de muner. et honor.* Nec obstat *l. procurator.* 67. *ff. de procurat.* quia loquitur de procuratore, cujus officium est voluntarium, non de administratoribus publicis. Nec obstat porro, *l.* 3. §. *in eum.* 2. *ff. de adm. rer. ad civ. pert.* quia ibi fuit promissio animo novandi per administratorem et se principaliter obligandi. Nicol. Losoeus *tract. de jur.*
63 *univers. p.* 3. *c* 7. *n.* 12. Idem ad institorem applicant, si vendiderit rem principalis sui, tunc vendit pariter vi officii, utut non publici, tamen privati. Mangil. *de evict. qu.* 188. *n.* 5. Hering. *de fidejuss. c.* 27. *p.* 1. *n.* 136. *et* 137. An vero idem obtineat in omni procuratore rem principalis sui vendente, prolixe exponit Alphons. de Guzman. *de evict. qu.* 53. *n.* 13.
64 *et seq.* Idem ulterius procedit in executore testamenti, executor enim testamentarius non tenetur de evictione, alio instituto haerede, sed haeres, quia pro exequenda defuncti voluntate alienavit, et officii necessitate ad distrahendum compellitur. Caballin. *de evict.* §. 5. *n.* 62. Secus si citra alium universalem haeredem ad id munus destinatus, quo casu, quia haeredis vice fungitur, ad imaginem et instar haeredis de evictione conveniri potest. Caldas *de empt. et vend. c.* 31. *n.* 19. *et c.* 17. *n.* 17.

65 Sed quid si personae, quae ex necessitate officii vendunt, expresse evictionem promiserint, annon sic obligabuntur? Negant hoc dd. promisisse enim creduntur evictionem illius nomine, cujus nomine rem vendunt.
66 Aliud ergo esset, si ejusmodi personae expresse se vel bona sua obligarent; non enim dubium est, ipsos volentes se ad hoc obstringere posse. *arg. l. etsi is quem.* 9. *c. de praed. et aliis reb. minor.* Mangil. *d. qu.* 188. *n.* 10. Deinde non procedit superior excussatio ex necessitate officii desumpta, nisi probatum fuerit, necessario hanc venditionem faciendam fuisse, quod si enim citra necessitatem vendiderit tutor, officii sui immemor fuit, et inde ad restituendum pretium obligabitur, nec excusabit eum officii necessitas quae hoc casu nulla suberat. Mangil. *d. l. n.* 12. Gutierrez. *de tutel. p.* 2. *c.* 13. Idem quoque asserunt, si quis falso se pro tutore; administratore vel alio in functione publica constituto venditet, in his enim nec officium adest, et hinc nec officii necessitas, tenentur ergo de evictione Mangil. *d. l. n.* 22. modo emptor nesciverit, tutorio vel alieno nomine rem vendi, alias sibi imputet, quod non diligentius perscrutatus, an legitimi sint, et an alienare dicto nomine possint. Gutierrez. *d. c.* 13. *n.* 4. Plura exempla superioris decisionis videri poterunt apud Arismin. Tepat. *tom.* 2. *var. dec. tit.* 423. *de evict. in verb. officialis.* 67 68

Opportune vero hic quaeritur, si illi, qui in functione publica constituti, officii immemores fuerint, et illud, quod ex necessitate faciendum: omiserint, an haec ipsorum negligentia noceat illi, a quo officio praepositi? Affirmandum hoc videbatur, cum unusquisque ex illius facto teneatur, quem officio praeposuit, si circa officium commissum peccaverit; culpae enim adscribitur, minus fideles ad officium adhibere. *l.* 7. §. 4. *ff. naut. caup. et stabul. l.* 23. *in fin. de minor.* et mala electio officialis eligenti nocet. *l. ult. c. de acquir. poss.* Hinc et episcopum obligari, si ejus officiales in officio delinquant, defendit Felin. *ad cap. petrus*: 17. *n.* 8. *X. de homicid.* Et ut in specie ad negleciam officii necessitatem perveniam, non pauci doctorum asserunt, scientiam et negligentiam officialis ipsi principi nocere, Cothmann. *vol.* 3. *resp.* 47. *n.* 84. ita ut ob hanc negligentiam induci possit praescriptio contra principem, Klock. *vol.* 1. *cons.* 29. *n.* 444. ubi plures doctores citat. Et per non usum officialium principem sua jura amittere, contendunt doctores citati a Mylero ab Ehrenbach. *in Hyparcholog. cap.* 10. §. 16. *n.* 27. Verum dura horum assertio est, quis enim statueret, hos publicos ministros non faciendo, quod ipsis ex officio incumbebat, arctius obligare, posse superiorem seu principem, quam procuratorem privati suum principalem privatum. Hic vero non ulterius constringere principalem poterit, quam qua solvendo, seu quatenus damnum principali refundere potest. *per. l.* 8. §. 1. *ff. mandat. et l.* 7. §. 9. *c. de dol. malo.* Sicuti ex eadem ratione pupillo succurritur contra negligentiam tutoris, si hujus substantia ad reparandum damnum non sufficiat *l.* 13. §. *fin. c. de jud.* Unde puto principem liberari, si eatenus, quatenus officialis solvendo, damnum in se recipiat, vel ad minimum illum officialem damnum passo exhibeat, quo ex ejus bonis impetret satisfactionem. Quam sententiam communiter receptam esse statuit dn. Myler. ab Ehrenbach. *in Hyparcholog. cap.* 10. *n.* 36. confer. Disputat. dn. Praesid. *de oblig. princ. ex fact. ministri cap.* 3. *n.* 63. *et seqq.* 69 70 71 72

His ita per compendium de contractibus expositis, paucis videamus, an aliquando circa ultimas voluntates se exserat officii necessitas? Ubi ab initio se sistit notarius, cujus functio pariter publica est, utpote quae imperatoria auctoritate ipsi solemniter con- 73 74

fertur. Notariorum vero praecipuum officium est, tabulas testamenti conscribere, sicut ipsis injunctum in *recess. imper. de anno* 1512. *tit. von testamenten ibi*: *Es sollen auch die notarien insonderheit Sorge und Fleiss tragen in Beschreibung der testamenten*
75 *und letzten Willen.* Quaeritur itaque, an notarius indistincte compelli possit, ut testamentum ad arbitrium testatoris conscribat, si forte hic exigat, ut hoc inseratur, quod juri adversum? Et videbatur hoc affirmandum, cum notarii compelli possint, ut ad requisitionem operas suas praestent, unde notarius recusans facere instrumentum petentibus, perjurus est, et potest officio privari. Riminald. *cons.* 242. *n.* 131. Verum intelligendum hoc ipsum, modo negotium juri
76 conforme: si enim videat, illud quod ab ipso exigitur, juri contrarium esse, officium suum non debet interponere, ne ex ministro justitiae fiat injustitiae mancipium.

77 Porro cum notarius requisitus ex necessitate officii negotium juri conforme raddere debeat, inde quaeritur, an si clausulam codicillarem sine speciali mandato testatoris inseruerit, haec effectu suo gaudeat, et notarius necessitate officii se excusare possit, quod
78 epropter speciali mandato opus non habuerit? Sane testatur Carpzovius, notarios testamenta concipientes, de consuetudine plerumque clausulas e vulgatis formulariis descriptas testamentis adjicere, et tamen ipsos saepius non intelligere quid scribant, vid. Carpzov.
79 *p.* 3. *const.* 9. *def.* 6. *n.* 3. Verum nunquam poterit praesumi, in testatore deesse mandatum de adjiciendа clausula codicillari; mandavit enim, ut testamentum validissime conficeretur, ergo sine dubio etiam mandavit, ut haec salutaris clausula adjiciatur. vid. Joh. de Bastillo *l.* 4. *conject. ultim. volunt. part.* 4.
80 *cap.* 48. *n.* 27. Quorsum facit generalis regula doctorum, quod scripta per notarium censeantur scripta de voluntate ejus, qui rogavit notarium. Bald. *lib.* 2. cons. 188. *in fin.* Roland. a Valle *cons.* 61. *n.* 64. *lib.* 2. Barbos. *lib.* 12. *cap.* 18. *ax.* 2. Et quod notarius semper censeatur rogatus apponere clausulas consuetas.
81 Quod ad praesentem materiam applicat Carpzov. *lib.* 6. *resp.* 7. *n.* 23. Nec obstare hic poterit ignorantia notarii, sufficit enim, quod nihil contra praesumptam
82 voluntatem testatoris agat, et se a periculo liberet. Volunt enim doctores, quod notarius requisitus conscribere testamentum, adhibere debeat beneficia in corpore juris inclusa, et curare, ut omnes solemnitates in testamento adhibeantur: alias si ob horum defectum testamentum ab eo factum corruerit, obligatus est ad interesse institutorum. Socin. *cons.* 97. *col.* 2. *vol.* 1. Cravett. *cons.* 75. *n.* 6. Riminald. *cons.* 269. *n.* 37. *et cons.* 808. *n.* 43. Menoch. *cons.* 37. *n.* 3.
83 In testamentis liberos vel instituendos vel exaeredandos esse, si testamentum vitio carere debeat, vulgo notum est; quod si tamen inique filius ab hereditate paterna exclusus, paratam ipsi esse inofficiosi querelam, pariter constat ex *tot. tit. ff. de inoff. test.* Cum vero dura contra patrem videatur querela inof- 84
ficiosi, inde ne temere moveatur, haec filio sine causa querelanti injuncta poena, ut si inofficiosum esse testamentum probare nequeat, amittat legatum et omne aliud, quod sibi in testamentum relictum, per famosam *l. cum Papinianus.* 8. §. *meminisse.* 14. *ff. de inoff. test.* Quae poena in omni alio obtinet, qui te- 85
stamentum impugnare innititur, ut amittat, quod sibi in testamento relictum; ex eo enim quod quis impugnat, non debet habere commodum. *can. ex eo quod.* 38. *de reg. jur. in* 6*to.* Sicut et e contrario, qui 86
testamentum semel probavit, acceptando legatum, postea illud impugnare non valet. *l.* 31. §. 3. *ff. de inoffic. testam.* Utrobique tamen notabilem exceptionem 87
praebet officii necessitas; sic utut tutor pupilli nomi- 88
ne testamentum inofficiosum dixisset et non obtinuisset, non obstat hoc ipsi, quo minus legatum sibi relictum petere possit: excusat enim ipsum officii necessitas. §. 5. *inst. de inoff. test. l. tutorem.* 22. *ff. de his quae ut indig. l.* 30. §. 1. *ff. de inoff. test.* Pariter 89
si suo nomine testamentum inofficiosum dixisset et non obtinuisset, pro pupillo legatum petere potest. §. 4. *inst. de inoff. test.* Non obstat. *l. fin. ff. eod. tit.* ubi etiam is, qui tantum advocando approbavit testamentum, illud postea impugnare nequit. In advocato enim tanta officii necessitas non est, quam in tutore; quo magis ergo volens quis ad aliena negotia se confert, eo minus excusatur. Dn. Brunn. *comment. ad l. fin. ff. de inoff. test. n.* 6. *et seqq.* ubi addit ex Menoch. *cons.* 58. *n.* 61. actum voluntarium nocere, non necessarium.

Incidenter hic addo, quod legatarius; qui per mi- 90
litiam vel officii publici ratione conditionem in testamento appositam adimplere prohibetur, propterea legatum non amittat. Brunn. *ad l.* 8. *c. de leg. n.* 3. Anton. Biaggius *de tutel. qu.* 13. *n.* 9. Gutier. *de tutel. p.* 1. *c.* 22. *n.* 10.

Coronidis loco et hoc notamus, illum cui testamen- 91
to quid injunctum, aut officium aliquod a testatore commissum, excusari officii necessitate, si id fecerit, quod sibi injunctum, exemplum superius habuimus in 92
exsecutore testamenti; quod si ex voluntate testatoris vendat, non teneatur de evictione, vid. Spino. *de test. tit. de execut. n.* 31. Pariter fidei commissarii dati ad distribuendum vel restituendum pauperibus, si distribuerunt vel restituerunt juxta mentem testatoris, non possunt conveniri ab eo, qui praetendit, quod pauperibus distributio non debuisset fieri, quia officium nemini debet esse damnosum. Card. Tusc. *concl.* 94. *n.* 2. *vol.* 5. Plura notabilia in praesenti non occurrunt, hinc transgrediendum ad delicta.

CAPUT IV.

De necessitate officii circa delicta.

SUMMARIA

Quid in hoc capite tractetur? n. 1.
Ecclesiae ministri vitia corrigere tenentur. n. 2.
An si minus recte personam aliquam notaverint, actione injuriarum conveniri possint, disquiritur? n. 3. *et seq.*
Affectibus saepius indulgent. n. 5.
Deprecatio publica in poenam pecuniariam converti non potest. n. 6.

An scelera in confessione ipsis revelata reticere teneantur? quaeritur n. 7.
Negatur de committendis. n. 8.
Affirmatur de commissis. n. 9.
Limitatur. n. 10.
An officialem exequentem mandatum principis excuset officii necessitas, disquiritur? n. 11. et seq.
An si contra jus divinum quid mandatum? n. 14. et seqq.
An illi, qui mandatum principis se fecisse dicat, credendum? n. 17. et 18.
Distinctio inter delictum atrox et leve. n. 19.
Non potest extendi ad illos, qui jussu principis delinquunt. n. 20.
Magistratus, qui ex officii necessitate quid facit, excusatur. n. 21.
Si contra legem quid faciat, tenetur actione injuriarum. n. 23.
Notarius si scriptum retorsionis insinuet, an excusetur? n. 25.
An retorsio sit remedium vindicandi injurias licitum? n. 26.
Negatur de jure. n. 27.
Affirmatur de moribus. n. 28.

1 Sequuntur jam delicta, in quibus fere frequentissimum refugium est ad officii necessitatem. Prolixum foret hic recensere casus omnes, qui ad officii necessitatem in materia delictorum pertinent: hic enim prolixe discutiendum foret, qua ratione magistratui ex officii ratione incumbat, contra delinquentes inquirendo procedere, nocentes ad supplicium rapere et ita facinorosis hominibus provinciam purgare, quod officio ejus congruere monet Jctus in famosa illa *l. congruit. 13. ff. de offic. praes.* Verum cum hoc magis ad materiam judiciorum pertineat; eo hanc materiam differimus, in praesenti tantum capite visuri, quando necessitas officii ratione commissi delicti excusationem praebeat vel non?

2 Et quidem, ut hic a functionibus sacris incipiam, notum est, qua ratione ipsa functionis sacerdotalis necessitas exigat, ut omnem curam impendant fideles ecclesiae ministri, quo vitiis obviam eatur, et mores auditorum corrupti emendetur: quo nomine ipsis 3 facultas monendi et corripiendi auditores concessa; quaeritur itaque, si pro concione publica, mores alicujus auditoris ita notent, ut unusquisque percipere possit, cujus personam tangant, postea vero ab illo, qui ita publice reprehensus, actione injuriarum conveniantur, an ob necessitatem officii se excusare valeant? Praesidium plerumque capiunt ex illo apostoli monito. 2. *ad Timoth. 4. vers. 2. insiste officio tuo admonendo, increpando, sive justo sive injusto tempore id fiat.* negligunt tamen praeceptum Salvatoris, seu potius methodum contra peccatores procedendi, a Salvatore praescriptam. *Matth. 28. vers. 15. et seqq.* Ibi enim praescriptum ipsis, ut numquam privata delicta publice redarguant, nisi praemissis gradibus ad- 4 monitionis. Quare si regulas officii non observent, sed limites praescriptas excedant, nil praesidii ex officii necessitate capient, sed potius injuriarum actione tenebuntur. Carpzov. *lib. 3. jurisprud. eccles. def. 98.* 5 Baldnin. *in cas. conscient. lib. 4. cap. 7. cas. 5.* Imo nec difficile est hic observasse affectus Ecclesiae ministri, an ex justo zelo faciat, an ex affectu privato: ubi enim in eodem delicti genere tacent ad excessus ditiorum et amicorum, admodum v. crepant et increpant delicta pauperum, a quibus parum remunerationis sperare possunt; facile exinde apparet, personae respectum hic haberi, qui tamen omnino hic exulare debebat. Et forte praesidium capient ex illa 6 Carpzovii opinione, quam habet *lib. 2. jurispr. eccles. def. 86.* quod deprecatio publica in poenam pecuniariam converti possit: ex quo inferre liceret; increpationem sacerdotis publicam oblata pecunia redimi posse: sed uti illam Carpzovii opinionem merito rejecit Brunn. *de jur. eccles. l. 1. c. 6. membr. 4. n. 10.* ita praxin hujus consequentiae sine dubio aversabuntur omnes, qui Christi, non pecuniae ministri esse cupiunt.

Porro contingit saepius ecclesiae ministris in con- 7 fessione revelari illa, quae non leve scelus important, quaeritur itaque, si haec reticeant, an excusentur officii necessitate? Ubi quidem certum puto, arctissime ministrum ecclesiae obstringi, ad reticentiam illius, quod in confessione revelatur, nihil enim hic novit, ut homo, sed ut Deus. *cap. si sacerdos. 2. x. de off. jud. ordin.* Vincent. Caroc. *tr. de relevat. confess. qu. 1. n. 17. et seqq.* Non tamen absolute hoc intelligen- 8 dum, sed inter delicta commissa et committenda distinguendum; de hoc certum est, adeo plane officii necessitate ipsum non excusari, ut delictum reticeat, ut potius vi necessitatis sacri officii, qua delicta committenda impedire tenetur, hoc propria sponte revelare obstrictus sit. Petr. Anton. Lazar. *can. quaest. de monitor. sect. 2. qu. 17. n. 19.* Illud quod attinet in 9 confesso est, ipsum excusari, si confessionem factam reticuerit: facit enim ita, quod sacri muneris ratio exigit. vid. Balduin. *de cas. conscient. lib. 4. cap. 10. cas. 7.* Quod si tamen ex hac reticentia forte tertio 10 cuidam innocenti damnum irreparabile immineat, ut si hic pro homicida habeatur, tandem revelationem concedunt ministro, non tamen hoc effectu, ut confessorem nominet, sed ut adeat magistratum, et coram ipso contestetur, captivum esse innocentem, et sibi de vero delinquente ex confessione constare, non tamen ipsum delinquentem revelet; de quo pluribus videatur dn. Praesidis *disp. de credent. revelat. cap. 2. et 4.*

Misso jam officio ecclesiastico, me confero ad offi- 11 cia secularia; ubi quaeritur, an officialis principis excusetur ob necessitatem officii, dum sibi a principe hoc ut faceret injunctum? Et hoc simpliciter affirman- 12 dum videbatur, cum uti dolo malo non facit, qui jussui judicis obtemperat. *l. 169. §. 1. ff. de r. i.* Tiraquell. *de poen. temp. caus. 34. n. 4.* multo magis excusabitur, si princeps ipsi mandet, cum hic sola obsequii gloria facienti relicta, et pro sacrilegio habeatur, principi non obedire. Farinac. *oper. crimin. tom. 3. qu. 97. n. 1.* Verum haec decisio salva est, 13 si res sit indifferens et juri divino morali non determinata, ita enim princeps disponendi arbitrium habet, et mandatum ejus legem facit, etiam in conscientia obligantem. Sed quid ibi, si mandatum juri divino 14 morali contrarium sit, an tunc necessitas officii praestabit excusationem? Negant hoc simpliciter dd. fere ad unum omnes, vid. Farinac. *d. qu. 97. n. 3. et 5.* Nos paucis dicendum putamus; si quaeratur de exci- 15

satione in foro conscientiae, nihil hic proderit officii necessitas, quae nullo jure humano, ut legibus divinis contrarietur, constringi potest: si vero de foro exteriore, impunitatem ipsi praestare credo hanc officii necessitatem: quis enim de hoc sumeret supplicium? Non magistratus inferior, quia hujus non est inquirere in injustitiam mandatorum principis, non princeps ipse, quia hic suum factum non impugnare, et hinc secundum mandata sua agentem punire nequit.

16 Cavebit tamen ille, cui tale quid a principe injunctum, ne promptus sit in expediendis ejusmodi mandatis manifesto injustis, sed vel secundam jussionem expectet, vel ad 30. dies executionem suspendat, juxta monitum imperatorum *in l.* 20. *c. de poen.*

17 Caeterum cum palliare saepius violentas suas actiones soleant illi, quibus officium aliquod a principe injunctum, ut dicant, se hoc ex speciali mandato serenissimi egisse, et ita, dum praetendunt nomen prin-

18 cipis, graviter saepius laedunt insontes. Hinc quaeritur, an asserenti, se hoc fecisse mandatu principis, sit credendum? Et dicendum puto, cum generaliter in jure provisum, quod alleganti mandatum principis nonsit credendum, nisi hoc produxerit, per *l.* 1. *c. de mand. princ.* hic quoque de facto ejusmodi quaestio sit, quod juri contrariatur, quale quid de principe non praesumendum, qui omnia sua scripta juri vult esse conformia per *l. fin. c. si contr. ius vel util. publ.* ideoque si illicitum quid mandet, nemo officialium excusabitur, etiam in foro exteriori, nisi mandatum produxerit. Menoch. *de arbit. jud. qu. lib.* 1. *qu.* 76. *n.* 4. *et seqq.* Farinac. *prax. crim. qu.* 97. *n.* 54.

19 Alias in hac materia vulgatissima distinctio est, an, si ex necessitate parendi delictum commissum, atrox sit, an vero levius: si hoc, excusandum putant illum, qui ex necessitate officii quid facit. *arg. l. liber. homo.* 37. *ff. ad l. aquil. l.* 167. §. 1. *et l.* 169. *ff. de r. i.* in atrocioribus vero poenam quidem mitigari, sed non penitus remitti, Anton. Matthaei. *de crim.*

20 *ad lib.* 48. *ff. tit.* 18. *n.* 4. *cap.* 14. Brunnem. *ad d. l. liber homo. n.* 3. Verum haec distinctio ad illos, qui jussu principis delinquunt, extendi nequit, ob rationem superius datam: procedere vero posset, si magistratus inferior illiciti quid faciendum injungat: hunc enim utut magistratus mandans punire nequeat, superior tamen et magistratum injusta jubentem, et injusta exequentem punire potest: magistratum gravius, exequentem levius.

21 Ex dictis jam sequitur, si magistratus etiam inferior quid faciat, quod durum quidem videatur, ipse tamen juris ordine servato processerit, ex officii necessitate petere posse excusationem: pertinet huc elegans textus in *l.* 32. *ff de injur. Quod reipublicae venerandae causa secundum bonos mores fit, etiamsi ad contumeliam ejus pertinet, quia tamen non ea mente magistratus facit, ut injuriam faciat, sed ad vindictam majestatis publicae respiciat; actione injuriarum non tenetur.* In qua lege notanter dicitur, utut factum magistratus ad contumeliam alicujus pertineat, ipsum tamen non teneri actione injuriarum: uti enim privatus, qui jure suo utitur, nemini facit injuriam, ita quoque nec magistratus, qui secundum publicarum legum praescriptum agit. Et hoc verum puto, etiamsi 22 princeps injustum quid mandaverit contra tertium, nam nec sic inferior magistratus actione injuriarum pulsari potest, ob eamdem rationem *d. l.* 33. quod scil. non ea mente fecerit, ut injuriam inferret, sed ad executionem voluntatis majestatis publicae. Longe 23 alia ratio est, si magistratus legem praescriptam violet, ordinem processus negligat, ab executione incipiat, et ita injuriam inferat, sic enim penitus ipsum non excusat officii necessitas, per claram *l. nec magistratibus.* 32. *ff. de injur.* quale exemplum est in judice injuste aliquem torquente. Carpzov. *lib.* 2. *resp.* 93. *n.* 2. Dn. Brunnemann. *ad d. l.* 32. *ff. de injur. n.* 2.

De caetero, quando executores, siquid injusti fa- 24 ciant, excusentur officii necessitate et jussu magistratus, de eo prolixe agit Farinac, *d. qu.* 97. *et* 125. quorsum brevitatis amore lectorem remitto, praecipue cum decisio ab illis quae jam antea adducta, reapse non discrepet.

Porro id quoque observandum, cum notarii munus 25 publicum sit, et ipse officium suum nemini denegare valeat, an imploratus ab aliquo, ut alteri scriptum retorsionis insinuet, et postea ab hoc actione injuriarum conveniatur, se excusare possit, ob officii necessitatem? Sane si is pariter actione injuriarum tenetur, qui injurias inferri mandavit, quam qui executus est, per *l. non solum.* 11. *ff. de injur.* Unde nec advocatum inferentem injurias, mandato sui principalis liberari ab actione injuriarum, recte defendit Carpzov. *lib.* 2. *resp.* 62. Convitiari enim officio advocatorum 26 directo contrarium est. *l. quisquis.* 6. *c. de postul.* et mandatum turpe nemo debebat suscipere. Latitat tamen superioris quaestionis decisio in illa praejudiciali quaestione; an retorsio injuriarum sit remedium vindicandi injurias licitum vel illicitum? Ubi quidem 27 quod jus romanum attinet, potius in illam inclinamus opinionem; legibus retorsionem injuriarum non esse conformem; et solemnis ille textus in *l.* 14. §. 6. *ff. de bon. lib.* in qua dicitur, illi, qui petitus retorsit in alterum crimina, ignoscendum esse, cum se voluerit ulcisci provocatus, non de extrajudiciali injuriarum vindicta intelligi debet: licet hoc fatear, etiam jure romano retorsionis hunc effectum esse, ut compensationi injuriarum locus fiat, ob rationem *l.* 39. *ff. sol. matr.* Quod vero receptos Germaniae mores attinet, 28 certum est, illam hodie pro licita reputari, modo eadem licito modo instituatur, et in retorsione non committatur excessus, sicuti prolixe deduxit. Gail. *lib.* 2. *obs.* 100. Mynsing. *cent.* 5. *obs.* 17. Dn. Struv. *de vindict. privat. cap.* 10. §. 6. Hoc ergo supposito, quod notarius super negotio licito et moribus probato officium suum interponat, nulla actione injuriarum conveniri poterit, si ab altero requisitus scriptum retorsionis insinuaverit. Hoc enim coram notario et testibus fieri solere, testatur Struv. *d. c.* 10. §. 11. *n.* 2.

CAPUT V.

De officii necessitate in negotiis judicialibus.

1 Agendum nunc foret prolixius de necessitate officii, quatenus illa se exserit in causis judicialibus, sed cum tempore in praesenti excludar, summa ejus capita tantum ex dd. collecta recensere lubet, quorsum primo pertinet, quod judex ex necessitate officii teneatur supplere, quae desunt advocatis. *l. un. c. ut quae desunt. advoc.* vid. dn. Zaunschlieff. *de offic. jud. supplet.*

2 Judex in his, quae sibi constant ut judici, potest supplere pro parte etiam in his, quae sunt facti Ozas. *dec.* 1. *n.* 47. Tepat. *summa. decis. tit.* 79. *cap.* 2.

3 Judex ubi publica utilitas versatur, debet supplere de facto. Bartol. *in l. praetor.* 20. §. *hoc autem. ff. de o. n. n. et cons.* 107. *vol.* 1. Tepat. *loc. cit.* ut et in notoriis, vel si causa sit pia. Afflict. *dec.* 371. et Tep. *d. cap.* 2.

4 Judex non debet supplere defectum probationis in vim agendi, nec in vim excipiendi. Barbos. *in l.* 2. *c. quae sit. long. consv. n.* 33.

5 Si judici commissa sit facultas judicandi sub clausula: *sola facti veritate inspecta*, haec est tantae efficaciae, ut judex debeat mann regia, inspecto jure gentium (etiam jure civili remoto) in causa procedere. Gram. *dec.* 19. etc. Tepat. *comp. decis. tit.* 79. *c.* 1. *et* 2.

6 Judicis officium non potest implorari, quando non adest obligatio seu actio, cui deservire possit. Merlinus. *in decis. rot. rom. decis.* 5. 16. *n.* 12.

7 Judex ex officio, etiam parte non opponente in beneficialibus causis, de pluralitate beneficiorum inquirere debet. ex Decio, Hostiensi, Abbate, Grananeto *ad lib.* 2. *decret. tit.* 25. *n.* 7.

8 Judex potest moveri extra acta, stante statuto, quod procedatur sola facti veritate inspecta. Marlian. *dec.* 5. *n.* 12. Natt. *cons.* 276. *n.* 2. Cravett. *cons.* 198. *in fin.* Andreol. *controv.* 79. *n.* 31.

9 Judex curare debet finem litibus imponere, ne partes sumptibus et expensis valde graventur. Granan. *ad* 2. *decretal. tit.* 28. *n.* 2.

10 Judex procedens ex officio, non tenetur jurare de calumnia. Baldus *ad l.* 1. *c. de jurejur. not.* 2. *n.* 2. et Curt. Sen. *n.* 7. Sigism. Scaccia *de judic. p.* 2. *c.* 1. *n.* 210.

11 Judex ecclesiasticus teneturjudicare secundum laicorum consuetudines inter eos receptas, cum canonicis sanctionibus non sunt contrariae Grananeto *ad l.* 2. *decretal. tit.* 2. *n.* 3.

12 Judex imminente rixa l. scandalo, potest ex officio cogere partes ad compromittendum. Scaccia *de judic. part.* 2. *c. n.* 25.

13 Judex ex officio cogit consanguineos litigantium ad acceptandum compromissum, si videat ex lite scandalum imminere. Caccialup. *tr. de transact. qu.* 20. *n.* 3. Roland. a Vall. *cons.* 55. *n.* 56. *lib.* 1. Scaccia *de judic. l.* 2. *c.* 2. *n.* 19.

14 Judex non debet quempiam compellere ad comparendum per capturam personalem, nisi ex gravi causa. Gram. *dec.* 40. *n.* 14. Tepat. *loc. cit. tit.* 8. *cap.* 3.

Judex ex officio providere debet, ut debitae solemnitates in judicio serventur. Monteroso *in pract. tr.* 3. *c.* 121. Pichard. *in manuduct. ad prax. p.* 1. *praec.* 1. Anton. Grananeto *ad l.* 2. *decretal. tit.* 1. *n.* 1. 15

Judex ex officio, quando constat sibi liquido de exceptione non opposita, debet ejus habere rationem. Afflict. *decis.* 16. Tepat. *comp. decis. tit.* 79. *cap.* 2. 16

Judex ex officio potest legitimum jus habentem defendere contra quemlibet inquietantem, Rodriquez Fermos. *tr. de potest. capitul. sede vacante. tr.* 1. *qu.* 4. *n.* 120. *et seqq.* 17

Judex etiam ex officio in causa appellationis, ad nullitatem processus causae principalis, ad personam procuratoris, numquid sit legitima advertere poterit. Cartrens. l. ita demum. c. de Procur. Wesenb. *consil.* 332. *n.* 134. 18

Judex ex officio potest taxare interesse. Carleval. *tit.* 3. *disp.* 8. *n.* 42. 19

Judex inferior tenetur exequi superioris sententiam, si iniquam vel injustam esse cognoverit. Grananeto *ad l.* 2. *decret. tit.* 27. *p.* 234. 20

Judex merus executor debet cognoscere de juribus tertii comparentis. Federic. de Senis *cons.* 230. Covarruv. *pract. qu. cap.* 16. *n.* 5. Jo. Franc. Andreol. *controv.* 53. *n.* 10. 21

Judicis officio in executione nonnisi spacio 30. annorum praescribitur. Bald. *de praescript.* 4. *p.* 4. *principal. quaest.* 30. *et* 31. Afflict. *dec.* 245. *n.* 12. 13. Th. Carleval. *de judic. tit.* 3. *disput.* 4. *n.* 15. 22

Quae hucusque adducta, ad officium judicis in causis civilibus pertinent, jam quaedam subjicienda quoque sunt, quid officio judicis in criminalibus incumbat, ubi vulgatum est, quod judex debeat ex officio in crimina inquirere, et facinorosis hominibus purgare provinciam, *l. congr.* 13. *ff. de offic. praesid. et ibi dd.* vid. Carpz. *pr. crim. qu.* 113. *n.* 18. Farinac. *qu.* 1. unde porro sequitur, quod judex debeat procedere ex officio in omnibus criminibus et hoc etiam jure canonico et generali consuetudine receptum sit. Farinac. *qu.* 1. *n.* 8. Scaccia. *de jud. lib.* 1. *cap.* 68. Valdaura. *observ.* 4. *n.* 20. 23 24

Hinc sequitur judicem posse ex officio privatim et secreto sumere informationes, ut veritatem magis ac magis detegat. Socin. Jun. *cons* 128. *n.* 9. *lib.* 2. Men. *cons.* 422. *n.* 34. 25

Judex in criminalibus debet habere rationem quarumdam vehementium responsionum rei ex corde proficiscentium, cum quibusdam affectibus improvisis, et non praemeditatis, maxime quando sunt verisimiles Farin. *cons.* 161. *n.* 3. *vol.* 2. Fr. Xlius. Cyriacus *controv.* 150. *n.* 23. 26

Si reus habens novas probationes imploret auxilium judicis, tunc hic potest non solum post publicationem testium, sed etiam post conclusionem, ante sententiam tamen, in criminalibus, et debet illam petitionem admittere, si judicet, propositos articulos esse relevantes. Illuminat. Moronius *in respons. illustr. resp.* 80. *n.* 46. 27

Judex in delictis potest ex officio recipere testes 28

alios, licet attestata sint publicata. Farinac. de testib. qu. 75. n. 184. non tamen id procedit in causis, ubi procedere nequit, nisi ad partis instantiam. Peguerra. *in prax. crim. cap.* 12. §. 8. *n.* 1. *vers. attamen.* Cresp. de Valdaur. *obs.* 4. §. 6. *n.* 217.

29 Si de certis delictis prohibita sit inquisitio, hoc nunquam intelligendum de delictis in consuetudinem transituris, et tractum successivum habentibus. Fontanell. *tom.* 1. *dec.* 138. Vald. *d. obs.* 4. *n.* 216.

30 In causa criminali, si reus et fiscus habent aequales probationes, tenetur judex absolvere reum. Hurtado *resol. moral. tr.* 3. *c.* 6. *resol.* 44. *n.* 311.

31 Judex non debet esse clementior lege, licet ex causa possit minuere vel augere poenam. Hippol. *singul.* 182. Arismin. Tepat. *compend. decis. tit.* 72. *cap.* 1.

32 Judex qui in sententia officii necessitate expressa, absque causa, minuit poenam a jure inflictam, infamis efficitur, et puniri debet eadem poena, qua puniri debet reus. Hostiensis *in cap. de causis de offic. deleg.* Romanus *singul.* 9. Pet. de Murga *tr. de benefic. eccl.* 4. 3. *n.* 784.

Judex post condemnationem potest et recta conscientia debet, de evidenti innocentia rei probationes recipere et differre executionem et principem consulere per *l.* 1. §. *fin. in fin. ff. de quaest.* Hyppol. *ibi.* late per multas *qu. n.* 46. 48. 51. Moron. *cit. loc. n.* 45. 33

Judex non debet secundum acta et probata condemnare eum, de quo liquidissimam habet scientiam, quod sit innocens. Francisc. Hottom. *qu. illustr.* 27. Vasquius *l.* 1. *contr. illustr. c.* 14. B. Ziegl. *in dicast. concl.* 35. 34

S. D. G.

DISPUTATIO QUINTA

DE DAMNO REBUS ALIENIS LICITE ILLATO.

D. XXIV. APRIL. ANNO MDCLXXXIV.

RESPONDENTE

PETRO BERGMANN, GEDANENSI.

INGRESSUS.

Cognationem quamdam inter homines naturam constituisse, eleganter Florentinus in *l.* 3. *ff. de j. et j.* asserit; unde nefas omni aevo creditum, hominem homini insidiari. Dira enim illa ac perniciosissima est libido, quae suis nunquam contenta, alienis inhiat, et ad se, quo jure quave injuria, rapit, trahit, surripit. Quo ipso fit, ut nobile illud concordiae inter homines vinculum facillime rumpatur, omniaque turbis, rixis, diffidentiaeque in perniciem status humani quam maxime pateant et corruant. Exulare ergo debet ab optimo quovis pruritus ille laedendi proximum. Derivamur enim ab uno omnes, cur igitur in mutua odia et damna prolabamur? At vero coecitas humana sibi fingit saepius damna, quae non sunt, et dum studet avertere, infert ex contumaci libidine, animi impotentia aut suspicione; ut hinc quam maxime necessarius sit splendor tenorque legum, et ratio recta, quae inter libidinum tenebras nos quasi Helice in ordinem reducat. Eo jam fine proficit nosse, et sollicite rimari illud: diliges proximum tuum sicut te ipsum, non magis, quam te ipsum. Licet enim vir bonus dicatur, qui prodest omnibus, nocet nemini; interim et vir forte stolidus erit, qui dum prodesse cupit alteri, sibi nocet, qui adeo indulget liberalitati, ut ipse egeat; qui profundit vitam suam, ut alterius conservet. Potius hoc suadet amor nostri et amor proximi, ut vitam, ut corpus, ut bona nostra tueamur, et his salvis existentibus, etiam curam proximi agamus. Quod si autem utrumque simul consistere nequeat, quid quaeso nobis culpae imputari potest, si ex nostri conservatione in alterum damna deriventur. Sufficiat nobis, si non animo nocendi damna dederimus, sed saltem nostra jura prosequendi *l.* 2. §. *pen ff. de aqua et aqu. et pluv. arc.* Quocirca non omnis statim odio habendus, et exagitandus, qui damnum infert, sed qui non licite, qui jure, rationisque sanae dictamine renitente damnum infert, qui directo nocet, sibi ut plaudat, inque sinu gaudeat alios vexasse. De hoc audiendus comicus ille, dum quaeritur:

Hoccine credibile est aut memorabile
Tanta vecordia cuiquam innata ut siet
Ut malis gaudeat alienis, atque ex incommodis
Alterius sua ut comparet commoda.

Hoc eo magis ut pateat, libuit meae disputationi hanc materiam de damno licite rebus alienis illato destinare et discutere, qua ratione sine vulnere conscientiae homo homini nocere possit.

Tu quaeso Deus annue coeptis.

CAPUT I.

Generalia damni liciti exhibens.

SUMMARIA

Etymologia damni. n. 1.
Ejus synonymia. n. 3.
Definitio. n. 4.
Quid damni nomine veniat? n. 5.
An expensae? n. 6.
Etiam inutiles? n. 8.
An lucrum amissum? n. 9.
Omissum? n. 10.
Resp. distinguendo. n. 12.
An differat ab interesse? n. 14.
An eadem sit ratio damni emergentis et lucri cessantis? n. 16.
Neg. n. 17.
Probatur per exempla. n. 21. *seq.*
Dividitur damnum in voluntarium. n. 31.
Quid? ibid.
An scientem dicor decipere? n. 32.
Damnum invitum quid? n. 36.
Dolosum quid? an dolo licet renunciare? n. 38.
Restringitur. n. 40. *seq.*
Damnum culposum quid? n. 42.
An quodvis resarciendum? n. 43.
An de negligentia futura pacisci licet? n. 47.
An hoc pactum includat etiam culpam latam? n. 49. *sequ.*
An in specie lata culpa futura remitti possit? n. 52.
Respondetur distinguendo. n. 54. *sequ.*
An damnum culpa levissima ex contractu licitum vindicat lex Aquilia? n. 60. *sequ.*
Damnum casuale quid? n. 74.
Quando ejus restitutio peti potest. n. 78.
To licitum unde descendat? n. 80.
Quot modis supponitur? n. 81. *seq.*
An jure civili quaedam licent contra honestatem? n. 90. *sequ.*
An lex permittens aliquem tutum reddit in conscientia? n. 102.
Affirm. n. 105.
Si adsit causa necessitatis. n. 130.
Vel salutis publicae. n. 111. *seq.*
Vel culpa ejus contra quem licet. n. 121.
Damnum licitum aliud est a parte patientis, aliud a parte inferentis. n. 129.
Res quomodo hic supponatur? n. 132.

1 Ne ordinem receptum turbemus, vocabulorum antequam rem ipsam excutiamus, habenda est ratio sal-
2 tem brevissime. Et quidem in vocabulo damni deri-vando ludunt multum, et alludunt philologi. Quidam ἀπο του δαπανᾶν, quod est impendere, ut Scaliger. Quidam ab ademptione, ut Paulus, in *l.* 3. *ff. de damn. infect.* Quidam ex ζημία, ut Grot. *de j. b. et p.* l. 2. *c.* 17. §. 2. *n.* 1. Sed rectius Varro *l.* 4. *de lat. ling.* a demendo derivat, quasi damnum sit, quando alteri commodum adimitur. Pro synonymo autem agnoscimus 3
jacturam *l.* 2. *c. ne loc. potent. patroc.* Dispendium *l.* 65. §. 6. *ff. pro soc.* Incommodum *l.* 10. *ff. de r. j.* Non vero injuriam *pr. inst. de injur.* non pauperiem *l.* 1. §. 3. *ff. si quadrup. paup. fec.* Imo nec detrimentum, nec intertrituram in *l. f.* §. 1. *ff. de pign. act.* Licet certo casu sub appellatione damni contineri possint.

Describere placet damnum, quod sit laesio, qua com- 4
modum quale quale nobis competens amittitur. *arg. l.* 2. §. 11. *ff. ne quid in loc. publ.* Neque inconcinna hanc in rem sunt verba Grotii. *l.* 2. *cap.* 17. §. 2. Damnum est τὸ ἧττον, cum quis minus habet suo; adeoque commodi nomine nobis non solum venit patrimonium, ut in *l.* 3. *ff. de damn. infect.* Sed et corpus et animus. Nam et in his damna nos pati posse, quis negaret, 5
si corpus vulneribus conficitur, vel animus poculo amatorio alienatur. *l.* 15. *pr. ff. de injur.* Imo quoque fama nostra non inter minima commoda vitae nostrae habenda juxta vulgatum:

Omnia si perdas, famam servare memento,
Qua semel amissa postea nullus eris.

Inde famae damnum subire in *l.* 8. *c. de his qui not. infam.* Existimationis damno subjici *l.* 1. *c. de desertor.* dicitur.

Qua occasione non levis controversia tangenda, an 6
etiam lucrum amissum et expensae factae nomine damni venire possint? Sane de expensis utiliter factis 7
salva res est. Quod enim in rem alienam impendo, meae omnino decedit, et ita damnum patior, ideoque qui damnum restituendum petit, expensas non excludit, sed vel maxime includere voluit, ut negotiorum gestor, dum datur illi actio ad indemnitatem, seu ad damna refundenda, etiam simul expensas in rem factas procul dubio repetit. *l.* 10. *pr. ff. de neg. gest.* Imo et de inutilibus hoc affirmo, 8
quoniam damnum est, quicquid mihi decedit. An autem in restitutionem veniant, alia quaestio est. Negat equidem Bacchovius *ad instit. pr. de poen. temlitig.* Expensas litis nomine damni venire; sed non dubitat Mevius affirmative decidere, *p.* 8. *dec.* 269. *n.* 5. Lucrum quod attinet, hoc est vel amissum, vel o- 9
missum; illud damni rationem omnino habet, quia jam semel fuit in patrimonio nostro radicatum, sed

rursus decessit *l.* 96. *ff. de bon. libert.* Bertaz. *l.* 2. *cons.* 77. *n.* 18. Barbos. *ax. l.* 4. *c.* 1. *ax.* 7. Decius *ad*
10 *l.* 33. *n.* 1. *ff. de r. j.* Aliud multi statuunt in lucro omisso, et impedito seu praereptо, ita ut lucrum cessans damni rationem non habeat. Beroi. *vol.* 3. *cons.* 142. *n.* 14. nec damnificari dicatur, aut damnum sentire is, qui lucrum impeditur acquirere, *arg. l. f. c. de jure codic.* Goedd. *cons. Marpurg.* 38. *n.* 103. *vol.*
11 4. Hinc etiam nolunt admittere argumentationem a lucro ad damnum, cum illud auferre tolerabilius, quam irrogare *l.* 26. *ff. de damn. infect. arg. l. quaero.* 18. *ff. de jure patron. l.* 26. §. 1. *ff. de oper. libert.* Mev. *cons.* 31. *n.* 55.

12 Verum enim vero hanc sententiam aliter non admitto, quam si agatur de incerto lucro captando, cujus petendi is, qui captat, nullum hactenus jus habet, aut plane adhuc ex arbitrio alterius dependet, hujus fas est, nullam habere rationem. Barbos. *l.* 10. *c.* 29. *ax.* 14. Mev. *ad j. l. lib.* 3. *tit.* 12. *art.* 7. *n.* 12. *seq.* et potius inter accidentia, quae possunt adesse et ab-
13 esse, reponendum. De lucro autem certo, quod habere potuissem, dicendum quidem est, quod sub damni appellatione comprehendatur. §. 9. *et* 10. *instit. de l. aquil. l.* 22. §. 1. *l.* 23. *pr. ff. eod. l.* 2. §. *f. ff. de eo quod cert. loc.* Wesenbec. *l.* 1. *cons.* 34. *n.* 14. Menoch. *re-*
14 *cup. poss. n.* 420. Grot. *d. l.* 2. *c.* 17. §. 5. Quoniam intercipitur revera commodum, dum lucrum praesens intercipitur, adeoque etiam nocetur. Et hinc inter damnum, et id quod interest, nullam puto latere nisi subtilem differentiam Goedd. *ad l.* 18. *n.* 3. *sequ. de*
15 *V. S.* et utrumque Germanis non aliter potest efferri, quam per *Schaden.* Wehner. *pract. observ. lit. s. vero Schaden.* Quapropter praeter necessitatem cumulantur ab advocatis in petenda restitutione damni, *Schaden, Interesse, und Unkosten.* Nam primum solum si petatur, non excluduntur reliqua. Taceo quod verbum restituere jam tum illud omne complectatur, quod habiturus fuisset actor, si controversia mota non fuisset. *l.* 75. *ff. de v. s.*

16 Alia quaestio est, an lucrum cessans ita veniat sub appellatione damni, ut eadem plane sit ratio damni emergentis, et lucri cessantis, (vocant autem hic damnum emergens, cum patrimonium alicujus quod habet diminuitur; lucrum cessans, quando ille quaestus, qui ultra rem et patrimonium accedere poterat, cessat, et intercipitur) seu quod idem est, an aeque fa-
17 vendum sit lucrum captanti, atque damnum vitare laboranti. Et negativam puto aequissimam. *l.* 41. §. 1. *ff. de r. j. l.* 3. *ff. de susp. tutor.* Menoch. *cons.* 56 *n.* 39. Tiber. Decian. *v.* 2. *resp.* 29. *n.* 44. Mev. *cons.* 77.
18 *n.* 58. Licet enim et is damnum patiatur, qui lucrum speratum amittit, et lucrum quod lege competit, a privato auferri non debeat. *nov.* 22. *c.* 33. *in fin.* Berlich. *p.* 3. *concl.* 9. *n.* 3. *et* 4. Carpzov. *p.* 3. *c.* 7. *d.* 1.
19 *n.* 1. Alia tamen ratio habetur damni scilicet emergentis, alia lucri cessantis *l. f. in f. pr. c. de codicill.* Decius *ad l.* 33. *n.* 1. *de r. j.* Ideo, quia naturali aequitati adversum est, aliquem cum alterius jactura locu-
20 pletari. *l.* 14. *ff. de condit. indeb. l.* 206. *de r. j.* et dolo facit, qui ex aliena jactura lucrum captat *l. si, quis mancipiis* §. *f. ff. de instit. act.* hinc justius est unum removeri a lucro, quam aliquem indebite damno afficere. *l.* 5. §. 6. *ff. de jure dot. l.* 14. §. 1. *ff. de relig. et sumpt. fun. l. f. c de jure codicill.*

Exinde jam facile sustinentur et laudantur illa edi- 21
cta principum, quibus necessitas usuras solvendi bello depauperatis debitoribus est remissa, vid. *rec. noviss. de anno* 1654. §. 173. Dum enim hi per id tempus 22
nullam utilitatem ex pecunia mutuo capta percipere potuerunt, quid iniquius, quam lucrum ab illis ultra sortem repetere velle, quare et ipsa suadet aequitas, ut, si debitor neque in mora reddendi, neque frui potuit creditis nummis, nihil etiam lucri ab eo exigatur. Mev. *in discuss. levam. credit. c.* 4. *n.* 17. ubi 23
in nostram sententiam recte subjicit: quod si vel damni loco quis reputare velit usuram non solutam, concedet tamen longe gravius debitori accidere, cum omnibus bonis, eorumque fructu exuatur. Nam cum 24
duorum de damno evadendo contingit contentio, potior per aequitatis dictamen habetur ratio ejus, qui magis damnum patitur *l* 7. *c. de relig. et sumpt. fun.* Franc. Vivius *decis. neapol.* 498. *num.* 16. quod idem Mevius alio exemplo illustrat *in tr. de pension. n.* 17. *sequ.* Demonstrari hoc etiam potest in casu, ubi debitor obaeratus alicui, licet inscio fraudis, donat et tradit in praejudicium creditorum aliquod praedium, quod a creditore licite revocari potest sine refusione ullius pretii *l.* 6. §. 11. *ff. quae in fraud. cred. et l.* 8. *c. eod.* Zoes. *ad d. tit. ff. n.* 12. Neque donatarius de damno illato valet conqueri. Sed et magis hoc patet 25
in quaestione, an is, qui bona fide in alterius area struxit aedificium, expensas petere possit a domino jam possidente? Ubi jure civ. stricte saltem recipit impensas ope exceptionis §. 3. *instit. de r. d.* at ex aequitate hodie illi concedunt etiam actionem ex superius allegata regula. dn. Praeses *ad d.* §. 30. Licet 26
enim melior ratio ut plurimum habeatur possidentis, tamen hoc saltem in pari causa procedit. *l.* 128. *ff. de r. j.* Magnam vero disparitatem et hic constituit 27
ratio lucri captandi, et damni avertendi. Dn. Brunnem. *ad cap.* 65. *n.* 6. *de r. j. in* 6*to.* Decis. *ad l.* 41. §. 1. *ff. de r. j.*

Pari ratione ille respectus lucri et damni debilitat 28
etiam regulam: privilegiatus contra aeque privilegiatum non fruitur privilegio suo, *l.* 1. *c. si advers. fisc. l. ult. ff. ex quib. caus. maj.* Decius *in l.* 41. §. 1. *ff. de r. j.* Castrens. *cons.* 39. *in fin. l.* 2. Menoch. *cons.* 447. *n.* 37. Inde est, quod minor contra minorem non re- 29
stituatur, nisi ille certet de damno vitando, et hic de lucro captando. *l.* 11. §. 6. *ff. de minor.* Dn. Brunnemann. ad Wesenbec. *tit. eod. qu.* 24. Item eccle- 30
sia contra ecclesiam praescriptionem, non illam juris communis, sed privilegiatam scilicet quadragenariam, ob eamdem rationem opponere debet Carpz. *p.* 3. *c.* 2. *d.* 6. Quam aequitatem etiam dicunt attendendam in quaestione, an ignorantia juris civilis vel facti proprii noceat. vid. dn. Brunnemann. *ad l.* 7. *ff. de jur. et fact. ignor.* plura de hac distincta ratione videantur ap. Joh. del Castillo *lib.* 1. *contr. jur. c.* 1.

Dividitur damnum, illo quo supra descriptum est, 31
modo, varie, praecipue ratione subjecti patientis in *voluntarium* vel *invitum.* Illud est, quod quis volens patitur, et hinc ne quidem in jure habet rationem damni, quia damnum quod quis sua culpa sentit, minus sentire videtur. *l.* 203. *ff. de r. j.* nec videtur 32
quis fraudare eos, qui sciunt, et consentiunt. *l.* 145. *ff. de r. j.* et *c.* 27. *de r. j. in* 6*to.* licet alter habeat animum fraudandi; nam si scio, alterum mihi fraudem

33 facere, non ab illo, sed a me ipso decipior. *l.* 25. *et* 26. *ff. de r. v.* Dn. Brunn. *ad d. c.* 27. *n.* 10. Unde fit, quod qui scit verum rei pretium, et tamen minimi rem vendit, postea *ad l.* 2. *c. de resc. vend.* confugere nequeat, licet ultra dimidium sit deceptus Tiraqu. *de retr. caus.* §. 1. *concl.* 18. *n.* 19. Trentacinqu. *l.* 5.
34 *tit. de empt. resol.* 3. *n.* 9. Neque hic licet opponere, quod quis non debet cum alterius damno lucrum quaerere, licet secus sit, si forte quis ex necessitate vendere teneatur. *l.* 18. *ff. de adim. et transf. leg.* Molin. *disput.* 351. *n.* 4. Carpzov. *p.* 2. *constit.* 34. *de* 2. Struv.
35 *tit. de rescind. vend. th.* 96. Volenti enim tunc demum non infertur injuria damnumque, si quis velle possit, dn. Praeses, *in caut. contract. S.* 2. *c.* 6. §. 7. at non videtur velle, qui paret necessitati, vel consentit quoad rem, circa quam disponere non potest. *arg. l.*
36 13. *ff. de l. aquil.* 15. *ff. de condit. instit.* Damnum *invitum* est quod contra voluntatem, consensumque patientis infertur. Inde tamen non statim dicitur, et habetur injustum, sed justitia et injustitia damni illati censenda est ex jure et non jure inferentis. *arg.* §. 2. *j. de l. aquil.*

37 Secundo ratione subjecti inferentis est vel *dolosum*, vel *culposum*, vel *casuale*. *Dolosum* est laesio a sciente et volente alteri invito illata, quod etiam fraudis ap-
38 pellatione venire solet. *l.* 79. *ff. r. j.* atque hoc damnum in quovis negotio vindicatur, adeo ut ne quidem valeat conventio, ne dolus praestetur. *l.* 23. *ff. de r. j. l.* 27. §. 3. *de pact.* quia malitiis non est indulgendum *l.* 38. *ff. d. r. v.* Deceptisque non decipientibus jura succurrunt. *l.* 2. *ff. ad sct. vellej.* Nec valere pactum debet, per quod quis ad delinquendum inducitur. *l.* 3. *pr. ff. de*
39 *pact. dotal.* ibique Bald. Multo minus in generali remissione, vel liberatione alicui facta dolus comprehenditur, *arg. l.* 5. §. 7. *ff. de adm. tutor.* ibique Bar-
40 tol. Alex. *l.* 4. *cons.* 62. Bald. *cons.* 50. *l.* 1. ubi inquit, quod in nulla latitudine potestatis dolus includatur. Quod quidem intelligendum est de dolo adhuc committendo, non vero de dolo commisso et praeterito, hunc enim remittere potest ille, cui damnum dolo il-
41 latum erat. Quoniam cuivis juri pro se introducto licebat renunciare. *l. pen. ff. de pact. l.* 41. *ff. de minor.* Bart. *in d. l.* 5. §. 7. *ff. de adm. tutor.* Sed tamen ita ut publico vindicandi dolum, maxime si in speciale delictum degeneret, salva maneat licentia, *arg. l.* 9. §. 5. *ff. de public. et vect. l.* 38. *ff. de pact.* Cum delicta publice puniri intersit. *l. congruit.* 13. *ff. de offic. praesid.*

42 *Culposum* damnum est, quod ex culpa inferentis ortum trahit, et non peraeque in omni negotio praestandum, ita ut judex non statim alterum inferentem
43 condemnare debeat, si probatum, ejus culpa damnum hoc contigisse, sed examinandum ulterius, an inferens ad illam culpam, qua damnum dedit, praestandam, legibus vel conventione fuerit obligatus. Nam in quibusdam negotiis tantum culpa lata praestanda, et impunitum est damnum culpa levi, vel levissima contin-
44 gens, ut in deposito. *l.* 5. §. 2. *ff. commod.* in quibusdam culpa levis, ut in emptione venditione *l.* 36. *de act. empt.* Locatione conductione *d. l.* 5. §. 2. *ff. commod.* Carpzov. *p.* 2. *c.* 37. *d.* 24. In pignore §. 4. *institut. quib. mod. re contr.* Societate §. *f. inst. so-*
45 *ciet.* In quibusdam vero etiam levissima culpa non meretur veniam, ut in mandato, praesertim judiciali. *l.* 21. *c. mand.* Commodato *l.* 18. *f. pr. ff. commod.* aliisque casibus, ubi quis se negotio obtulit. *l.* 1. §. 35. *ff. depos.* prout haec culpae praestatio alias communiter distinguitur, aestimatur ex utilitate, quam contrahentes ex negotio percipiunt. Licitum ergo est 46
damnum in deposito et precario culpa levi vel levissima datum. Angel. Aretin. *ad* §. *praeterea in pr. inst. quib. mod. re contrah. oblig.* Decius *ad d. l.* 23. *n.* 1. *de r. j.* Licitum est damnum in emptione culpa levis- 47
sima datum. Imo poterit commodans suo juri renunciare pariterque emptor, ut damnum culpa levissima, vel levi datum non veniat in praestationem. *d. l.* 23. *ff. de r. j.* et ita de negligentia futura quidem licet pa- 48
cisci, sed non de dolo futuro, quia illud pactum non poterit tantam dare occasionem peccandi, vel si quis paciscens exinde sibi majorem licentiam laedendi arrogare vellet, eo ipso non culpam contraheret, sed doli crimen incurreret, culpa enim nunquam proficiscitur ex proposito, sed ex errore aliquo, simplicitate, vel ignorantia.

Quod si vero culpae futurae praestatio a contrahen- 49
tibus est remissa, *dast enn der Conductor in dem gemietetem Hause etwas aus Unacht samkeit versehen, und also Schaden zufügen würde, er solchen zu ersetzen nicht soll verbunden seyn*, quaeritur an verba illa ad remissionem culpae latae sint trahenda? 50
Quod nego, sed tantum de levi culpa, aut de levissima simul, si quis etiam ad hanc ex natura contractus teneretur, sunt intelligenda. Sunt enim renunciationes 51
stricti juris et pacta semper pro eo qui renunciavit interpretanda. Surd. *cons.* 43. *n.* 34. *v.* 3. Scil. ut quam minimum noceant Surd. *d. cons. n.* 32. Imo etiam ita sunt interpretanda, ut non modo delictorum, sed et occasionis delinquendi sint exclusiva. Dn. Brunnem. *ad l.* 6. *ff. de pact. dotal.* Culpam vero latam in doli crimen incidere patet *ex l.* 1. §. 5. *ff. de o. et a. l.* 32. *ff. depos.*

Quid juris ergo si in specie remissio latae culpae in 52
contractu facta? Non valere volunt hanc remissionem, sed pro nulla declarant, Rittershus *ad d. l.* 23. *c.* 17. *ff. de r. j.* Paul. de Castr. *in l.* 27. §. 3. *ff. de pact.* quia lata culpa plane dolo comparatur *l.* 1. *ff. si mens. fals. modium dix. d. l.* 32. *ff. depos.* Contra validam 53
hanc remissionem pronunciant. Alex. *in l. si mora col.* 1. *ff. solut. matrim.* Fulgos. *cons.* 75. *col. pen.* Di- 54
stinguit Decius *in l. contractus de r. j* an culpa lata sit commissa in committendo an omittendo, quoad hanc approbat pactum praecedens, non quoad illam. Verum nec ita satis lis sopita videtur. Quidni enim et 55
culpa lata omissionis dolo aequiparari posset ob supinam negligentiam, forte si aedes noctu apertae relinquantur. Nam quod de inventario a tutore omisso exemplum affert Decius, potius est levis non lata culpa omissionis, dum nonnisi diligens paterfamilias de rebus suis facere solet inventarium. Itaque magis placet 56
ita distinguere, aut res mihi est cum homine negligentiae maximae assueto, aut cum alio satis diligenti, et solerti; illi si culpam latam remisero, subsistet pactum, quia in illo culpa ista non tam in crimen doli, sed potius in vitium fatuitatis et simplicitatis incidit, et tunc mihi imputem, quod tam negligentem rebus meis praeposuerim, *arg.* §. *f. inst. de societ.* et quod mihi nolnerim aliter cautum *l.* 9. §. 3. *ff. de pign. act.*

Quoad commissionem vero non subsistet pactum il 57

lud, ob praesumptum dolum et affectatam ignorantiam, dum non intelligit, quod omnes intelligunt. *l.* 29. *pr. ff. mand.* vid. Barbos. *in axiom. l.* 3. *c.* 73. *ax.* 12. Adeoque dum ad dolum semper obligatus remanet, etiam manebit ad culpam latam, quia haec sub doli appellatione in contractibus comprehenditur, licet particula taxativa doli vocabulo sit addita. Gothofr. *ad l.* 5. §. 10. *ff. commod. lit. g.* Lauterbach. *ad d. t.* §. *hujus ut*, et Bargal. *de dolo. l.* 5. *c.* 2. *n.* 6. *seqq.* Et haec sententia eo magis obtinere poterit, si alter, cui culpa ista erat remissa, examinatus fuerit, an non ideo negligentius jam res depositas curaverit, quod se ex lata culpa jam sciebat, non obligatum iri, hoc enim manifestum dolum argueret.

Dum autem dixi *num. praeced.* 46. quod quaedam damna culpa contrahentium data non resarciantur, liceat ulterius investigare, annon per externa remedia illa damna vindicari possint, quae actioni ex contractu non subjacent? Posito enim, quod conductorem ex actione locati saltem convenire possim ad damnum levi culpa datum, quid faciendum mihi, si dederit damnum culpa levissima? Item, posito casu. *l.* 5. §. 10. *ff. commod.* ubi commodatarius saltem tenetur ad culpam latam, quid mihi consilii, si culpa levi damnum dederit; ex l. aquilia vindicatur alias damnum quavis culpa, etiam levissima, datum *l.* 44. *pr. ff. ad. l. aquil. l.* 13. *pr. ff. de liber. caus.* Zoes. *ad l. aquil. n.* 5. *et* 7. Et hinc nullum dubium, quin quoties ad culpae praestationem ex contractu possum agere, etiam liceat ex lege aquilia, ita tamen, ut si altera fuerit actum, altera tollatur et exspiret, quia tendunt ad idem *l.* 57. *ff. de r. j.* vid. *l.* 18. §. 1. *ff. commod.* ibique dn. Brunn. et *l.* 25. §. 5. *ff. locat.* Sed de hoc in partes abeunt. dd., an si damnum culpa datum ex contractu vindicari non possit, salva tamen adhuc sit actio ex l. aquilia. Affirmat hoc Zoes. *ff. ad l. aquil.* ob *l.* 5. *in fin. d. t. et l.* 45. *pr. ff. locat.* Sed non satis probari potest ex istis libus, quod intendit. *lex* enim 5. continet casum illum famosum, quo Sutor puero discenti parum benefacienti quod demonstraverat, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero suffunderetur, ubi quidem aquilianam contra sutorem dat Jctus, et dubitat, an ex locato agi possit, sed eo ipso, dum dubitat, non plane infirmat actionem locati, sed saltem magis liquido et utiliter aquilianam competere fatetur, quia damnum corpore et in corpus datum, et largior ibi licita est aestimatio *l.* 23. *ff. ad l. aquil.* Nec puto in isto casu proposito culpam sutoris levissimam dicendam esse, sed saltem levem propter egregium sui juris excessum, qui tantum non saevitia in l. sequenti vocatur. Quidni ergo actio locati locum habere posset?

In l. 45. autem proponitur casus, ubi servi conductoris in domo conducta damnum dederunt, vel furtum fecerunt, et non teneri conductorem locatori ex conducto, sed noxali actione. Verum hic concurrit ratio singularis, quia magis conductori hic erat favendum, ut non praecise teneretur damnum per servos datum resarcire, sed ipsi liberum relinqueretur, an servos noxae dare et dimittere vellet. *l.* 2. *ff. de noxali act.* non enim nimium servorum malitia erat dominus onerandus. Neque tamen plane excluditur locator ex locato agere, uti patet ex *l.* 27. §. 11. *ad l. aquil.* Quapropter illorum sententia defendi potest, qui culpam, quae ex contractu non vindicanda permittitur, etiam a vindicta l. aquiliae eximunt. Covarruv. *de matrim. c.* 6. §. 8. *n.* 18. Caballin. *de eo quod interest. n.* 180. Struv. *syntagm. jur. civ. exerc.* 14. §. 20. Eckolt. *ad l. aquil.* §. 1. *in fin.* Lex enim 44. non de quacumque levissima culpa in quovis negotio admissa loquitur, sed saltem indefinite, ut hinc bellissime ddres hanc limitationem d. legi addant, nisi res exactissimam diligentiam non requirat Molin. *de j. et j. tract.* 2. *disp.* 697. Lauterbach. *ad l. aquil.* §. 1. seu nisi in aliquibus negotiis per ll. aliter cautum fuerit, ut *in l.* 32. *ff. depos. l.* 5. §. 10. *ff. comm. l.* 8. §. 3. *ff. de precar.* Quod si ergo ll. ex legibus non forent explicandae, turbaretur illa aequalitas justitiae commutativae in contractibus, et frustra amplius respiceretur in culpa praestanda, quis utilitatem ex negotio percipiat, vel quid conventum fuerit, sed saltem quis culpa damnum dederit. Adde, quod justitia vel injustitia causae ita amplius non dependeret, ex qualitate negotii, sed ex actionis propositione, idemque negotium, quod lex aquilia damnaret, actio depositi probaret, quod esset una manu dare, alteraque auferre. Quae sententia utut aequitate sua gaudeat, et communiter recepta, suis tamen non caret dubiis, si strictam juris rationem sequamur.

Damnum denique *casuale* est laesio, quae nulla humana diligentia vel prudentia ab eo, qui patitur, praecaveri potuit. Et hinc ab eodem non venit resarcienda. Casus enim a nemine praestatur. *l.* 23. *ff. de r. j.* sed aequo animo est ferendus ab illo, cui res debebatur. *l.* 8. *ff. de peric. et commod. rei vend. l.* 5. §. 2. *de r. v. l.* 5. §. *f. de resc. vend l.* 5. *de r. c. l.* 32. *et l.* 33. *de v. o. l.* 9. *c. de pign. act.* Nisi sit debitum quantitatis, quae perire non dicitur, *l. incendium.* 11. *c. si cert. petat. l.* 5. §. 3. *ff. commod.* Illud tamen non ita intelligendum, ac si omnis plane praestatio damni casu facti cessaret, sed quod ad illam non teneatur, qui rem perditam hactenus possederat, et ad damnum reparandum obligatur, ut commodatarius, creditor pignoratitius, venditor, pensionarius; interim tamen salva maneat actio contra tertium, ex quo damnum hoc casuale ortum. Quod quidem aperte fallit quoad damnum *ἐκ θεοῦ βίᾳ* datum, sed procedit commode contra homines sceleratos ita damnum dantes. Nam ad casus fortuitos etiam refertur latrocinium, incendium, et interdum furtum. Itaque quid obstaret, quo minus contra raptores liceat vi bonor. rapt. experiri, contraque fures furti actione agere, damnumque incendio datum ex l. aquilia vindicare ab auctore incendii tertio l. 27. §. 7. *ff. ad l. aquil.* Qua ratione autem aliquis etiam ad casus fortuitos teneatur, vid. Lauterb. *ud tit. commod.* §. *fin.* Et an illi, qui casus solitos in se recepit, noceant etiam casus insoliti, vid. Gail. *l.* 2. *obs.* 23. *n.* 18. *et obs.* 52. *n.* 27. Pantzschman. *l.* 1. *qu.* 7.

Ultima et quidem ratione propositi nostri potissima damni divisio est in *licitum et illicitum*. cujus vocis naturam, cum alteram nostrae in disputatione rubricae partem faciat, jam pariter enucleare placet. Descendit τὸ licitum a licere, unde etiam est licentia. τὸ licere autem non simplicem admittit suppositionem. Interdum enim id licere dicimus, quod rectum ex omni parte plumque est, etiamsi aliud quid fieri possit laudabilius, quo pertinet illud Pauli: Πάντα μὲν μοι ἔξεστιν ἀλλ᾽ οὐ πάντα συμφέρει. adeoque etiam in ipsa honestate dantur interdum gradus, unumque altero est

82 honestius, et hinc magis licet. Imo vero si dicendum quod res est, minus proprie videtur τὸ licere dici de honestate, sed rectius τὸ oportere, hoc enim praecisam necessitatem faciendi, vel non faciendi involvit, illud autem electionem aliquam, et libertatem faciendi vel non faciendi in arbitrio facientis collocat, quod de honestate dicere magnam sapit inhonestatem atque
83 turpitudinem. Illam enim uti lex nulla inhibere potest, ita simpliciter facienda hominibus incumbit, et sine vitio omitti nequit. Quorsum facit illud Plinii *lib. 5. fp. 14.* Oportet quidem, quae sunt inhonesta,
84 non quasi illicita, sed quasi pudenda vitare. Deinde etiam τὸ licere dicitur de negotiis indifferentibus, quae nec praecepta leguntur, nec prohibita. Et haec proprie ad objectum licentiae pertinent, quo sensu
85 etiam capitur in §. 1. *inst. j. de person.* Libertas est facultas, quod cuique facere licet, nisi si quid vi aut jure prohibeatur. Et in Corn. Nepote *in vita Timoleont. c. 5.* haec est species libertatis, si omnibus quod
86 quisque vellet, legibus experiri liceret. Eoque sensu licentia neque laudem meretur, neque in reprehensionem incurrit, et omni ex parte me securum red-
87 dit, seu agam seu omittam, quae sunt licita. Denique τὸ licere etiam dicitur, quod salva pietate et officiorum regulis fieri quidem nequit, apud homines tamen poenae non subjacet. Eo jam pertine vox illa orco digna; si libet licet, et quod religiosus effert Jctus in *l. 144. ff. de j. r.* Non omne quod licet honestum, cumque eo Tullius. Est aliquid quod non oportet, et-
88 iamsi licet. Hoc sensu apud multos populos furari et scortari licet, inde tamen minus crasse cum scenico
89 illo inferres, *an tu scortari peccatum aestimas?* Ita quidem omnia licent principibus, quia sunt ἀνυπεύθυνοι exempti a poenis humanis, inde tamen non statim illos liberat conscientia, sententiaque divina. Ideoque in ultimo significatu quodammodo opponitur honestati, et illi, quod in conscientia justum est. add. Grot. *de jure b. et p. l. 3. c. 4. §. 2.*

90 Occasione hujus jam disquiritur an ejusmodi licita quoad suppositionem ultimam in jure nostro deprehendantur? Affirmandum hoc videbatur, dum pacta nuda non servat. *l. 2. §. 27. ff. de pact.* Laesiones tolerat. *l. 16. §. 1. ff. de minor.* Lupanaria non abrogat.
91 *l. 27. §. 1. ff. de haered. petit.* Stupratores accusatos liberos abscedere permittit accusatione exclusa *l. 29. c. ad l. jul. de adult.* Praedonem in possessione defendit *l. 1. §. 30. ff. de vi et vi arm. l. 4. c. de edend.* Alterum qui pecuniam mutuo non accepit, compellit ut solvat. *l. 14. c. de non num. pec.* Nec videntur ab hac affirma-
92 tiva recedere ipsi Jcti. Ita Ulpianus fatetur: *jus civile neque in totum a naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei servit, sed vel aliquid addit, vel detrahit. l. 6. ff. de j. et j.* Ita Paulus: *id aequum esse videtur, sed alio jure utimur. l. 21. ff. de re jud.*
93 Verum enim vero ex his assertis nulla macula inuritur juri nostro, quod tamquam ratio naturalis omnibus gentibus imperat, quod est tamquam ἔννομια totius Europae, quod supremum eminentissimum, et plenum humanitatis aequitatisque praedicatur vid. Ar-
94 thur. Duck. *de auth. jur. civ. l. 1. c. 2.* Sed excusat bellissime Julianus hance permissionem: *multa j. civ. contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest. l. 51. §. f. ff. ad l. aquil.* Et sicuti in causa jus est positum *l. 52. §. ad d. t.* ita legislatori civili non defuit causa, ex qua ad aliquam commotus fuerit indulgentiam, uti postea liquebit. Imo vero, ut eo magis suam sibi con- 95
servaret integritatem innocentiamque, et odium turpitudinis declararet, noluit jus romanum illam licentiam in praeceptionem convertere, et ita injustum statuere, quod justum dictitat conscientia, sed saltem negotio naturali non assistere, idem internae suae justitiae ac moralitati reliquendo. Ut adeo huc non 96
quadret quod Plinius ait: *jucundum est, si prohiberi publice videas, quod nunquam tibi ipsi permiseris.* Pa- 97
tet hoc ex testamento minus solemniter, quam debebat, confecto, hic haeredi ab intestato succedenti permissum, legatariis, haeredique scripto ne obulum quidem exsolvere, licet aliunde satis certus sit de voluntate defuncti, et eapropter in foro poli ad exsolutionem ex veriori sententia teneatur. Non tamen ci 98
vilis lex ullibi improbat ejusmodi desiderium minus solemne, nec quo minus scripto haeredi et legatariis ex voluntate defuncti satisfiat, prohibet. Idem in pa- 99
ctis nudis, haec jure romano nullam producunt actionem, utut jure naturae nihil magis congruum, quam ea servare. *l. 1. ff. de pact.* Interim nullibi pacta ser- 100
vare injustum dicunt, sed obligationem illam, quae subest, naturalem potius probant admittendo debiti pactitii compensationem. *l. 6. ff. de compensat.* et negando soluti repetitionem. *l. 27. ff. de pact.* prout haec 101
egregie deducit, et dilucide proponit dn. Praes. *in praefactione, quae exstat in Valeri tract. de differentiis utr. fori.*

An ergo lex permittens neminem securum reddit 102
in conscientia? Videtur haec velle Grot. *de j. b. et p. l. 2. c. 1. §. 14.* et dn. Ziegler. ad Grot. *l. 1. c. 1. §. 17.* et eadem quoque videbatur mens esse ipsius legislatoris, dum non praecipit, sed saltem permittit, et ita cujusvis candori et pudori committit; alii ta- 103
men distinguunt inter permissionem plenam, et minus plenam, hanc dicunt, quae saltem dat impunitatem a poena, aut libertatem ab impedimento, aut utrumque; illam vero, quae dat jus omnino licite agendi. Boecler. *ad Grot. l. 1. c. 1. §. 9.* Puffendorff. *de j. n. et g. l. 1. c. 6. §. 13.* Mev. *in prodromo j. g. inspect. 6. §. 26.* Dn. Praes. *disput. de foro conscientiae. cap. 2. n. 22. seqq.* De minus plena seu nuda permis- 104
sione omnes fere consentiunt, quod facientem in conscientia securum non praestet add. Puffend. *elem. jurispr. univ. l. 1. d. 13. §. 7.* ubi ulterius procedit, an magistratus talia recte possit permittere? Permissio 105
autem plena facientem eximit etiam a poena divina, quod in adiaphoris, quae sunt jure naturali, nec praecepta, nec prohibita, extra omne scrupulum est admittendum, ast in moralibus, quat. per plenam permissionem jus facienti firmetur, magis puto ex ipsa facti specie, causaeque gravitate concurrente dijudicandum.

Causa haec vel 1. et quidem maxime potest consi- 106
stere in ipsa rei necessitate absoluta, haec enim ex illicito facit licitum *c. 4. de r. j. in 6to.* et cum legem non habeat, ipsa facit legem. Decius *ad l. quae propter necessitatem. ff. de r. j.* Indeque jam illud as- 107
sertum dd. emergit, *quoties in casu aliquo duo praecepta juris naturae concurrunt, quorum utrumque servari non potest, standum est fortiori.* Habent enim praecepta naturalia omnino suos gradus, unumque

108 prae altero magis stringit. Jam vero nullus casus, nullumque negotium civile fere in republ. emergere potest, quod uni simplicique principio innitatur, nec plures rationes concurrentes habeat, ut in dubio sit animus, in utram partem delabi potius, et cui dictamini semet applicare debeat, ideoque multa in thesi injusta, quae in hypothesi licita et justa redduntur.

109 Ex hoc capite jam licet virgini stupratorem violentum occidere, si aliter semet lascivis ejus complexibus expedire nequeat. *l.* 1. *ff. ad l. corn. de sicar.*

110 Exinde licet filio parentem, qui venit ad perdendam patriam interficere *l.* 35. *ff. de rel. et sumpt. fun.* Inde licet aggressorem violentum trucidare. *l.* 3. *ff. de j. et j.* §. 2. *inst. ad l. aquil.* Quamvis haec saepe sint non tam juris permittentis, quam praecipientis.

111 Specialior causa consistit 2. in ipsa salute reipubl. de qua notum, *salus reip. suprema lex esto.* Quae etiam vocari solet publica necessitas, haec sane probata, si modo vera, quin et a regulis juris naturalis recedere possit aliquando princeps, et licentiam quam-

112 dam subditis indulgere, vel ex priori patet ratione, haec enim est illa potissimum ratio urgens, cur juri naturali jam aliquid detrahatur, jam aliquid addatur. *per l.* 6. *ff. de j. et j.* Obligatus quippe erat legislator quilibet, ita suae reipubl. lles ferre, ut statum ejus non everteret, salutem publicam non impediret, sed periclitanti patriae succurreret. Sanderson. *de obligat. conscient. praelect.* 10. § 15. Dn. Praes. *ad pr. in-*

113 *stit. de j. et* j. Obligatus etiam erat quivis subditus actiones sui arbitrii ad salutem communem promovendam temperare, nec quicquam facere, ex quo publico praejudicetur, *l.* 3. §. *f. ff. de peculio.* Joh. Valer. *de different. utriusque fori sub voce accusativo. n.*

114 2. Inde irritantur pacta inita contra jus publicum; seu utilitatem publicam. *l.* 38. *ff. de pact.* Inde usucapiones licitas esse dicunt, cum publice intersit, ne dominia sint in incerto *pr. inst. de usucap.* Inde contra utilitatem singulorum licet principi privilegia con-

115 cedere. *l.* 16. *ff. de lllus.* Cedere enim debet utilitas privata publicae, et salus publica, omnibus privilegiis praejudicat et a quacumque dispositione vel prohibitione censetur excepta. Dn. Brunn. *ad tit. c. de cursor. publ.* Dn. Praes. *in disp. de salute publ.* Barbos. *in ax. l.* 19. *c.* 48. *ax.* 1.

116 Enimvero illa jura, quae in censuram juris naturalis non incidunt, modum tamen ex jure civili praescriptum tenent, et eapropter a privatis tenaciter servanda, quin pro ratione utilitatis communis variare possit princeps, ut subditi contra illa agendi majori polleant licentia, minus dubitatur §. 11. *inst. de j. n. g. et c. l.* 2. *ff. de constitut. l.* 3. *ff. de decret.*

117 *ab ord. faciend. c.* 8. *x. de consang. et affin.* Uti enim vinculum legum civilium a principe seu majestate sola dependet, ita illud laxare et constringere valet, non quidem impetu quodam, animoque levi, sed ob necessitatem publicam. Schoenborn. *l.* 3. *polit. c.* 3. Keckerm. *d.* 30. *curs philos. qu.* 2. Qua ratione

118 nihil amplius obstaret, quo minus testamenta etiam solemnia liceret coram duobus testibus conficere, ultra

119 quingentos solidos sine insinuatione valide donare, licite usum fructum bonorum adventitiorum patribus intercipere, invitos etiam cogere, ut agnatis proximis bona prae extraneis vendantur, mulieres ad testimonia in testamentis admittere. Sunt enim haec jura ex civili dispositione, nihilq; moralitatis spirant. Multo 120 magis quaedam salva conscientia aliquibus licent contra illas legum dispositiones, quae privilegium et dispositionem favorabilem contravenientis prae se ferunt, praesertim accedente juramento *per cap. quamvis de pact. in* 6to. Ita valide mulier fidejubere potest contra sctum vellejanum etiam pro marito, si jurato renunciat, ita filiusfam. jurato renunciare potest macedoniano scto, ita minor contra lles se valide mediante juramento obligare potest, et haec omnia ex vulgato principio *l. pen. c. de pact.*

3. Potest licentia etiam in foro interno facientem 121 excusare, si culpa in illo, contra quem licet, deprehenditur. Uti enim jura ne quidem civilia delinquentibus patrocinantur, ita si illis ob culpam suum auferatur, suum non tribuatur, nihil continet injustitiae. Hinc licet perduellionis reos in partes dissecare, 122 sagas vivas comburere, illos, qui in viscera sua saeviunt, culeo insutos in mare projicere, ut coelum superstiti et terra mortuo adimatur, latrones rota contundere, fures suspendere, et quae alia, in se alias crudelia et ipsam humanitatem excedentia, tamen ob culpam et crimen praecedens sunt licitissima. Et plu- 123 res quidem causae speciales in casibus emergentibus obveniunt, ob quas licita redduntur, quae in se prohibita; sed exponentur atque dabuntur illa passim, ubi jam propius nos accingere volumus, et demonstra- 124 re licentiam contra praeceptum, legemque non scriptam, sed natam, quam non didicimus, legimus, accepimus, sed ex natura ipsa arripuimus, hausimus, expressimus, ad quam non docti sed facti, non instituti sed imbuti sumus. Est illa *neminem laedere.* 125 Cum qua conspirat jctus: beneficio potius hominem affici hominis interest. *l.* 7. *ff. de serv. exporta.* Nec alteri per alterum iniqua debet inferri conditio, contra hanc inquam, damnum probamus licitum, non quidem naturam evertendo legemque paulo ante dictam destruendo, sed emolliendo, et ostendendo, quam saepe in casu speciali, ubi videtur dominari, locum tamen non habeat, sed fortiori cedere teneatur.

Fit itaque damnum licitum vel (1.) a parte patien- 126 tis, vel a parte inferentis. Illic licitum fit ob culpam praecedentem, ex regula vulgata, damnum quod quis sua culpa sentit, sentire videtur. Cujus rei exempla in 127 criminalibus jam extant praec. n. 121. In civilibus incidit, quod creditores debitorem compellere possint, ut omnibus suis bonis cedat, ut vix interula, et quotidiana ipsi, ne nudus incedat, vestis relinquatur *l.* 6. *ff. de cession. bon.* Brun. *tr. de cess. bonor. q.* 1. *pr. n.* 1. Dn. Brunn. ad Wes. *tit. de cess. bonor. q.* 7. Id enim est ad saccum et peram usque excussisse. 128 Accurs. *ad l.* 7. *c. quae res pign. obl. poss.* Addantur ea, quae diximus superius *n.* 31.

2. A parte inferentis. Et hic quidem vel magistra- 129 tus summus est, vel inferior vel denique privatus. Hi singuli uti sunt distinctissimi, ita distinctas suppeditant disputandi materias. Conjuncti autem non tam disputationem formaturo, quam tractatum edituro convenirent. Quare propter temporis angustias, ingenii 130 que nondum subacti imbecillitatem ultimo tractando nos commisimus, quomodo sc. privatus licite damnum alienis rebus inferat. At quoniam superius jam tum 131 mentio facta, quod damnum non unum habeat obje-

ctum, sed vel vitam hominis, vel corpus, vel famam, vel res, quae in patrimonio alicujus sunt aut esse possunt, concernat. Hinc separavi, meaeque diligentiae destinavi ultimum objectum. Unde etiam orta est rubrica disputationis *de damno rebus alienis licite illato.*

182 Restaret adhuc addidisse, quid nomine rei velimus, cujus varias in jure significationes demonstrat Alciat. *in l.* 23. *et l.* 5. *ff. de v. s.* Calvin. *in Lexico.* Nos quidem sub appellatione ejus comprehendimus tam res corporales, quam incorporales, seu jura, quatenus in alicujus patrimonio atque exercitio hactenus existunt, aut certa spe existere possunt. Hisce itaque generali- 183
bus praelibatis bonis avibus transimus ad modos speciales saltem potissimos, quibus licite damnum rebus alienis inferre liceat, et quidem

CAPUT II.

De damno rebus alienis licite illato in exstruendo.

SUMMARIA

Ratio methodi. n. 1.
Quot modis exstrui potest licite in damnum alterius? n. 3.
An quisque in suo facere potest quod lubet? n. 5. *seqq.*
An in suo quis aedificare potest pro lubitu? n. 9.
Etiam in damnum vicini? n. 12.
An natura debetur servitus? n. 15.
An in aemulationem alterius exstruere in suo licet? n. 20.
Quomodo hoc fit? n. 24.
An aedificaturus in damnum tertii suam probare debet utilitatem? n. 28.
An detur casus quo quis in solius tertii damnum aedificat? n. 38.
Qualis debeat esse utilitas aedificantis? n. 42.
Quando hac non obstante non licet in damnum vicini aedificare? n. 45. *seqq.*
An haeres vicini legatarii aedes legatas aedificando obscurare potest? n. 49. *seqq.*
An in damnum aedificii publici liceat aedificare? n. 53.
An aedificando licet impedire ventum ad horreum vicinum? n. 59.
An princeps castrum in suo territorio in damnum vicini principis exstruere possit? n. 67.
An molendinum exstruere licet sine consensu principis? n. 76.
Negatur, quoad loca publica. n. 78.
Affirm. quoad privata. n. 80.
Nisi aliud statutum. n. 81.
An licet exstruere molend. in damnum alterius? n. 85.
Affirm. si in privato aedificatur. n. 91.
Respondetur ad contraria. n. 93.
An in flumine publico in praejudicium antiquioris molae aliam exstruere licet? n. 110. *seq.*
An dominus molendinum reficere potest in incommodum aliorum? n. 127.
An liceat fenestram facere in suo pariete in damnum vicini? n. 141.
Etiam talem quae aperiri possit. n. 146.
Quid de fenestris ferratis est juris? n. 150.
An alter fenestras in meo structas obscurare potest? n. 156. *seqq.*
An fornacem exstruere licet in meo ad parietem vicini? n. 167.
Neg. n. 169.
Nisi servitus constituta. n. 175.
Quid si metus incendii perpetuus inde oriatur? n. 177.
An licet in suo aggeres struere, ne aqua defluat ad agros vicinos? n. 178.
An flumen ita aggeribus munire a mea parte possim, ut invadat vicinos agros? n. 184.
An flumen stagnans ex agro meo removere licet, ut ad vicinos devolvatur? n. 192.
An quis in suo agro piscinam fodere potest in damnum piscinae vicinae? n. 195.
Responsum facultatis de hoc casu. n. 196.
An quis alterius aream aedificando licite occupare possit? n. 197.

Non ex causis, quae hanc licentiam generant, ea- 1
pita sequentia distribuere libuit, utpote quae non aeque cognitae, sed per modos, quibus illa sese in vita civili utplurimum exserit. Quorum quidem frequen- 2
tissimus, ita et primus proponitur hic *exstructio:* illamque quidem non praecise ad aedificia restringimus, sed etiam ad quodvis opus exstructum, factumque extendimus. Fieri autem potest haec exstructio licite in 3
praejudicium tertii vel exstruendo in fundo nostro, vel alieno. Fundum nostrum quod attinet, primum videa- 4
mus aedificia, postea in specie molendina, tertio denique quodvis opus in nostro factum. Haec autem omnia multum lucis lucrabuntur ex principio illo ge- 5
nerali: quod quisque in suo facere possit quod lubet, nisi honestati sit adversum. Hoc enim est quod dicitur; quisque rei suae est moderator et arbiter, *l.* 21. 6
c. mand. idque est dominii proprium, alienare posse et pro lubitu de re disponere. Bart. *in l.* 17. §. 1. *n.* 4. *ff. de a. p.* Socin. *cons.* 72. *col. fin.* Vult. *cons. Marpurg.* 29. *n.* 33. *vol.* 1. Iniquum enim esset, ho- 7
minibus ingenuis non esse liberam rerum suarum administrationem *l.* 2. *ff. si a parent. quis manum.* Castrens. *v.* 2. *cons.* 125. dec. *cons.* 55. *n.* 7. Et quae 8
esset tandem libertas liberis, si illam ademeris, et quae major foediorque servitutis imago, quam manus disponendi ligatas habere, resque suas magis alieno, quam suo ipsius obnoxias habere arbitrio? Inde jam 9
est, quod in meo aedificare possim pro lubitu *l. altius* 8. *et* 9. *c. de servit. et aqu.* Mod. Pist. *v.* 2. *cons.* 14. *n.* 5. *et cons.* 79. *n.* 2. Klock. *v.* 3. *cons.* 147. *n.* 15. 17. *et* 29. et ut illam libertatem eo magis demonstrarent, ad coelum usque extendunt ddres. vid. 10
l. altius. quia ejus quasi coelum est, seu aer, cujus est solum. Alex. *cons.* 174. *n.* 1. *vol.* 2. Socin. Sen. *v.* 1. *cons.* 141. *n.* 1. Schurff. *cent.* 1. *cons.* 69. *n.* 1. Gail. *l.* 2. *obs.* 69. *n.* 1. Carpz. *p.* 2. *c.* 4. *d.* 1. et *c.* 41. *d.* 13. Klock. *v.* 4. *cons.* 47. *n.* 15. *et* 17. Wesenb. *v.* 1. *cons.* 17. *n.* 69. Francisc. Marc. *qu.* 498.

11 n. 3. Cothm. p. 2. *cons* 93. *n.* 32. Neque illi facultati largiori in aedificando praescribi posse, ne quidem per mille annos, asserit Gail. *d. obs. n.* 9. *et seqq.*

12 Quid si vero vicinus damnum ex aedificatione mea sentit sc. si lumina ejus ita obscurentur, si prospectus omnis adimatur, si hortus ejus adjaceus solis tem-
13 perie et foecunditate privetur? Respondeo; hoc damnum vicini nondum sufficiens causa est, ut vinculum possit injici facultati aedificantis, sed vana erit omnis
14 novi operis nunciatio. Etenim si dominus ob damnum proximi aliquid cogeretur non facere, servitutis jugo subjiceretur, atqui ad servitutem nemo cogitur, nisi praevia voluntate Domini paciscentis, pactis enim et stipulationibus demum constituitur §. *fin. inst. de ser-*
15 *vit. praed. r. et u. l.* 9. *c. de servit.* Et natura non debetur, quia est contra naturam, omnisque res potius praesumitur libera, quam serviens. Gail. *l.* 2. *ob-*
16 *serv.* 69. *n.* 3. *seqq.* Adeo ut nemo alterius utilitatem
17 teneatur promovere cum suo incommodo. Licet enim proximo servire, ejusque utilitatem promovere lex charitatis jubeat, tamen nulla lex naturae, nullum dictamen rectae rationis praecipit, ut rebus propriis posthabitis, alterius negotia curemus, quin potius ordinata charitas a seipsa incipit, *arg. l. praeses* 6. *c. de serv. et aqu.* ibique ddres, *arg. l. f. c. ad l. jul.*
18 *repetund.* Amare debemus proximum sicut nos ipsos, non magis quam nos ipsos, quod si jam utrumque nequimus, posthabetur merito proximus propriis nego-
19 tiis. Quapropter si commodum ipsius exstruentis liqueat, nihil habet quod contradicat vicinus, sed ferat ceu damnum casu datum, seu culpae suae adscribat, quod non praeviderit ea, quae contingere facile poterant, et jam contingunt, id quod congruit cum communi, eaque rationabili dd. opinione, dicentium, quod ad tale lucrum ademptum minime pertineat statutum vel consuetudo jubens ita aedificare, ne vicino damnum fiat, Mev. *ad j. l. lib.* 3. *tit.* 12. *art.* 7. *num.* 15.

20 Aliud autem foret si nulla utilitas ipsius exstruentis, sed mera libido, procacitas atque aemulatio liqueat, hic competet jus vicino prohibendi novumque opus nunciandi *l.* 38. *de r. v. nov.* 63. *c.* 1. Menoch. *de cas.* 156. *n.* 3. *et l.* 6. *praes.* 29. *n.* 28. Mascard. *de probat. conclus.* 621. *n.* 15. Fichard. 2. *cons.* 132. Dn. Brunnem. ad Wesenb. *de oper. nov. nunc. qu.* 4. Gail. *l.* 2. *obs.* 69. *n.* 17. dec. *ad l.* 55. *ff. de r. j.*

21 Eoque respectu dabitur servitus etiam naturalis, sine praeviis pactionibus, hoc enim vel ipsa cognatio, quam natura inter homines constituit communis suadebat, hominem homini insidiari, vel nocere, ejusve com-
22 moda impedire nefas esse. *l.* 3. *ff. de j. et j.* et hac ratione licet jure deficiamur, tamen aequitas suggerit, ut proximus proximo in eo, in quo nobis non nocemus. *L. in summa.* §. 5. *ff. de aq. et aq. pl. arc. l.* 2. *pr.*
23 *ff. solut. matrim.* ibique Bartol. Alias magis belluis similes, omnem societatem humanam tolleremus, et locum daremus illi: homo homini diabolus.

24 Atque haec quidem decisio aequior obtinebit etiam tunc, cum aedificantis quidem utilitas ex aedificio in praejudicium vicini facto est liquida, sed quae tamen non minor futura foret, si alio paulisper modo, sibi aeque commodo, vicinoque non nocivo aedificasset.
25 Puta si fornax facta prope praedium vicinum, quae posset aedificari in alia parte ejusdem loci absque damno tertii, et cum eadem utilitate ipsius domini, uti declarat Ripa *in l.* 2. *n.* 29. *ff. de flumin. ne quid in*
26 *flum. publ.* Item si fenestrae aeque utiliter et commode in alia parte citra injuriam ac praejudicium vicini fieri potuissent: Coepoll. *de s. u. p. c.* 62. *in* 2. *Tertio fallit.* Joh. Cephal. *l.* 1. *cons.* 130. *n.* 11. *seq.*
27 Id quod confirmat responsum Scabinat. Lips. *Dass Jhr nicht Fug habet euren Nachbaren an solchem Fensterbau zu verhindern. Es waere denn Sache, dass er wohl an andern Enden gnugsam Licht zu seinem Bau bringen koente, und diese Fenster gegen Euren Hoff aus keiner Nothdurfft, sondern allein euch zum Verdruss machete*, quod citat ex Döring. Biblioth. Dn. Brunnem. *ad l.* 9. *n.* 4. *d. s. p. u.*

28 An autem aliquis aedificans suam utilitatem, ex qua
29 tertio damnum oritur, probare tenetur? Neg. quoniam pro illo est praesumptio juris, quae enim facta sunt contra bonos mores, illa ne facere quidem nos posse credendum *l.* 15. *ff. de condit. instit.* Et quoties actus
30 referri potest et ad bonum et malum, in dubio ad bonum referri debet, ut sit delicti exclusivus *arg. l.* 53. *pr. ff. pro soc. l.* 6. *c. de dol. mal.* Panormit. *c.* 1. *n.* 1120. Adde quod nemo dolo videtur facere,
31 qui suo jure utitur *l.* 55. *l.* 151. *ff. de r. j.* Nisi in-
32 ter exstruentem et vicinum capitalis orta fuerit et flagret inimicitia, hujus enim natura cum sit, inimico nocere male quam prodesse, cessabit illa praesumptio utilitatis. *arg.* §. 11. *j. de excus. tutor. arg. l.* 9. *pr. ff. de liberali caus.* et sic probanda est ab aedificante. Extra hunc similemque casum tertio, in cujus in-
33 commodum tendit structura, incumbit probatio, scil.
34 quod sine sua utilitate hoc opus dominus struxerit. Videtur hoc equidem contra jura esse notoria, quibus
35 asseritur, negantis per rerum naturam nullam esse probationem. *l.* 10. *c. de non num. pec.* Verum no-
36 toria hujus asserti solet esse limitatio, si scilicet negativa est fundamentum intentionis alicujus, tunc enim seu actor seu reus, illam probare tenetur. Mev. *p.* 5. *dec.* 279. *n.* 2. Dn. Brunnemann. *in process. civ. c.* 18. *n.* 1. Quomodo autem illa negativa probari possit.
37 vid. *disput. de aemulat. cap.* 4. *n.* 4. *seqq.* sub dn. Praeside habita.

38 Hoc saltem dubium hic restat, qui fieri possit, ut extruens suam utilitatem probare, et semet ab aemu-
39 latione liberare queat. Nam si nulla alia recti specie huic structurae lenocinari possit, dicet, ego hoc opus molior, ut dum tibi video nociturum, tu in tempore
40 dato pretio hocce imminens damnum redimas; verum enimvero non attenditur haec utilitatis species, quippe quae percipitur non ex opere facto, sed ex omisso
41 et non facto; potius hic respiciendum ad illam utilitatem, quae percipienda erat opere facto, et aliunde, forte si stabulum aedificaretur in area mea in vici-
42 ni injuriam, ut per nundinas locare possim. Porro annectendum, quanta debeat esse utilitas aedificantis; an praecise praeponderare debeat alterius incommodo? Videtur hoc velle Coepoll. *de servit. u. p. c.* 39. *n.* 3.
43 Quod modica utilitas non sufficiat, si magnum da-
44 mnum sit vicini. Verum rectius sentit Alciatus *praesumpt.* 23. *reg.* 3. *n.* 1. et Andreol. *controv.* 205. *n.* 10. quod ad aemulationis suspicionem excludendam sufficiat etiam levis utilitas. Alia autem quaestio est,
45 annon judex hoc casu partes suas possit interponere,

ut aedificaturus aestimet illam suam utilitatem, et interesse accepto cogatur ab opere faciendo desistere.
46 *arg.* §. 2. *inst. de his qui sunt sui l. alien.* Ita enim neuter damnum sentit, et saltem conatus nocendi, et aemulatio tollitur, praesertim cum judex interdum etiam invitum ad servitutem constituendam compellere possit. Dn. Brunn. *ad Weseab. tit. commun. praed. qu.* 3.

47 Quocirca licet dominus aedes suas tollendo vicini lumen penitus possit obscurare, et aedes illius inutiles reddere, modo tollentis pateat utilitas *l.* 9. *ff. de servit. p. u.* ibique Bald. Coepoll. *de s. u. p. c.* 39.
48 *n.* 2. tamen arbitror, consulendum ex aequitate vicino damnum egregium passuro, ut quidem ipsi non detur jus prohibendi, sed ut saltem officium judicis imploret, quo ille arbitretur, et eo adigat dominum, ne tollendo nimium obscuret aedes vicini, nec penitus lumen recludat, sed de sua remittat commoditate, jurisque sui rigore, non quidem gratis, sed aestima-
49 tione praestita. Cui quidem aliqua ex parte contradicere videtur *l.* 10. *ff. de s. p. u.* Ubi qui binas aedes habens alteram legat, postea haeres aedes alteras altius tollit, et luminibus legatarii officit, et additur in fine, quod haeres quidem hoc facere possit, modo non penitus lumen recludatur, sed tantum reliquatur, quantum sufficit habitantibus in usus diurni
50 moderatione. add. *l.* 30. *ff. de usufr.* Unde patet, quod haeres etiam gratis teneatur aliquid lucri relinquere legatario. Verum lex illa nostrae sententiae non contradicit, sed eamdem tantum limitat quoad haeredem,
51 ob singularem rationem hic concurrentem. Licet enim domus illa haereditaria aeque propria facta sit, ac si ex vendito tradita esset, et sic in suo facere possit quod velit, tamen haeres etiam simul tenetur ad factum defuncti praestandum, voluntatemque illius, cu-
52 jus personam repraesentat, implendam, jam vero neutiquam praesumitur testator voluisse, ut legatarius domum ex legato possideret sine fructu et usu. *arg. l.* 12. *ff. de r. j.* add. Dn Brunnemann. *ad d. l.* 1.
53 Atque hanc limitationem extendunt etiam ad loca publica, ut favore interesse publici privatus uti suo jure non possit, quod habet, ad domum suam altius tollendam in damnum aedificii publici, *arg. l.* 14. *c. de oper. publ.* Covarruv. *l.* 3. *variar. c.* 4. *n.* 8. *verb. nam etsi licitum est.* Georg. de Cabedo. *p.* 1. *decis.* 152. *n.* 2. Mynsing. *r.* 81. *dec.* 9.
54 Inde prohibitio praesto foret, si quis scholarum, quae sunt seminarium reipubl., lumina aedes suas tollendo impedire velit. Padilla *ad l. altius. c. de servit. n.* 27. Dn. Brunneman. *ad d. l.* 9. *ff. de s. p. u.* Dn. Struv. *de aedif. privat.* §. 42. Andreol. *controv.*
55 295. *n.* 7. et addit Struvius, quod hoc ad museum privati doctoris extendendum non sit. De donatario
56 autem notat Padilla *d. l.* quod obscurare non possit lumina donatoris; quod admitti vix potest, si donatarius in suam utilitatem aedificet, et ita suo jure utatur, ita enim non facit injuriam proprie sic dictam ob deficientem animum nocendi. *l.* 7. *c. de*
57 *injur.* Atqui haec sola est, quae donatarium re donata privare potest *l. fin. c. de revocand. donat.* Licet magis laudandus, si tale aedificium omittat. *arg. l.*
58 25. §. 1. *ff. de haered. petit.* Multo minus vero donator arcendus a licentia aedes tollendi in praejudicium aedium alteri a se donaturum, nam praesumptio voluntatis, quae in *d. l.* 10. pro aedibus legatis militabat; elidit hic per apertam donatoris voluntatem.

Praeter dicta notandus adhuc alius casus, ubi so- 59
lius aedificantis utilitas non sufficit ad licentiam aedificandi in suo, si concurrat vicini incommodum. Contingit hoc, quando quis prope alterius horreum 60
ita aedificare vellet, ut illi ventum, liberumque aerem eo ipso adimat, et ita triturantem, seu fruges excutientem impediret, quo minus palae a frugibus secerni possent. Notum enim vel inprimis colono est, 61
quod fruges excussae inutiles hominibus futurae essent, nisi illa purgatio accederet, quae tamen fieri neutiquam potest, nisi ventus inspirare possit in loca illa, ubi fruges purgandae et ventilandae. Hoc itaque fine 62
sancitum, ut nemini liceat sic aedificare vel alio modo versari, ut idoneum ventum et sufficientem ad praefatum opus infringat, et inutilem domino aream et fructuum utilitatem faciat, *per l. f.* §. 1. *c. de serv.* ideoque serviendum est colonis, ut ipsi eo magis nobis servire possint. Et quoniam decisio *d. l. f.* 63
clara est, miror cur dd. praesertim antiquiores in concilianda eadem cum *l.* 9. *et* 14. *ff. de s. p. u.* item cum *l.* 8. *c. de servit.* nimis solliciti, imo dubii fuerint, uti videre est ap. Cothmann. *vol.* 2. *cons.* 93. *n.* 85. *seq.*

Quidni enim dicerem cum Jcto, non est novum, 64
ut priores leges ad posteriores trahantur, seu ut generales explicentur, et restringantur ex specialibus *l.* 26. *et* 28. *ff. de libus* vid. Cothmann. *d. l.* Francisc. Marci. *p.* 2. *decis.* 500. *n.* 13. adeoque *d. l. fin.* ultra casum expressum non extendenda. *l.* 14. *l.* 15. 65
ff. de libus. quin potius ita applicanda, ut semper quantum potest consulatur alterius libertati aedificandi *arg. l.* 47. *ff. de o. et a.* Indeque putant ddres, 66
quod tunc demum fruges purganti prohibitio contra aedificantem indulgenda, si ventus aliunde, quam ubi alter aedificaturus est, haberi nequeat. *arg. l. d. fin.* Coth. *d. cons.* 93. *n.* 88.

Dum de aedificiis privatorum loquimur, incidit 67
quaestio, an etiam princeps castrum in suo territorio in praejudicium vicini principis exstruere possit? Quod pariter aff. si faciat in suum commodum, sune- 68
que provinciae utilitatem contra excursiones hostiles. Cur enim principi minus liceret in suo, quam privato? *arg.* §. 180. *rec. imper. de anno* 1654. Atque 69
haec licentia muniendi etiam procedet in ipsis limitibus provinciae, quoniam praestat hostem a finibus prohibere, ipsumque introitum impedire, quam rursus ejicere. Et licet contradicere videatur Albericus 70
Gentilis *de j. belli. l.* 3. *c.* 21. dicendo, quod castra alienis velut foribus, licet in suo, admovere, injustitiam sapiat. add. Klock. *de contribut. c.* 9. *n.* 8. *et* 13. Attamen haec injustitia tum demum attendenda, si 71
territorio ex illa structura parum aut nihil praesidii contingat, sed tantum occasio oriatur invadendi et depraedandi territorium alienum. Sic enim demum fortalitia in aemulationem, adeoque illicite strui dicerentur. Et inter principes quidem imperii tunc obti- 72
neret nunciatio novi operis Gail. *lib.* 2. *obs.* 69. *n.* 18. Boer. *decis.* 320. *n.* 8. Petr. Anton. de Petra *de potestate principis. c.* 8. *n.* 11. Limn. *de j. publ. l.* 4. *c.* 8. *n.* 213. *seqq.* Dn. Ziegler. *ad Grot. de j. b. et p. l.* 73
2. *c.* 22. §. 5 Extraneis vero, qui superiorem in terra non agnoscunt judicem, alio remedio, seclusa belli

ratione violenta, consulunt Grot. *d.* §. 5. *n.* 2. Dn.
74 Praeses *disp. de fortalit. c.* 4. *n.* 14. *seqq.* Ut autem omnem suspicionem aemulationis a se amoliatur aedificans, solet saepius in tractatibus pacis licentia fortalitium in suo exstruendi reservari. Quod nuper adhuc contigit in pace inita inter serenissimum electo-
75 rem brandenburgicum et regem Sueciae. Ex dictis ergo colligere licet, quo jure Lacedaemonii Athenienses patriam munitiorem reddentes prohibere potuerint. De quo vid. Justin. *l.* 2. *c.* 15. *n.* 1. *seqq.*

76 Transeundum jam ad exstructionem molendinorum, de quibus quidem dubium statim in limine occurrit,
77 an cuivis privato sine concessione superioris molendinum exstruere liceat? Equidem quod loca publica concernit, in illis uti privato nihil juris competit, sed illa simpliciter ad principem, et territorii dominum hodie praesertim pertinere dicuntur. *arg.* §. 6. *inst.*
78 *de j. n. g. et c.* ita etiam non permittitur privatis molendina in publico exstruere sine permissu principis, concessioneque ejus speciali *arg. l.* 2. *ff. de flumin.* *ibique* ddres. Rosenthal. *de feud. c.* 5. *conclus.* 28. *n.* 5. *seqq.* Koppen. *in us. pract. instit. l.* 1. *obs.* 69. *n.* 7. Bart. *in l.* 2. *n.* 4. *ff. si serv. vind.* Arnis. *de j. majest. l.* 3. *c.* 3. *n.* 5. *seq.* Bocer. *de regal. c.* 2. *n.* 165.
79 Stypm. *de j. flum. n.* 126. *sequ.* qui *n.* 149. addit, si de facto sit exstructum a privato molendinum, occupare poterit princeps, quia ejus est aedificium, cujus est solum. §. 29. *j. d. r. d.*

80 Quantum vero ad loca privata, in illis sicuti domino pro lubitu licet disponere, ita etiam molendina erigere legibus romanis in ejusdem consistebat arbitrio *l.* 1. §. 11. *ff. de aq. et aq. pluv. arc.* Mev. *p.* 9. *decis.* 62. Koppen. *in usu pract. l.* 1. *obs.* 69. *n.* 9.
81 Schneidewin. *ad* §. 11. *inst. de r. d. n.* 12. Verum
82 haec licentia in privato etiam fundo aliquibus in locis est restricta. Uti in Saxonia moribus invaluisse testantur Modestin. Pistor. *p.* 1. *qu.* 28. Andr. Rauch. *bar. p.* 1. *qu.* 27. *n.* 9. Carpzov. *p.* 2. *c.* 14. *def.* 10.
83 Nec in Marchia brandenburgensi licitum esse domino molam seu aquaticam seu pneumaticam in fundo proprio habere probant Scheplitz. *ad consuet. march. p.* 1. *l.* 23. §. 1. *n.* 5. Joh. Koppen. *decis.* 20. *n.* 4.
84 Quodsi autem ejusmodi consuetudo seu statutum probari nequeat, adhuc hodie inhaerendum esse libertati juris communis contendit Mev. *d. decis. in fin.*

85 Supposita ergo hac licentia, an etiam illa salva manebit, si dominus molendinum exstrueret in da-
86 mnum alterius? Sunt qui hic distinguunt, an damnum hoc alteri contingens naturale an civile sit, et prius quidem vocant, si eo ipso vicino molendino aqua diminuatur, ut inutile fiat; posterius, si per structuram novi molendini illi, qui in priori hactenus molere sunt assueti, avocentur, et in posterius lucrum
87 derivent. Consentiunt omnes, quod in damnum alterius civile molendinum in meo fundo exstruere liceat, non attento, quod ultra hominum memoriam alter solus ad flumen illud privatum molendinum habuerit.
88 Schneidewin. *ad* §. 2. *n.* 13. *j. d. r. d.* Quoniam in mera facultate et voluntate molentium consistit, ad quod molendinum ire velint. Koppen. *in usu pract. d*
89 *observ.* 69. *n.* 15. adeo, ut licet subditi per mille annos sine contradictione fuerint soliti molere in tuo, cogi non possint perseverare, ob meram facultatem nunquam praescriptibilem. Hering. *de Molend. qu.* 10. *n.* 3. *qu.* 11. *n.* 5. *qu.* 21. add. d. disp. *de aemulat. c.* 2. *n.* 22. Quoad damnum vero naturale denegant 90
illam licentiam. Gratian. *discept. forens.* 89. Schneidewin. *d. l.* Koppen. *decis.* 20. *n.* 12. Scheplitz. *in promptuar. jur. t.* 37. §. 2. *n.* 3. Verum si quaestio 91
haec ex jure civili decidenda, dicendum quod damnum illud vicini naturale aedificantem non possit inhibere, modo non principaliter in suo aedificet, ut alteri noceat, sed ut sibi prosit. *arg. l.* 24. §. *f. ff. de damn. infect. l.* 26. *eod. l.* 1. §. *denique ff. de aq. et aq. pluv. arc.* Francisc. Pfeil. *consil.* 200. *n.* 29. *seqq.* Gail. *l.* 2. *obs.* 69. *n.* 27. Jason. *l.* 2. *n.* 22. *ff. de flumin.* Alex. *vol.* 2. *cons.* 174. *n.* 6. Rauchbar. *p.* 1. *qu.* 27. *n.* 9. Ozascus *decis.* 17. n. 3. Boer. *dec.* 125. Matth. de afflict. *decis.* 388. Licet enim damnum patiens di- 92
cere possit: *quid prohibetis aquas, usus communis aquarum est?*

Tamen commode alter replicaret ergo nec ego aquis in meo fundo in mei utilitatem uti sum prohibendus, ego iisdem utar in meo, ut in tuo add. d. disp. *de aemulat. c.* 2. *n.* 20. *seq.*

Contrarium sentientes fundant se *in l.* 7. *c. de ser-* 93
vit. ibi: *si manifeste doceri possit jus aquae ex vetere more atque observatione per certa loca profluentis utilitatem certis fundis irrigandi causa exhibere, procurator noster, ne quid contra veterem formam atque solemnem morem innovetur, providebit.* Verum textus 94
ille saltem de consuetudine aliqua, quae legem facit, loquitur, non de quavis diuturnitate, nec de omni
eo, quod diu ita eodemque modo factum est. Sane 95
non ex quavis diuturnitate, actibusque eodem modo diu frequentatis, promanat consuetudo, sed opinio juris, et judicium contradictorium debuit accessisse, *l.* 34. *ibique ddres ff. de ll.bus.* Quod si ergo ex scatu- 96
rigine aqua naturaliter per agrum tuum vel mille annos fluxerit, alveumque fecerit, quid quaeso obstaret, quo minus aquam aliter per fundum tuum pro commodo tuo etiam in alterius injuriam ducere possis,
utut illa contra antiquissimam formam ducatur. Idem 97
est in aedificiis, non si quis, ejusque haeredes per centum annos semper eodem modo, ex spontaneo tamen motu lubitoque aedes suas aedificaverint: jam vero pristinam formam aedium novus incola mutare velit in incommodum vicini, quaeso, an prohiberi poterit? Videbatur quod sic, per *l.* 1. *c. de servit.* ibi: 98
contra veterem formam, quam legem ideo difficilem dicit Gothofr. *lit. o.* Sed facillima est, si hanc vete- 99
rem formam de illa, quae consuetudine legitima est 100
introducta, vel statuto sancita explicaveris, et quidni posset ejusmodi consuetudo introduci circa structuram aedium? vid. *l.* 11. *ff. de s. u. p.* Dn. Mev. *ad j. l. lib.* 3. *tit.* 12. *art.* 7. *n.* 74. vel etiam, si illam veterem formam ex alio habili principio derivaveris, scil. si prohibitioni accesserit acquiescentia per longos annorum tractus, haec est illa forma contra quam po- 101
stea semel jam tum constituta servitute tentari nihil ex praetextu libertatis poterit. Quod si ergo dominus 102
antiquioris molendini probare possit, quod aqua fluminis semper ita profluxerit, i. e. cum quondam dominus praedii vicini voluisset innovare, et prohibitus, interpositae prohibitioni per legitimum tempus acquievisset, jam prior omnino habebit jus prohibendi, ut vicinus non amplius in ejus praejudicium molam aliquam moliri possit.

Hoc lubens largior, quod forma aliter supponatur in flumine publico, ubi tantum simpliciter de modo, et rigore cursus intelligenda, nulla supposita consuetudine aut praevia prohibitione ejusque acquiescentia. Deinde praedictam nostram sententiam in specie dubiam facit *l.* 1. §. 10. *ff. de aq. et aq. pluv. arc.* Esto enim, aliquis in fundo suo inferiori struit molendinum, opusque molare ita elevat, ut aqua recedat, restagnansque in fossa impediat gyrum rotarum in molendino superiori, quod factum *in d. l.* §. 10. improbatur, adeoque non videtur domino liberum esse, ut in suo pro libitu faciat, licet faciat in suam utilitatem. Verum res salva est, patitur enim illud domini arbitrium famosam limitationem, scil. ut ita in suo faciat, ne quid immittat in alienum. *l.* 8. §. 5. *ff. si servit. vind.* Decius *ad l.* 61. *ff. de r. j.* Et quamvis diceres, restagnationem non esse immissionem, quoniam ita nihil novi immittitur, nulla nova aqua in alienum derivatur, tamen dum naturalem fluxum aquae impedit et reprimit, omnino immittit. *l.* 2. §. 28. *ff. ne quid in loc. publ.* add. *l.* 1. §. *ff. de aq. et aq. pluv. arc.* jure itaque prohiberi potest novus aedificator, aut si aedificavit, cogi potest, ut opus tollat. Quod ipsum multo magis procedit in flumine publico, uti praecise respicitur ad modum et rigorem cursus aquae: ut nullo modo debeat mutari cum incommodo accolentium. *l.* 1. §. 3. *et* 7. *ff. ne quid in flum. publ.*

Quid ergo sentiendum, si quis molendinum in publico struere velit in damnum domini, qui jure et concessione antiquiore molam jam possidet? Diversimode hic respondent ddres, quidam aedificationem posterioris molendini probantes, quidam improbantes. Puto totam rem consistere, et decidendam esse ex natura privilegiorum: hoc enim certum, si posterior in flumine publico exstruere velit sine impetrata concessione, prohiberi posset a quovis, quia involat jura dvalia. Si vero aedificaturus principis concessionem producat, non simpliciter et indistincte illa est admittenda, sed primo inspicitur tenor privilegii, quod prius molendinum habet, ita ut, si ejus dominus illic loci quasi monopolium debeat exercere, *dass er allein Macht haben soll vor das gantze Dorff zu mahlen*, tunc civis postea extruenti novum opus nunciare potest, quoniam est in possessione, in qua nemo turbandus. *l.* 7. *c. de divers. temp. praescr. l.* 45. *ff. de usurpat. et usuc.* nec jus quaesitum alteri est adimendum, ne quidem ab ipso principe §. 2. *inst. de his qui sui vel alien. jur.* licet illud sit ex privilegio. Petr. Ant. de Petra *de jure quaes non auff.* c. 32. *qu.* 2. *n.* 23. Quod ipsum jam ad minimum efficiet, ut princeps alteri non praesumatur concessisse, quod alteri noceat. *l.* 2. §. 16. *ff. ne quid in loc. publ. vel. itin. l.* 4. *c. de emancip. liberor. cyn. ad l.* 7. *c. de serv.* Schurff. *cent.* 3. *cons.* 38. et inde potius praesumatur sub et obreptitie illud posterius privilegium fuisse impetratum. Cravett. *cons.* 68. Monoch. *de arbitr. jud. qqu. cas.* 201. Schrad. *ad.* §. 13. *de r. d.* adeoque sub et obreptionis exceptione opposita impune possit secunda principis jussio expectari. Zabarel. *cons.* 141. *n.* 4. Ripa *resp.* 175. *n.* 15. Lud. Rud. Sablon. *tr. de absolut. principis potestat. p.* 25. Stypmann. *de jure flum. n.* 157. *seqq.* quod Fr. Vivius 2. *comm. opin.* eousque extendit, ut habens concessionem alium prohibere possit, etiam antequam molam absolverit Bocer. *de regal. c.* 2. *n.* 168. Quod si autem tenor primi privilegii nullum sapiat monopolium, sed quod tantum simpliciter jus molendinum extruendi sit concessum, distingui solet inter commodum civile et naturale, priori casu secundus impetrans non est prohibendus privilegio concesso uti, non secus ac si princeps Francofurti alicui exercitium certae negotiationis concessisset, postea secundo idem concederet, qua quaeso fronte conqueri posset primus de injuria sibi facta? Posteriori autem casu, si commodum naturale seu aquae copia imminueretur, ut ad gyrandum molendinum non amplius sit sufficiens, aeque opponi potest exceptio sub et obreptionis *l.* 2. §. 10. *et* 15. *ne quid in loc. publ.* Schneidew. *ad* §. *summa inst. de interd. n.* 55. praesertim, si primi molendini dominus sub annuo censu hoc privilegium impetraverit, Franc. Marc. *p.* 2. *qu.* 106. Schurff. *c.* 2. *cons.* 45. Wesenb. *p.* 1. *cons.* 34. Stypmann. *de jure flumen. n.* 163. Modest. Pistor. *p.* 1. *cons.* 19. Licet enim privilegium gratis subdito concessum revocationi obnoxium quidam fateantur, negant tamen hoc de eo, quod titulo oneroso quaesitum. Zoes. *ad ff. de constit. princ. n.* 37. Brunn. *ad Wesenb. d. l. qu.* 3. Quam ob causam secus se habet quoad molendinum in privato flumine extructum, ibi alter etiam naturale commodum licite intercipere potest, quia hoc suo jure facit. *n.* 91. sed hic aedificator non potest tum dici suo jure id fecisse, quia privilegium, ex quo ejus jus dependebat, erat invalidum. *tot. tit. c. ne quid contra jus. l. utilit. vid. tamen* n. 116.

Ex jam dictis fere dependebit decisio, an domino pro libitu liceat molendinum reficere cum incommodo aliorum? Equidem si ob inutilitatem et putredinem veteris molendini vicinus molitor concursum molentium hactenus habuerit, illeque, dum opus illud quasi morbidum restituitur, deficiat, et molentes partim in refectam molam se conferant, videbitur procul dubio molitoris istius querela de damno illato ob defectum molentium injusta, adeo, ut quamvis in Marchia brandeburgensi in damnum civile alterius, et imminutionem redituum novam molam exstruere non liceat, tamen permissum sit, molam collapsam restaurare, dn. Brunn. *c.* 1. *decis.* 49.

Sed illud saltem in controversiam venit, an molam veterem sibi commodius in naturale damnum alterius reficere liceat? Distinguo: aut in flumine publico aut privato molendinum est reficiendum, illic arbitror praecise veterem formam et priorem coeli solique mensuram, ut sit *l.* 21. §. 2. *ff. quod vi aut clam.* servandam esse *arg. l.* 1. §. 3. *ne quid in flum. publ.* ideoque, qui ita reficere et instaurare vult, ut pristinam formam dilatet, producat, deprimat, vel exaggeret, illi novum opus nunciari potest. Hering. *de molend. qu.* 48. *n.* 18. *seqq.* quia in loco publico faciendi facultas in damnum reliquorum plane adempta est, et licentia principis exigitur, quam licet dominus in prima extructione impetraverit, non tamen ad secundum trahenda, si primae est dissimilis, et potius pro nova structura quam refectione est habenda. Sunt enim rescripta et privilegia principum strictissimae interpretationis, nec de casu ad casum trahenda, si tendant in praejudicium tertii *l.* 2. §.

16. *ff. ne quid in loc. publ.* Indeque etiam est, quod privilegium instaurandi molam olearium non sit extendendum ad alias moletrinas. Faber. *in cod. l.* 3. *t.* 2. *def.* 10. *n.* 4. At in flumine privato si restauretur moletrina, laxior videtur concessa potestas domino, ut a forma veteri recedere possit in reficiendo, inque uberiorem suam utilitatem reficere, modo caveat, ne quid immittatur in alienum aut aqua in praejudicium superioris molae repellatur, per ea quae dicta sunt superius. *n.* 160. Nec obstat *l.* 61. *ff. de r. j.* ibi: *domum suam unicuique reficere licet, dum non officiat, invito alteri, in quo jus non habet.* Verba enim finalia explicant praecedentia ita ut illa demum refectio in damnum alterius facta coercenda, si reficiens hoc facere jus non habet. *add. l.* 55. *et l.* 151. *ff. de r. j.*

Procedendum jam ad alia, quae particulatim in aedificio in damnum alterius fieri possunt. Quod primo fit per fenestrarum structuram, has quivis dominus facere potest in pariete suo, dummodo suam utilitatem promoveat eo ipso, licet de incommodo sibi illato queratur vicinus. per *d. l.* 55. *et* 151. *ff. de r. j. et arg. l.* 9. *ff. de serv. u. p.* Alex. Raud. *decis.* 9. *n.* 32. Simon. Pistor. 1. *cons.* 12. Nec obstat, quod per longissimum temporis tractum fenestra in illa pariete non fuerit, libertati enim naturali non praescribitur vid. supra *n.* 89. *et l.* 2. *ff. de via publ. et itin.* Mld. Cothm. *v.* 2. *cons.* 94. *n.* 62. *seq.* Rauchb. *p.* 1. *qu.* 27. *n.* 9. Hillig. *in Donell. l.* 2. *c.* 5. *tit. d.* Coepoll. *de s. p. u. c.* 62. Imo diceres, amittitur jus non utendo *l.* 1. *ff. de nund.* Verum concedo hoc saltem quoad jus quod ex privilegio jureque singulari proficiscitur, aut ex alterius voluntate dependet. Hoc certum, quod si fenestrae positio solummodo et unice tendat in aemulationem, ut noceatur vicino, ut ejus secreta videat, nec ullum commodum facientis colligi possit, procul dubio competet vicino jus prohibendi. vid. supra *n.* 20. Carpzov. *p.* 2. *c.* 41. *def.* 12. Schneidw. *ad §. praediorum.* 2. *j. de serv. rust. n.* 21. Christin. *de stat. mechl. t.* 14. *art.* 28. *n.* 1. Köppen. *in usu pract. inst. l.* 1. *obs.* 78. *n.* 9. Mev. *ad jus. lubecens. lib.* 3. *t.* 12. *n.* 8. *seqq.* qui *n.* 13. de jure lubecensi testatur, quod vicino non licet in suo pariete versus aream vicini fenestram facere, nisi jam tum antiquitus ibidem fenestra fuerit. An vero ejusmodi fenestram facere licet, quae aperiri, et ex qua prospici possit in aream vicini, videtur negandum, quia etiam per fenestram clausam solis splendorem in aedificium suum recipere potest dominus, adeoque ultra utilitatis terminos vagari non licitum. Accedit, quod ita detur occasio perveniendi in domum vicini, ibique furtum exercendi. Sed rectius affirmatur, quoniam fenestrae in aedificio fiunt non solum ad lumen, sed et ad aerem recipiendum, foetoremque expellendum, neque suspicionibus magis opera danda, sed potius bene praesumendum de hominibus *arg. l.* 53. *pr. ff. pro socio.* Imo utilitas hic non excludit amoenitatem, ita ut si vicinus prope fenestram meam hortum consitum habeat, illam aperire, et prospicere interdici non possit.

Atque haec dicta videntur obtinere in fenestris, quae non protenduntur, et quasi immittuntur, in vicini aream. Secus ergo in fenestris ferratis. *die eiserne Gitter*, quae parieti non inseuntur, sed affiguntur, quoniam in vicini aream nihil decet immissum habere *per l.* 8. §. 5. *ff. Si serv. vind. l.* 22. §. 4. *ff. quod vi aut clam.* Quamvis et hae licitae, quatenus non excedunt stillicidii rigorem *l. fin.* §. 2. *ff. de s. p. u.* Coepoll. *de s. p. u. c.* 55. Non tamen vicinus ille, qui de damno per fenestras sibi illato quaeritur, sine omni solatio dimittendus, sed potius consulendum, quod illi liberum sit, alium in fundo suo parietem aedificare atque ita vicini tam prospectum impedire, quam lumina ejus penitus obscurare. per *l.* 9. *et* 11. *ff. de s. p. u.* ibique ddres. Menoch, *a. j. q. cas.* 156. Coepoll. *de s. u. p. c.* 62. *n.* 5. Carpzov. *p.* 2. *c.* 41. *def.* 12. Richter. *decis.* 6. *n.* 4. Quoniam nec isti prohiberi potest, quo minus in suo faciat quae velit. *l.* 21. *c. mandati.* Cothmann. *cons.* 7. *n.* 7. Indeque etiam ita pronunciatum Lipsiae *Hat euer Nachbar N. N. in seiner Wand und Kammer ein Fenster machen lassen; wenn er nun gleich dadurch in euren Hoff sehen kan, so mag ihm doch solches von euch nicht gewehret, nock er das Fenster wieder abzuschaffen angehalten werden, Es ist euch aber durch Auffführung eines Gebaeudes auff eurem Hoff solchen prospect zu verbauen unbenommen. v. r. W.* Philipp. *in usu. pract. ad j. l.* 2. *Eclog.* 23. Et haec facultas eousque procedit, licet fenestram ita apertam alter tenuerit per 100. annos; Köppen. *usu pract. inst. l.* 1. *obs.* 78. *n.* 9. Patet ergo ex his, quam fragile jus alter habeat quoad fenestras suas, et quam facile ex his manans utilitas corruere possit. Ut hinc suae libertati non nimium confidere debeat exstruens, sed potius allaborare, ut annuente vicino, ejusque bona pace, parietem aperiat, et simul sibi stipuletur servitute, ne luminibus officiatur. Quam male cum servitute, luminum confundit Strauch. *ad jus. justin. diss.* 7. §. 14. vid. D. Hoppius *in exam. instit. imp. tit. de servit. praed. qu.* 36. *seq.* Quae ipsa servitus ex eo non potest praesumi constituta, quod aliquando sententia pro me lata, licere mihi fenestras habere in meo pariete. Dn. Brunnemann. *ad l. in f. ff. de s. p. u.* quoniam per sententiam saltem hoc jus, quod mihi jure competebat, et ab adversa parte negabatur, assertum est, et declaratum, non vero novum, quod nec petii nec adjudicari mihi potuit, additum. Et quamvis tandem dicta illa servitus constituta fuisset, non tamen statim omnis aedificandi ibidem facultas est adempta, sed licitum est eidem vicino, ad parietem, cui illa servitus debebatur, usque ad fenestras aedificare imo etiam ultra, et ita omnem amoenum prospectum, et occasionem cognoscendi secreta vicini adimere, dummodo a parte superiori libere splendor solis immitti possit in cameram, cui servitus debetur *arg. l.* 16. *ff. de s. u. p.* Qui itaque sibi plene consultum cupit, stipuletur servitutem prospectus *d. l.* 16. vel quod melius, ne prospectui officiatur. per *l.* 15. *ff. d. l.* vid. D. Hoppius *d. tr. qu.* 38. *seq.*

Hoc saltem adhuc quaestionis, an vicinus extra casum constitutae servitutis promiscue illas fenestras aedificando obscurare possit? Ita quidem indistincte, quando ad hanc retorsionem perveniunt doctores, asserunt, sed crederem, et hic attendendum esse, an ille, qui alterius lumina aedificando obscurare intendit, sola moveatur aemulatione, et pruritu vindictae,

adeo, ut non sufficiat, si obscuraturus dicat, se ideo hoc facere, ne alter secreta in suo captare possit.
165 Haec enim causa saltim illi dabit licentiam, ut ita aedificet, quo adimatur quidem alteri prospectus, sed relinquatur tamen liber luminis a superiori parte ingressus, ne per nimiam obscurationem, plane inutile reddatur alterius aedificium *arg. l.* 2. §. 5. *ff. de aq. et aq. pluv.* Sicuti hoc expeditum est in casu, quando duae sunt domus ex eadem haereditate, quarum altera fenestras habet vergentes in alterius aream, tunc enim cohaeres illas fenestras non potest penitus obscurare per *l. Gaurus.* 10. *f. de s. u. p. vid. supr. n.* 49.

167 Tantum de fenestris, paucis jam, quid de fornacibus, quas aliquis in suo, ad parietem tamen vicini
168 exstruxit, sentiendum? Hoc equidem jure communi constat, quod aliquis in suo fornacem, furnum, aut simile ignis receptaculum habere possit etiam sine consensu vicinorum *l.* 8. §. 6. *ff. si serv. vind.* Guid. Pap. *decis.* 298. *n.* 1. Surdus *cons.* 127. *n.* 8. *vol. et cons.* 154. *n.* 11. *v.* 5. Coepol. *de s. p. u. c.* 51. Mev. *ad jus. lubec. l.* 3. *t.* 12. *art.* 13. *n.* 18. Exin-
169 de tamen non statim licet colligere, quod in qualibet parte aedificii nostri etiam ad parietem vicini forna-
170 cem aliquam aedificare possimus. Quis enim non videt, reale damnum hac ratione inferri vicino parieti, qui ita per nimium colorem torrendo debilitatur, quod citra servitutem pati nemo tenetur. *arg. l.* 19. *ff. de s. u. p.* Praesertim, si multum ignis ibidem haberi solet, uti usu venit in balneariis, figulis, bra-
171 xatoribus cerevisiae, pistoribus. Ideoque statuunt quidam, quod furnus ad minimum a pariete vicini unum pedem abesse debeat. *arg. l. f. ff. fin. regund.* Coepoll. *de serv. p. u. c.* 50. *n.* 6. *c.* 51. *n.* 2. *c.* 53. *n.* 2. Koch. *de jure vicinit. c.* 5. *n.* 13. Petr. Gregor.
172 vero *in syntagm. jur. univers. l.* 18. *c.* 22. *n.* 7.
173 amplius intervallum scil. 6. pedum requirit. Imo putarem etiam, penitus prohiberi aliquem posse, ne ad parietem vicini furnum exstruat, si incendii metus subsit. *l.* 13. *ff. de s. u. p.* Petr. Gregor. *d. l.* 4. *c.* 7. *n.* 14. aut vicini murus debilis fuerit; *arg. l.* 8. §. 5. *ff. si serv. vind.* vid. *disp. de jure furnor. sub dn.*
174 *praeside habita c.* 2. *n.* 75. Quid obstat ergo, quod multi pati teneantur inviti, ut ignem et fornacem vi-
175 cinus constituat ad illorum parietem? Nihil aliud quam negligentia contradicendi, et servitus per diuturnum silentium atque patientiam constituta, adeo, ut licet dominus parietem suum postea videat per ignem adeo corrumpi, ut ruinae sit proximus, cogere tamen non possit damnum tale inferentem, ut suis sumptibus, vel saltem pro rata reficiat. *arg. l.* 6. §. 2. *ff. si serv.*
176 *vind. arg. l.* 203. *ff. de r. j.* At quid si tamen paries ille non sit lapideus, sed ex ligno exstructus, lutoque compactus, an dominus etiam post commissam patientiam poenitere jam possit, et prohibere
177 vicinum, ne imposterum ignem in isto loco alat? Sane si periculum incendii foret continuum, cui ejusmodi murus facile subjici possit, id quod arbitrio judicis inspectionique committendum, nunquam sero satis cavet dominus, non tam in suam utilitatem, quam in publicum interesse, quoniam publice interest, ut incendia quovis modo arceantur.

178 Ultimo saepius querelae nascuntur inter fluminum accolas quoad damnum per aggeres structos illatum. Posito enim, si dominus, qui proximos fluminis agros 179
sed hactenus aqua semper obrutos, et propterea inutiles habuit, quae tamen aqua ad agros alios a flumine distantiores modice pervenit, illosque admodum fertiles reddidit, vel piscinam ibi implet, jam vero aggerem ponit possessor, flumenque alveo includit, quo ipso agros suos conserere, exque illis uberiores fructus capere quidem potest, sed vicini jam de minimis queruntur siccitate, fructuumque qui ibi nascuntur paucitate, quaeritur an compellere possint domi-
num, ut opus destruat? Verum hoc videbatur, quo- 180
niam ita agrum suum debet meliorem reddere, ne vicini deteriorem faciat. *l.* 1. §. 3. *ff. de aq. et aqua pl. arc.* Sed rectius negari, nihilque illiciti possessorem illum fecisse expresse asseritur *d. l.* 1. §. 21. Commodum enim illud, quod vicinorum agrorum do- 182
mini hactenus perceperunt, non suo jure fiebat, sed ex mera voluntate alterius et arbitrio dependebat, quasi aliquod precarium, atqui quod precario alteri concessum, sicuti pro lubitu revocare licet, ita quid obstaret, quominus dominus agrorum desinat prodesse vicino, sibique consulere queat. *d.* §. 21. Mev. *ad jus lubec. l.* 3. *t.* 12. *art.* 7. *n.* 13. Wesenb. *cons.* 67. *n.* 22. *p.* 2. quo facit, quod Ulpianus dicit *in l.* 1. *ff. de precar. Natura aequum est tamdiu te liberalitate* 183
mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare. cum mutavero voluntatem. Et hoc est, quod alias dicitur, multum interest, an damnum quis faciat, an lucro uti prohibeatur. *l.* 26. *de damn. infect.* vid. Mev. *p.* 8. *dec.* 231. Paris. *cons.* 112. *n.* 3. *et* 7. *lib.* 1. Menoch. *lib.* 6. *de praesumpt. c.* 29.

Hoc autem difficilioris videtur decisionis, an quis 184
ita ad tuendos agros suos munire ripam possit, ut flumen excrescens, quod agris meis vastationem minitabatur, jam a meis excludatur, et ad reliquos accolas transeat, illisque damnum ereet. Denegare vi- 185
detur hanc facultatem. *l.* 1. §. 3. *ff. de rip. muniend. l.* 1. §. 3. *ff. de aqu. et aqu. pl. arc. l.* 1. §. 7. *ne quid in fl. publ.* quoniam per aggerum positionem ita quisque studere debet utilitati, ne quid in injuriam tendat accolarum. Verum in proposita quaestione ma- 186
gis placet defendere affirmativam per *l.* 1. *c. de aluv. l.* 2. §. 9. *ff. de aq. et aq. pl. arc.* ibi *Labeo* 187
ait: *si vicinus flumen torrentem averterit, ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo pluviae arcendae non posse, aquam enim arcere, hoc esse, curare ne influat, quae sententia verior est, si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat.* add. Oldend. *de act. class.* 6. *act.* 21. *p. m.* 557. *n.* 6. Quae quidem 188
dispositio nil sane contra aequitatem naturalem continet, quoniam ipsa ratio suadet, ut nostra tueamur, nobis caveamus, quod autem hoc cedat alteri damno, 189
fit praeter nostram intentionem et per accidens, cui aeque licebat sibi cavere, aggerem aggeri opponere, et ita invicem de diligentia rerumque suarum custodia certare, hoc casu sicubi jam impetus fluminis rumpat, perque agros, perque campos in perniciem frugum, hominum, pecorumque ac aedificiorum vagetur, cui nisi casui adscribendum, vique majori, cui resisti nequit, et quae a domino ferenda *l.* 15. §. 2. *ff. locati.* Sicuti etiam relatum scimus in albi hoc 190
contingere, ut eo intumescente utriusque ripae accolae, qui damna timent, ripas certatim muniant, et

etiam nocte excubias agant, armis instructi, non quidem eo fine, ut aquarum tumori ad instar stolidissimi Xerxis minitentur, sed ut caveant, ne alter alterius agros perfodiat, et ex insidiis rumpat, quod delictum ut atrocia damna secum trahit, ita poena ignis
191 dignum censuerunt Saxones *Landrecht lib. 2. art. 16. s. 9.* ibi: *Wer Teiche durchgraebet, und absticht, den soll man brennen*, add. Stypmann. *de jure flumin. n.* 423.

192 Diversa a priori quaestio est, an aquam fluvialilem, in agro suo jam tum stagnantem, et excurrere solitam, aggere structo ita possit removere, ut agros vi-
193 cinos obruat, ibique moretur? Quod negatur per d. llos, quae ante ut obstantes *n.* 185. allegabantur, cursus enim fluminis naturalis, qui ex diuturnitate ejusdem fluxus aestimandus *arg. l. 2. pr. ff. de aq. et aq. pluv.* non immutandus, si tendat in damnum accola-
194 rum per *l. 1. §. 3. ff. ne quid. in flum. publ.* et facilius quaedam nondum facta prohibentur, et impediuntur, quae facta tolerauda et subsistunt juxta illud:

Turpius ejicitur quam non admittitur hospes,

add. Mevius *p. 8. l. dec. 231. n. 8.*

195 Ex jam dictis facillime puto colligi posse, quid sentiendum de domino, qui in suo agro, per quem aqua manebat ad vicinam piscinam, aquam illam retinet, sibique piscinam pariter facit, ubi licet dominus piscinae vicinae multum de damno sibi illato querebatur, illius novi operis destructionem urgendo, tamen non dubitavit illustris hic loci facultas juridica factum illud novum per responsum elegantissimum anno 1680. die 25. Febr. approbare, cujus verba per-
196 missu domini praesidis hic inserere licuit: *Habt ihr auf euren Grund und Boden einen neuen Graben gemachet, umb dadurch pas über euren Boden fliessende Wasser nach euren Teich zu führen, hiedurch aber dem F. von M. das Wasser zu seinen Teichen benommen, und dieselbe zu nichte gemacht worden. Ob nun zwar 1. denen bekandten Rechten nach den sonst gewohnten cursum eines fliessenden Wassers niemand zu endern frey stehet*, per *Rubr. ff. ne quid in fl. publ. fiat quo aliter aqua fluat, etc. 2. Zumahlen solche Enderung dem F. von M. zum mercklichen Schaeden gereichet, als welcher seithero in possessione percipiendi commodum aquae derivatae durch Bewaesserung seiner Teiche gewesen*, jus quaesitum vero nemini auferendum, ne a principe quidem *l. nec avus 4. c. de emancip. liber.* et lucrum quaesitum alicui auferre, perinde est, ac damnum inferre. *Ihr auch bereits durch einen Revers de anno 1658. Euch verbundlich gemachet, dass im Fall durch den angelegten Teich die Bewaesserung dem von M. entgehen solte, dieser Teich hinwieder auf gehoben, und dem Wasser sein freyer Lauff gelassen werden solte*, qualia pacta derogant libertati naturali. *Weil aber dennoch allhier nicht die quaestio de flumine publico, sondern de privato ist, und also die Interdicta de non mutando alveo hieher nicht können gezogen werden. 2. in flumine privato aber nicht hindert, wenn einer allein des Nutzes sich seithero theilhafftiggemachet, dass einanderer nachmals durch Auffangung des Wassers solchen Nutzen nicht solte intercipiren, und sich des Wassers zu seinen Nutzen gebrauchen können.* Mev. *p. 4. decis. 39. n. 4. et 5. 3. Massen solches in jure ebenfalls deutlich versehen*, quod liceat venas per meum fundum ad puteum vicini transeuntes praecidere, etiamsi ita vicini puteus aqua privetur *l. 24. §. fin. l. 26. ff. de damn. infect. l. 21. ff. de aqu. et aqu. pluv. arc.* Rauchbar. *p. 1. qu. 27. n. 4.* Licet enim suae utilitati etiam cum alterius incommodo inservire *l. 8. §. 5. ff. si serv. vind. 4. allhie auch der. F. von M. kein jus quaesitum allegiren kan*, cum ut jure quodam et commodo in re mea utar, mihi ab alio denegari non possit, si nulla ipsi servitus constituta. *dd. in l. 7. c. de servit. et aqu.* Bart. *in l. 2. ff. de flumin.* Injuriarum enim tenetur, qui re mea me uti prohibet *l. 13. §. f. ff. de injur. 5. Der Revers auch von demjenigen Wasser, davon jetzo der Streit ist, nicht redet*, jam vero literae reversales stricte sunt interpretandae, cum nemo juri suo praesumatur renunciare. *So halten wir davor, dass ihr nach Belieben auf euren Grund und Boden Teiche anzulegen, und das über euren Boden lauffende Wasser dahin zu führen wohlbefugt seyd. V. R. W.*

Paucis adhuc addendum, quat. aedificando alterius 197
aream nullo dato pretio per structuram licite occupare, nobisque, etiam invito domino, propriam facere possimus? Jure quidem communi regulariter sine spe- 198
cie violentiae dominum de possessione fundi ejicere nequimus *l. si quis in tantam c. unde vi l. 6. ff. de a. p.* Et licet tacente domino aliquis fundum alienum 199
occupaverit, inque eo aedificium surgere fecerit, tamen domino semper patet repetitio, etiam per mille annos, supposita m. f. continuatione *c. f. x. de praescript.* adeo, ut aedificans ne quidem electionem ha- 200
beat, utrum pretium areae solvere, an expensas aedificii factas repetere malit, sed simpliciter teneatur cedere. §. 30. *j. de r. j.* expensasque nequidem omnes
rapetere, sed saltem necessarias. *l. 5. c. d. r. v.* vo- 201
luptuariae autem cedant domino soli, ita ut possessor illas nequidem tollere possit, multo minus deducere dn. Praes. *ad d. §. 30. j. de r. d.* adeo hic licitum est quodammodo locupletari cum alterius damno. Quoad utiles autem hoc commodum cum incommodo 202
possessoris habet dominus, ut illi non sit promiscue integrum easdem tollere et auferre, sed domino tantum liceat offerre, quantum pro ablatis possessor fuisset accepturus. *per l. 38. ff. de r. v.* ibique ddres. et haec omnia ex culpa rem alienam invadentis, qui damnum, quod sentit, non censendus est sentire.

Sed quid tamen sentiendum de locis incultis, quae 203
quidem dominos habent, sed desides, et aedificare nolentes, nonne hic tandem extraneus excusari posset, si ejusmodi locum aedificandi animo occuparet? Ita qui- 204
dem in Marchia brandenburgensi cavit serenissimus elector, ut cuivis extraneo liceat loca vacua occupare, ibique aedificare, frustra renitentibus illis, pretiumque areae postulantibus, qui jus dominii, vel hypothecae in iisdem praetendunt, nisi ipsi, se intra spatium semestre aedificandi initium facturos, caverint, prout patet ex *edicto sub dat. colon. ad Spream an. 1669. d. 4. octobr.* quod ipsum adductum legere est *in disp. de agris desertis c. 3. n. 60.* sub dn. praeside habita. Jure 205
autem civili ejusmodi licentia occupandi etiam quodammodo reperitur, sed tamen circumscripta, sc. ut liceat antiquis dominis aedes in area sua extructas, intra biennium vindicare, restitutis primitus, quae constiterint, expensis *l. 8. c. de omni agr. desert.* Ubi qui- 206

dem non solum necessarias expensas petitor restituere debet, sed et meliorationes *per l. f. c. de censib.* quia licet sit quasi m. f. possessor, tamen id facit lege permittente, adeoque nullam culpam contraxit, *l.* 55. *ff. de*
107 *r. j. l.* 137. *eod.* Sed potius censendus est negotium ipsius domini gessisse, inque gratiam ejus aedificasse, ideoque utiles expensae non tantum sunt refundendae, sed et eum voluptuarias sine incommodo rei tollere
108 posse statuo. Hoc autem biennii tempore emenso omnis possessionis ac dominii carebit jure qui siluit. *d. l.* 8. Quin etiam si novo cultori locus ille vacuus per exaequatorem fuerit adjudicatus, et vetus dominus vel possessor intra 6. menses non repetierit, in perpetuum ex illo tempore conquiescere cogitur *l. f. c. de censib. et censitor.* Interest enim ipsius civitatis, ne ruinis sit 109
deformata. *l.* 1. *pr. ibique ddres ff. de tign. junct.* et ut eo facilius alliciantur, qui fisci commoda, procurent, et praestanda praestent. Atque haec, quae de aedificiis 110
jam dicta sunt, expresse disposita inveniuntur etiam de agris, vineisque, ob rationis identitatem.

CAPUT III.

De damno rebus alienis licite illato in destruendo.

SUMMARIA

An licet rem propriam perdere? n. 3.
An teneor, si aedes meae corruptae damnum inferant vicino? n. 10.
Quid si arbor mea collapsa damnum inferat horto vicino? n. 16.
An tollere licet parietem meum qui utilis est vic. n. 19.
An usufr. refectionem rei omittere potest in damnum proprietarii? n. 24.
An dominus hortum mutare in aream possit contra servitutem prospectus constitutam? n. 30.
An aedes in meo ab alio extructas propria auctoritate rescindere licet?
Quid si sine praevia nunciatione aedificatum in meo, an teneor ratum habere? n. 50.
Quod si clam aedificatum? n. 55.
Subjicitur responsum facultatis. n. 60.
An aedificium servitutem prospectus impediens destruere licet? n. 61.
An licet vicini aedes ob vicinum incendium diruere? n. 69.
A quo damnum hoc per destructionem tali casu datum restituendum? n. 79.
An susceptori aleatorum licite fenestras aliave frangere licet? n. 63.
An insignia principis illicite affixa quisque licite destruere potest? n. 64.
An venditori vinum emptum effundere licet emptore cessante auferre? n. 67.

1 Si contrariorum eadem est ratio, licet nobis simili methodo discutere destructionem licite illatam, uti praecedenti capite damna per extructionem percurrere
2 licuit. Quod quidem primo intuitu difficile videri potest, quoniam extructio sui natura licita; at destructio illicita, adeo ut ne quidem aedes suas destruere permissum sit, licet eo ipso nullius privati rebus damnum
3 probetur illatum. Sane non licet, ne quidem insulam nostram seu domum plane solitariam comburere *l.* 1. *ff. de tign. junct. arg. l.* 52. *ff. de c. e. a.* non licet pecuniam exemplo insipientis sapientis in flumen projicere, non licet agros incultos relinquere, vineas destru-
4 ctas, hortos sentibus horridos habere. Vindicat enim hanc lasciviam princeps §. 2. *institut. de his qui sunt sui vel al. jur.* Poenam privationis inducit fiscus *l. fin.*
5 *c. de cens. et censit. l.* 8. *c. de agr. desert.* Non tamen sine rationis pondere. Expedit enim reip. ne quis re sua male utatur *d.* §. 2. ne cives dentur negligentes, sed sua curantes, inque melius, non deterius promoventes. Cessat ergo abusus rei suae atque destructio *vel* ob ipsum incommodum publicum, licet nullum privatum adsit. Et ita illud: quisque rei suae est mode- 6
rator et arbiter, suam recipit limitationem ex salute publica. Quid si vero abusus non tendat in incommo- 7
dum publicum? Sic cessabit ratio prohibitionis, sic et abusus permissus privato erit. Nam si aedes meas 8
destruam ut alias aedificem, licet in speciem prodigalitatis, tamen nullus hoc prohibebit magistratus. dn. Praes. *in caut. contract. sect.* 1. *c.* 3. §. 26. Quid si ta- 9
men illa rei meae destructio tendat in incommodum privati? Hoc est quod hujus capitis disquisitioni assignatum est.

Quid ergo juris, si aedificium meum vetustate cor- 10
ruptum corruat, ut vel area vicini sordibus atque ruderibus repleatur, vel etiam ejus aedificium hac ruina percutiatur atque frangatur, an dabitur vicino actio quoad damnum datum? Non datur per *l.* 6. *ff. de damn. infect.* Non enim teneor alterius utilitati cavere, et 11
prospicere, ne quid mali tertio contingat, cum satis 12
habeam meas ipsius res curare, damnaque aliena ab his avertere. Imputet ergo sibi alter, quod rerum suarum non curiosior extiterit, et hocce damnum, ex vitiosis aedibus imminens, in tempore averterit. At quo- 13
modo, diceres? Potest enim dominus aedium ruinosarum conveniri, ut aut reficiat, aut tollat tectum, tignaque ruinosa; aut de damno infecto, seu futuro cautionem praestet, dummodo petens juraverit, se non calumniae causa id petere. *l.* 7. *pr. ff. de damn. infect.* Sed attende quaeso aequitatem juris nostri, quo- 14
modo neutrum nimium gravare velit, sed regiam, mediamque viam intrasse gestiat. Dum enim disponit, ut dominus domus collapsae ad rudera tollenda non possit compelli, non etiam permittit, ut quaedam adhuc utilia relictis inutilibus eligat et tollat, sed aut omnia tollenda damnaque resarcienda, aut omnia pro derelictis habenda. *l.* 7. §. 2. *d. l.* Quae ipsa 15
tamen neutiquam extendenda puto, si quis tectum parietemque refecturus antiqua tigna excutiat, et ejiciat in vicini aream, quae omnia indistincte essent tollenda, quoniam immissio in alienum est illicita. *l.* 8. §. 5. *ff. si serv. vind.*

Eademque forte decisio obtinebit, si arbor annosa 16
ex vitio intrinseco in alterius hortum deciderit, ibique multas arbores, fruticesve pretiosas fregerit, quae licet pretium istius arboris collapsae multum superent, nulla tamen dabitur actio, quam ne arbor illa collapsa a priori domino tollatur, sed in vicem damni dati ce-

dat domino damnum passo; ultra id enim alter teneri nequit, non secus atque bestia damnum dans, quam, si dominus noxae dederit, liberatur, *l.* 7. §. 4. *ff. de*
17 *damn. inf. pr. inst si quadr. paup. fec. dic.* Quod si autem arbor ista per putatorem seu lignatorem fuerit caesa, et collapsa tertio damnum dederit, dabitur actio contra caedentem in id quod interest, ex lege aquilia; quia culpa damnum datum, et si dominus ipse ceciderit, non liberatur, licet arborem pro derelicta habere
18 malit, ob culpam intervenientem. Contra si arbor impetu venti ita vicino damnum dederit, ne quidem pro damno dato arborem retinere fas est. Quia casus nocet domino, vid. *l.* 24. §. 10. *ff. de damn. infect.*

19 Quid si domo mea collapsa paries adhuc consistat, cui vel incumbit tectum vicini, vel etiam area ejus consepitur, an hunc tollere licet, non attento, quod hac ratione domus vicini fundamento subtracto ruitura sit, vel area cujusvis oculis et invasioni patens futura?
20 Puto quod tollens ita nihil contra leges peccet, quoniam circa rem suam disponit. *l.* 21. *c. mandat.* Hottoman. 2. *amic. respons.* 4. *et* 31. et ex eo Carpzov. *p.* 2. *c.* 41. *def.* 12. *n.* 6. Modo hoc suum propositum in tempore denunciet vicino, quo sibi cavere, domumque fulcire
21 possit, nisi ipse hanc operam praestare velit. Malitiae tamen nec hic erit indulgendum, forte si parietem suis usibus neutiquam applicare possit, et saltem diruit, ut vicino hoc commodum eripiat, haec enim est ista
22 aemulatio damnata. Imo nequidem arbitrio tollentis indulgendum, si lapides in suos usus eximere velit, *arg. l.* 38. *ff. de r. v.* Quid enim interesset tollentis, an lapidibus hisce exemptis, an vero aliis venalibus,
23 modo exstent, aedificet? Hoc certum, si vicinus habuerit servitutem tigni immittendi, vel oneris ferendi, quod tollentem prohibere possit, ne tollat.

24 Huc pertinere videtur, an aliquis, qui rei alicujus usumfructum habet, rem negligere possit in damnum proprietarii? Perdere quidem illum non posse, expeditum; quia re abuti non debet, eumque in finem cautionem de bon abutendo praestare tenetur, sed hoc saltem est quaestionis; an omittendo peccare, et refectionem in domo necessariam intermittere possit?
25 Id quod licitum videbatur, quia cura refectionis ad dominum pertinet, et nemo alienorum negotiorum ge-
26 stor invitus esse cogitur. Verum hanc sententiam legibus contrariam esse patet ex *l.* 7. §. 2. *ff. de usufr.* ubi onus refectionis, et ut sartas tectas habeat aedes,
27 injungitur usufructuario. Debet enim hic uti domo usufructuaria tamquam bonus paterfam. §. 38. *inst. de r. d.* Atqui ille quovis modo ruinam aedium avertere so-
28 let, illisque quantum potest mederi. Quod si tamen ex vetustate aliqua corruissent, cessabit refectio, utut din hactenus illis aedibus usus fuerit fructuarius, et jam jam restituendae fuissent proprietario *d. l.* 7. §.
29 2. Nec obstat quod forte per exactissimam diligentiam ab interitu conservari potuissent, quia ad illam usufructuarius non tenetur. *arg. d.* §. 38. ergo nec ad damnum culpa levissima datum, *vid. quae dicta sunt cap.* 1. *n.* 46. Sed de damnis per omissionem datis pluribus *in cap. fin.*

30 Illud hic adjungo; si quis hortum amoenissimum domui proximum habeat, vicino autem competat servitus, ne prospectui officiatur eo loco, ubi hortus est consitus, an dominus hortum mutare, inque aream rei rusticae et pecuariae commodam convertere possit?

Hoc quasi prohibet *l.* 15. *ff. de s. p. u.* ibi: *quod in* 31
prospectu plus quis habet, ne quid ei officiatur ad gratiorem prospectum et liberum, eoque videtur inclinare Coepolla *de s. u. p. c.* 33. Verum puto nihilo- 32
minus licite huic prospectui per hanc conversionem, hortique destructionem damnum inferri posse. Per hanc enim servitutem ita saltem dominus patiens 33
oneratur, ut nullatenus quicquam aedificare possit, quo minus salva maneat illa prospiciendi gratia et libertas.

Quod vero ipsum objectum, ex quo illa prospiciendi voluptas resultat, tollere non possit, ad hoc nimis 34
rigidum esset constringere servientem, cum potius ita servitus explicanda, ne nimis oneretur serviens. Accedit et hoc quod servitutis natura non sit servientem 35
compelli, ut aliquid in suo faciat *l.* 15. §. 1. *ff. de servit.* Jam vero si horti amoenitas durare deberet, semper opus haberet cultura, qua cessante facile sua sponte corruit, et mutatur.

Porro etiam contingit saepe, ut licite quis damnum 36
alteri inferre destruendo possit, utpote si alter aedes in meo fundo aedificet me non consentiente, has enim destruere et disjicere, non exspectato praetoris jussu, jura permittunt. *l.* 29. §. 2. *ff. ad l. aquil. l.* 7. §. *bellissime ff. quod vi aut clam.* Quod quidem nec satis 37
congruere videtur cum vulgatis juris nostri principiis, ubi privato semet vindicandi, sibique jus dicendi facultas est adempta. *l.* 10. *ff. de jurisd. l.* 13. *ff. quod met. caus. l. si quis in tantam f. c. unde vi l.* 76. *ff. de r. j.* Sed odio praecedentis violentiae, et favore possessionis quaedam indulta sunt, ut liceat possessionem legitime quaesitam etiam propria auctoritate defendere. Hilliger. in Donell. *l.* 15. *c.* 45. *lit. q.* Dn. Brunnemann. *ad d. l.* 29. *num.* 2. *ad l. aquil. ibique alleg.* Interim hoc durum esse videtur permittere ut 38
aedes in alieno structas dominus pro lubitu rescindere et demoliri valeat, quoniam ad decus publicum pertinet, urbem aedificiis esse repletam *l.* 20. §. 10. *ff. de op. nov. nunciat. l.* 1. *ff. de tign. junct.* nec publicus aspectus deformandus *l.* 2. *c. de aedif. privat.* hinc licet iniquum sit, ut alter dominio soli privetur, tamen concesserunt jura ut dominus soli possit aedes ab alio structas occupare, restitutis saltem aedificandi expensis §. 30. *instit. de r. d.* Hoc ergo remedio cum 39
et publico consulatur, nec privato jus suum adimatur, unde tanta malitiae indulgentia, ut quis ex mera procacitate et libidine nocendi ligna constructa disrumpat, frangat? Itaque praecedentes Iles cum grano salis 40
capiendas arbitror, ne jus publicum nimium laedatur, 41
et primo quidem licentia illa destruendi locum non 42
habet, si aedificium exstructum tale sit, quod domino soli utile esse potest, quoque commodius forte ipse non exstructurus fuisset, hic sane illa nocendi libido destruentem aeque ad impensas refundendas obligaret, quas solvere teneretur, si eamdem occupatam inhabitaret, juxta *d.* §. 30. Et licet secundo aedes domino 43
soli non congruerent, sed ampliores aedificare velit, tamen adhuc cessat licentia destruendi, sed primum in tempore aedificanti novum opus nunciare debet, ut desistat aedificando *l.* 1. §. 1. *ff. de op. nov. nunc.* 44
quod si non attenta hac nunciatione pergat, cogi poterit, ut aedificium structum destruat. *l.* 20. §. 1. *seqq. d. l.* licet jus aliquale aedificandi habuerit; punitur enim contumacia. Dn. Brunnemann. *ad l.* 1. *ff. quod vi aut clam. n.* 2. adeoque dominus soli nequi-

dem necessarias impensas hic solvere tenetur, si aedes
45 acceptare nolit, sed malit destrui. Quoniam nemo tenetur aliquid de rebus suis invitus facere aut pati.
46 *arg. l. dudum c. de contr. empt.* Nec queri poterit exstruens de facta sibi injuria, quam sua culpa et con-
47 tumacia patitur. Et hoc quidem casu si exstruens ipse destruere nolit, non est dubium quin ipse destruere possit, per *d. l.* 29. non tamen dissecando penitus
48 inutilia ligna facere debet: et insuper cavebit, ne per judicem novum opus nunciet, sed saltem privatim, nam si per judicem nunciaverit mandatumq; sine clausula impetraverit a judice, postea *ad d. l.* 29. non li-
49 cet confugere, ob odium variationis dn. Brunnemann. *c.* 5. *decis.* 33. Indeque cum senatus alicujus loci in area aedificasset, quam sibi asserebat nobilis, hic per judicem nunciat novum opus, quo non attento senatus aedificando pergit, sed nobilis immissis militibus, aedificium de facto destruit, ligna dissecat, et inutilia reddit, quo facto facultas juridica hujus loci amplissima destruentem ex lege aquilia condemnandum esse judicavit.

50 Quid si autem in absentis area, nulla facta nunciatione fuerit aedificatum, an teneatur dominus areae aedes etiam invitus acceptare et expensas restituere,
51 an adhuc cogitur exstruens aedificium destruere? Puto verum posterius, si dominus aream aedificanti vendere nolit, sed ob opportunitatem situs ipse aedificare velit, et si aedificium domino soli non conveniat, aliudque exstruere sit paratus, cur enim debebat aedes sibi inutiles invitus emere. *arg. l.* 11. *c. de contrah. empt.* aut cur suam rem invitus alteri cedere cogeretur *arg.* §. 2. *institut. de his qui sunt sui l. al. jur.* Cum potius alteri per alterum non debeat iniqua con-
52 ditio inferri. *l.* 74. *ff. de r. j.* Neque distinguo inter b. et m. f. aedificantem, quia b. fides possessori contra ipsum dominum neutiquam potest prodesse. *arg. l.* 2. *c. de furt.* sed ille potius regressum capiat contra illum a quo b. f. emit, a quo etiam jure indemnis
53 servandus est *tot. tit. de evict.* Dummodo hunc casum excipias, quando quis aream non quidem derelictam, sed diu vacuam occupaverit, inque illa aedificaverit, ubi dominus areae tenetur expensas refundere, nisi solum ipsum derelinquere malit *l.* 8. *c. de arg. desert.*
54 vid. *cap.* 2. *in fin.* Exinde credo multo magis, si quis alterius aream in urbe occupaverit, ibique hortum plantaverit, quod dominus eumdem licite destruere, et nulla plane refusa possessori impensa aedes exstruere possit, quia praestat urbem aedificiis quam viridariis esse instructam.

55 Tandem etiam destructio privata vel maxime tunc licita, si quis metu controversiae ita occulte aedificat, ut is qui prohibere poterat, prohibere non possit, quoniam ita dolus dolo compensatur, *per l.* 7. §. 3. *ff. quod vi aut clam.* nec quicquam hic juste queri potest damnum patiens, sed verum est vulgo quod dici solet, per quod quis peccat per idem punitur et idem.
56 add. *l.* 39. *solut. matrim.* Neque vero hic interesse puto an statim clam opus factum destruas, an ex inter allo. . icet enim quoad vim apertam cautum sit, ut vi dejectus non aliter deficientem iterum expellere possit, quam si in continenti hoc faciat. *l.* 3. §. 9. *ff.*
57 *de vi et vi arm. l.* 17. *ff. eod.* Attamen puto differentiam esse inter apertam violentiam, et factum clandestinum, illud enim omnino majores tumultus ciet quam hoc; illi majus periculum subest quam huic, illud fit cum resistentia, hoc non; licet fatear, neutrum a judice, si futurum scit, permittendum esse Cur enim ad arma et rixas illos procedere patiatur judex, quos potest jurisdictione sua compescere *l.* 13 §. 3. *ff. de usufr.*
l. 176. *ff. de r. j.* sed hoc saltem fine haec proponuntur, 58
annon illi, qui hac via se defendit, et par pari refert, condonandum, ut ab omni poena etiam ipsius *legis exstat.* 13. *et a can. redintegranda* sit immunis. Quoniam vel maxime ad hunc casum quadrat, quod multa reperiuntur prohibita, quae tamen facta subsistunt et tolerantur. *arg. l. patre furioso* 8. *ff. de his qui sunt sui l. al. jur.* ibique Jason roman. *consil.* 215. *n. et* 5. Barbos. *in at. l.* 6. *c.* 3. *n.* 29.

Atque his dictis apprime lucem affundet responsum 59
celeberrimae facultatis juridicae super violenta destructione operis vi et clam exstructi, accuratissime conceptum *anno* 1677. *d.* 8. *octobr. Hat klagender Rath an* 60
dem Schloss Graben N. ein Accis-Haeussgen zum Behuff des Mühlen-Visitatoris um einiger Unterschleiffe bey der Mühlen zu verhüten contra nunciationem novi operis aufbauen lassen, welches hinwieder von denen Beampten, weil es zum Theil in den Fluss hineingebauet, auch sonst dem Fürstlichen neuen Hause den prospect sehr benommen, nach erhaltenen Mandatis de destruendo niedergerissen, dawieder der Rath theils ex spolio, theils ex interdicto. Quod vi aut clam geklaget, und dass das Haeussgen ante omnia restituiret, und an seinen Ort gesetzet werden möge, gebethen. Derhalb gezweiffelt wird (1.) *Ob das praetendirte possessorium recuperandae possessionis die Fürstliche Beampte dazu obligiren könne, dass sie das vor dem Visitatore contra nunciationem gebauete, und nun niedergerissene Haeusschen hinwieder aufbauen müssen. So scheinet zwar, dass die Fürstliche Beampte zur restitution solches Haesschens verbunden seyn. Weil* 1. *von Sr. Churfürst. Durchl. dem Rath einen visitatoren zu halten und denselben auf der Stadt Grund und Boden ein Hauss zu bauen vergönnet.* 2. *Auch ohne dem einem jedem auf seinem Grund und Boden zu Beförderung seines Nutzens zu bauen frey stehet, ungeachtet der Nachbar dadurch einigen Schaden leidet l.* 24. §. *f. de damn. infect.* 3. *Die Recte aber nirgend zulassen dasjenige privata auctoritate zu destruiren was dergestalt gebauet. sondern* 4. *vielmehr solches pro spolio acthen, welches ante omnem aliam cognitionem zu restituiren can. redintegranda C.* 3. *q.* 1. *zumahlen da* 5. *die Fürstl. Brampte die destruction bei Versamlung vieler Bauren und mit Gewalt verübet, quod vero vi vel clam factum, illud omnino restituendum l.* 1. *pr. ff. quod vi aut clam. Diesem aber und was sonst in actis ex parte senatus angeführet ungeachtet, weil gleichwol* 1. *vermöge der Herrn commissariorum relation, der Rath nicht auf seinem Grund und Boden sondern in loco flummis publico gebauet, zum* 2. *demselben zu rechter Zeit novum opus nunciret, wodurch dem Rath omnis aedificandi licentia benommen, ob er auch gleich recht zu bauen gehabt hatte l.* 20. *pr. ff. de N. O. N.* 3. *keine ordentliche remissio solcher nunciation geschehen. Sondern* 4. *der Rath vielmehr, nach dem er ein Decretum bey der Churf. Regier. einseitig erhaelten, dasselbe aber nicht legitime insinuiret, sothanes Hauss in Abwesenheit der Fürstl. Beampten vi et clam in beyseyn bewehrter Leute in schleunigster Eyl*

aufführen lassen, und dadurch selbst in das interdictum quod vi aut clam ad destruendum opus *verfullen* cum omnis is qui impediit, ne sibi prohiberi possit, teneatur illo interdicto *l.* 1. §. 7. *et* 8. *quod vi aut clam. ungeacht er gleich ein Recht zu bauen haben möchte*, parum enim refert utrum jus faciendi habuerit, annon, non enim debuisset vi vel clam facere *d. l.* 1. §. 2. *ff. d. t. Ob nun zwar* 5. *die Fürstl. Beampte solches Gebaeude selbst hinwieder vi et clam destruiret, daraus ein spolium zu entstehen, oder denuoch derselbe ex interdicto, quod vi aut clam ad restitutionem verbunden zu seyn scheinet, so ist dennoch allerdings zu attendiren, dass* (1.) *der Rath obigen Rechten nach zur destruction verbunden gewesen* (2.) *solche destruction ihm auch von der hochpreisslichen Regierung sub dato d.* 6. *nov. an.* 1676. *anbefohlen worden, und da sie denselben nicht pariren wollen* (3.) *dem Land-Reuter zu S. mitgegeben, sub dato d.* 23. *nov. an.* 1676. *solches gebauete mit bewehrter Hand wieder aufzuheben, den Ort in vorigen Stand zu setzen, und sich ausser Gottes Gewalt nichts davon verhindern lassen.* (4.) *In rechten auch gegründet* quod tali casu vim vi repellere licet, nam si tu vi aut clam aedificaveris, et ego idem vi aut clam demolitus fuero, et uteris adversus me interdicto, exceptio mihi contra te competit *l.* 7. §. 3. *ff. quod vi aut clam*; *haben also die Fürstl. Beampte gethan was der Rath thun sollen, und contra mandatum Superioris nicht thun wollen, Jmgleichen was dem Land-Reuter so ernstlich anbefohlen, denen Beampten selbst aber zu thun in Rechten gestalten Sachen nach nicht verboten. Daraus* 6. *erhellet dass die Spolien-Klage allhier nicht statt findet*, quae illi tantum datur, qui injuste possessione excidit. Gail. *l.* 2. *obs.* 75. *n.* 10. Ziegl. *de restit. spoliat. c.* §. 7. *Nun ist aber gegenwaertige destructio auf gedoppelte Veranlassung der Churf. Regierung geschehen, zugeschweigen dass der Rath nicht einmahl possessionem erhalten, sondern das Gebaeude contra nunciationem vi et clam aufgerichtet. dabey die contraction von den Fürstl. Beampten immer continuiret,* non vero defendit jus can. ejusmodi violentos occupatores, aut invasores, nec ipsis restitutionem concedit. Guttier. *can. quaest. l.* 1. *c.* 34. *n.* 76. Gabriel. *l.* 5. *tit.* 1. *de restit. spoliat. conclus.* 5. *n.* 25. *So halten wir aus diesen und andern im Bericht angeführten Ursachen davor, dass die Fürstl. Beampte solches Haeusschen wieder aufzubauen nicht verbunden. V. R. W.*

61 An autem idem liceat in servitute contra facientem
62 et obstruentem defendenda, dubium. Esto enim, vicinus obscurat aedificando fenestras, quibus servitus ne luminibus vel prospectui officiatur, debebatur, an
63 ego potero de facto destruere? Negativa colligitur ex *l.* 29. §. 2. *ff. ad l. aquil.* Interest enim an quis in alieno, an in suo aedificaverit, et hujus quidem veram rationem arbitror latere in favore libertatis, quae semper praesumitur Menoch. *de praesumpt. l.* 3. *praes.*
64 89. *n.* 1. Mynsing. *c.* 5. *obs.* 25. odioque servitutis *arg. l. Arrianus ff. de obl. et act.* quae nunquam praesumitur, sed semper ab allegante probanda *l.* 5. *ff. si*
65 *usufr. pet.* ibique ddres *l. in re comm.* 26. *ff. de s. p. u.* indeque non extraordinario, sed ordinario remedio illam asserendam esse, dicit Mevius *p.* 3. *dec.* 95. *n.* 2. Quo facit etiam *l. quoniam.* 14. *ff. de o. N. N.* ibi: *qui viam habet, si opus novum annunciaverit adversus eum, qui in via aedificat, nihil agit, sed servitutem vindicare non prohibetur.* Cur ita? Quia nun- 66
ciatio novi operis pertinet ad remedia summaria, vindicatio vero servitutis seu actio confessoria ad ordinaria. Quod si tamen ex aedificantis facto dolus apertus colligeretur, dum de servitute constituta satis conscius noctu aedificat, et dominus praedii dominantis iterum clam destrueret, probata postmodum statim servitute, condonabitur et hoc forte eidem semet in possessione per compendium defendenti *d. l.* 7. §. 3. *ff. quod vi aut clam.* Nec puto admittendum esse aedifi- 67 68
cantem, ut agat ex canone, spoliatus ante omnia restituendus.

Lites etiam haud raro oriuntur, si quis vicini aedes incendio suborto diruat, ne ad se perveniat, an 69
diruens ad damnum resarciendum compelli possit? Ubi quidem immunitas damna resarciendi facile prae- 70
stabitur diruenti, si plane eousque incendium pervenerit, et sine dubio etiam illas aedes, si adhuc stetissent, et plures sequentes consumpsisset. *l.* 7. §. 4. *ff. quod vi aut clam.* Nulla enim poterit imputari culpa, qui id facit, quod publice intererat, et cedere
debebat utilitas privata publicae. Sed hoc prolixioris est 71
controversiae, si quis vicini aedes diruit, ad quas tamen incendium nequidem pervenit, sed antea exstinctum est, adeoque salvae stetissent, an destructor damnum reparare debeat? Affirmare hoc videtur *d. l.* 7. §. 4. ibi: *si ta-* 72
men quid vi aut clam factum sit, neque ignis usque eo pervenisset simpli litem aestimandam, si pervenisset absolvi eum debere. Cui quasi e diametro contradicit 73
l. 39. §. 1. *ff. ad l. aquil.* ibi: *et sive pervenit ignis sive ante exstinctus est, existimat legis aquiliae actionem cessare.* Placet distinguere, an metu justo an injusto 74
aedes vicinas aliquis dissipaverit. Metum justum voco, cum probabiliter et ex opinione cujusvis prudentis atque sagacis flamma aedes illas discissas comprehendere, et ultra serpere potuisset; ejusmodi ergo metus uti 75
quovis jure excusationem meretur, *l.* 5. *l.* 6. *pr. ff. quod met. caus.* et ab omni culpa vacuus; ita destruentem ad restitutionem damni obligare nequit. *arg. d. l.* 49. §. 1. ibi: *justo metu ductus ad l. aquil.* Nec enim injuria hoc fecit, qui se tueri voluit, cum alias non posset *l.* 3. §. 7. *in f. ff. de incend. ruin. nauf.* Gail. *l.* 2. *obs.* 22. *n.* 3. Dn. Brunnem. *ad Wesenb. tit. ad l. aquil. qu.* 5. Zoes. *d. t. n.* 16. Hoc itaque justo metu 76
supposito, corruit illa distinctio, an ignis eo pervenerit, an non, cum magis ex mente gerentis, quam ex eventu fortuito actus aestimandus *l. Pomponius.* 15. *ff. de negot. gest. l.* 8. *ff. mand.* justa illud:

careat successibus opto.
Quisquis ab eventu facta probanda putet:

Quod si autem ex metu vano aedes fuerint rescissae, 77
tunc omnino attendere fas est, an tandem ignis adhuc eousque pervenerit, an non. Ut priori casu ne
sic quidem destruens ad damnum resarciendum teneatur *d. l.* 7. §. 3. *in f. ff. quod vi aut. clam.* Quo au- 78
tem destruens eo facilius suspicionem vani metus amoliri possit, destruat jussu ipsius magistratus, *arg. d. l.* 7. *et l.* 167. *ff. de reg. j. Wissenb. ad d. l. aquil.* §. 16.

Distincta a praecedentibus quaestio est, an aedes 79
illae, quarum ruina ignis cessavit, ita licite rescindi potuerint, ut non dicam a rescindente, sed ne quidem a tota vicinia, cui periculum incendii ex aequo

imminebat, sit resarciendum? Negando pariter respondebis, si in illa ratione subsistere velis: ubi nulla culpa, ibi nulla poena, vel damni restitutio; neque etiam ulterius progreditur actio legis aquil. quam tantum ad damnum culpa dolove datum vindicandum §. 2. *instit. ad l. aquil.* adeoque omnes ddres facile largiuntur, quod si ex lege aquilia agere velit dominus aedium rescissarum, a vicinia nihil sit impetraturus, quippe quae jure merito excipere potest, quod nulla culpa sibimet imputari possit. Ast inde non statim sequitur, ergo nullo remedio dominus damni reparationem impetrare potest. Dantur enim varia remedia damnum vindicantia, quae pro cujusvis negotii natura varie applicanda, ut licet primum ad negotium propositum non pertineat, tamen vel secundum vel tertium locum invenire possit. Quoniam ergo juri nostro non incognitum, quod, si plures in eadem navi merces habuerint, et orta tempestate quorumdam merces navis levandae causa ejiciantur, tunc omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum, et commune detrimentum fiat eorum, qui propter res aliorum amissas consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent *l.* 1. *l.* 2. *ff. ad l. rhod. de jactu.* Inde jam *Glossa*, *Baldus*, *et ddres* inferunt et colligunt, damnum pro communi utilitate acceptum commune esse debere, et in specie, si pro salute totius vicinae, ne ignis omnia consumat, et latius serpat, domus vicini diruatur, quod omnes vicini ad damnum illud reparandum in commune contribuere debeant. Gail. *l.* 2. *obs.* 22. *n.* 3. *et* 4. Zoes. *ad ff. tit. de l. aquil. n.* 16. Dn. Brunnem. *ad d. l.* 49. *n.* 2. *et* 3. Modestin. Pistor. *cons.* 16. *n.* 9. *et* 16. Peck. *ad d. l.* 2. *ff. ad l. rhod. de jact.* Prout etiam in casu, quo arcendi impetus hostilis causa domus alicujus privati comburitur, ex eadem aequitate argumentatur Sande *l.* 3. *t.* 7. *def.* 3. add. dn. Praes. *in tr. de jure sens. diss.* 9. *c.* 5. *n.* 28. *seqq.*

Ad damnum licite datum pertinet etiam, quod susceptori aleatorum in domo illatum, utpote frangendo fenestras vel fornacem, aliudve simile percutiendo. Ita enim sonant verba edicti praetorii: *si quis eum ap. quem lusum esse dicetur, verberaverit, damnumve ei dederit, sive quid eo tempore dolo ejus subtractum est, judicium non dabo. l.* 1. *pr. et* §. 2. *de aleator.* Durum quidem hoc, nec satis aequitati, quam semper ob oculos habet praetor *l.* 4. *in f. ff. de eo quod cert. loc.* convenire videtur, adeo laxare frena licentiae, privataeque libidini. Ideoque juris religiosissimus dn. Brunnemann. *d. l. n.* 2. optime subjicit, *sint sane illi, qui aedes suas praebent lusoribus, digni injuria, nos tamen indigni, qui aut faciamus, aut invitemus,* quo ipso monito quidem quivis ingenuae solidaeque mentis facile non tantum ab illorum convictu abstinebit, ipsoque honestatis ductu nihil contra honestatem studio machinabitur. Quidsi tamen damnum factum, res quaedam in domo receptoris laceratae, destructae? Puto nihilominus ultionem cessare, quod facile concedunt in rebus minoris pretii, levique injuria. Groenwegen *ad tit. ff. de aleator.* Menoch. *l.* 2. *a. j. qu. cas.* 400. *n.* 16. sed et in graviori damno jam tum dato cessabit actio; quia non omne quod inhonestum, si commissum, statim poenae subjiciendum, vel licet factum punibile, non tamen illi indulgenda actio, qui causam ulut remotam praebuit, vel rei illicitae operam dederit. Subsistunt enim saepe facta, et toleranda, quae fieri prohibebantur, praesertim in hoc casu, ubi privatus saltem partes judicis supplevit, et quod damnum in poenam ejusmodi susceptori infligere debebat judex, ipse exsecutus est, hocque eo magis hic erit tolerandum, si damnum illud non tam dolo, et ex proaeresi, quam ex culpa aliqua et iracundia, rixaque, quae inter lusores frequens, ortum traxerit. Non tamen diffiteor, judici hoc casu licentiam manere salvam et dominum aedium, et damnum inferentem ex officio puniendi. Denegata enim actio non tollit interesse publicum. *l.* 13. *ff. de offic. praesid. l.* 9. *ff. de publ. et vectig.*

Destruendi licentiae locum etiam faciunt insignia principis praedio privato illicite affixa. Multa enim gaudebat olim illud praedium immunitate quod effigiem divalem prae se ferebat adeoque nemini privato licebat eamdem domui suae affixam habere, nisi consensu principis. *l.* 1. *c. ut nemo privat. tit. praed. suis.* Quod si autem quis in fraudem fisci illam privata auctoritate usurparet, poenis severioribus subjiciebatur. *l.* 2. *c. d. t.* et ultra eas cuivis tam libero, quam servo sine metu calumniae, vel accusatione criminis, licentia ejusmodi effigiem deponendi, frangendi, et conscindendi ministratur. *d. l.* 2.

Coronidis loco annectendum putavi, quam licentiam ministret venditori Ulpianus. *in l.* 1. §. 3. *ff. de per. et comm. rei vend.* ubi agitur de eo, qui vinum sine doliis vendidit, sed nondum admensus est, et tradidit. cum ergo dies ad metiendum praestitutis elapsa, et venditor ipse opus haberet ad vindemiam dolia, denunciassetque emptori, ut aut tollat vinum, aut sciat futurum ut vinum effunderetur, quaeritur quid liceat venditori post factam denunciationem? Et respondetur *in d. l.* quod possit *vinum effundere.* Quae verba quidam naturaliter intelligunt, ut etiam in terram vinum effundere, et ita penitus perdere liceat. Sed cum haec sententia malitiam spiret, omnique humanitati adversetur, ut etiam aliud, quicquid fieri potest, faciendum potius censeat dn. Brunnemann. *ad d. l. n. fin.* quam ut vinum effundatur, hinc magis civiliter alii interpretantur, ut in alia quaevis vasa, etiam aperta, vinum ex doliis apertis venditor effundere possit, licet exinde damnum crescat emptori, quia spiritus ex vino ita omnis exhalatur, ejusque sapori, odori, et valori multum decedit; damnum tamen hoc culpa sua, moraque sentit, et hinc sentire non videtur. Sed ne haec quidem licentia a Jcto probatur *in d.* §. 3. dicendo. *Si tamen cum posset effundere, non effundit, laudandus est potius ea propter mercedem quoque doliorum exigere potest.* Adeo non omne statim quod licet, honestum laudeque dignum est! Et bellissime Gothofredus *ad d. l. lit. p. in fin.* subjungit: *hoc consilium Jcti quoties apud me diligentius retracto, audenter jam dicam, inter Jctum et virum bonum nihil interesse; certissimam denique ad coelum viam esse nostram juris professionem, si ad aequum et bonum revocetur.*

CAPUT IV.

De damno rebus alienis licite illato in auferendo.

SUMMARIA

em alienam auferentis poena. n. 1. seq.
An rem propriam ab alio auferre licet? n. 3.
An quis rem suam vindicare potest a tertio non restituto pretio? n. 6.
Aff. n. 10.
Resp. ad contrar. n. 13.
Quid juris hoc casu in judaeo? n. 14.
Quod si tertius rem meum cum protestatione emat? n. 20.
An emptor novus conductorem expellere potest? n. 27.
An tempore necessitatis furtum licitum? n. 32.
An tempore necessitatis stupro indulgere liceat? n. 41.
An ablatum tempore necessitatis restituendum domino? n. 43.
An bannito bona auferre licet? n. 46.
Affirm. n. 51.
Sed temperatur. n. 54.
An licite fit furtum illi, qui suscipit aleatores? n. 57.
An licet obligationem ab illo extorquere, quem occidere licebat? n. 65.
An pignorare liceat res alterius in meo deprehensas? n. 69.
An eques iter faciens in agro alterius equum pascere potest? n. 74.
An fructus in alterius horto decerpere liceat? n. 75.
An columbas alienas in meo capere licet? n. 76.
An dominus ex possessione fundi dejectus, possessorem licite turbare potest? n. 86.
An virginem alteri praeripere licet? n. 91.

1 Satis angustis haec licentia circumscripta est limitibus, ut vix unquam res alienas vel rapere, vel surripere, vel occupare permissum videatur. Deterret enim a rapina tripli restitutio *pr. inst. de vi bon. rapt.* ultroque sceleris gladius, *const. crim. Caroli V. art.* 126.
2 Furtum autem et clandestinae invasiones, cum et ipsi juri naturae sint contrariae. §. 1. *j. de obl. ex delict.* et dupli et quadrupli restitutione, vel etiam pro frequentia et gravitate admissi laqueo coercentur. Unde ergo justitia auferendi, et rem alienam invadendi?
3 Quin imo tanto odio hasce auferendi libidines jura detestantur, ut ne quidem rem propriam ab alio hactenus detentam impune auferre liceat, sed eo ipso dum aufero, excido ullo, quod habebam, jure res meas a quolibet vindicandi *l. exstat.* 13. *ff. quod met. caus. l. si constiterit.* 4. *c. fin. regund. l. si quis in*
4 *tantam fin. c. unde vi.* §. 1. *inst. de vi bon. rapt.* Si quis enim putat se habere petitionem, actionibus experiri debet *d. l. exstat. et pr. inst. de act.* De quarum legum observantia in foro civili non nisi illum. optimarum ignari dubitant. Dn. Praes. *ad* §. 1. *inst. d. t.* Sit itaque nostrae jam disquisitionis, qua ratione aliquando a tramite hujus sanciti deviare, et damnum patrimonio alieno inferre liceat *auferendo.*
5 Id quod arbitror dupliciter potissimum contingere posse, vel manu praetoria, vel privata. Prius uti securius, ita et prius examinandum. Ubi quidem se non ignobilis offert quaestio, an dominus rem suam a tertio b. f. possessore licite recuperare possit, non refuso pretio? Expedita utique est affirmativa; si ter- 6
tius possessor titulo possidet lucrativo. *arg. l. 6. ff. de his quae in fraud. cred.* at quid de eo sentiendum, qui ex titulo oneroso possidet, qui b. f. a non domino emit, aut permutavit? Negativam forte tuebuntur, 7
qui aequitatem extra lites somniant, ubi non est suaeque decisionis rationem collocabunt primo in b. fide mentis, quae possidenti idem praestat, quod veritas domino *l. 136. ff. de r. i. l. 5. §. 2. ff. de reb. eor. qui sub tut.* deinde in probabili ignorantia mentis, quippe qui inter occultas hominum fraudes et machinationes scire non potuit an res sit furtiva, an secus! ut 8
hinc ob probabilem illam ignorantiam excusationem utique mereatur emptor *arg. l. 48. ff. de fidejussor. l. fin. in f. ff. pro suo.* maxime cum et res aliena in emptionem venire possit. *l. rem alienam.* 28. *ff. de contrah. empt.* deniq; nemo sine sua culpa damno 9
erat afficiendus, dum factum cuique suum, non alii, nocere debet. *l. 185. ff. de r. j. l. 49. d. t.* nec alieno odio aliquem gravari convenit. *c.* 22. *de r. j. in 6to.* Verum contraria sententia sicuti dilucidis legibus est 10
decisa, *l. 23. c. de r. v. l. 3. c. eod. l.* 32. §. 4. *ff. de admin. tutor. l. in civile.* 2. *c. de furt.* ita minori scrupulo subjicienda, cum plurima quoque ddrum pars consentiat, Farinaco. *de furt. qu.* 177. *p.* 3. *n.* 29. Wurmbs. *pract. observ. l.* 1. *t.* 31. *obs.* 1. *n.* 1. et quos allegat Frantzk. *l.* 2. *resol.* 9. *n.* 42. Quod etiam 11
jure saxonico tenet *Land-recht. l.* 2. *art.* 26. ibi: *Seine Pfennige aber verleust er, die er darumb gab, und jener behaelt sein Guth.* Caute enim est mercandum, *d. l.* 2. *c. de furt.* nec debet is, qui cum alio contrahit, ignarus esse conditionis illius, cum quo contrahit, *l.* 19. *pr. ff. de r. j.* Praeterea absurdum est, aliquem rei suae posse esse emptorem *l.* 22. §. 3. *ff. mand. l.* 45. *ff. de r. j.* Mansit enim dominus, qui 12
jam vindicat, cum non potuerit sine sua voluntate per factum alienantis improbum dominio suo privari. *l.* 11. *ff. de r. j.* nec idem in emptorem transferri *l.* 54. *d. t.*

Nec obstat, quod damnum insigne incurreret emptor; si restituere deberet sine pretio, quod magno 13
emit. Nam et ipse dominus haereret in damno, si rem suam sine sua culpa ablatam pretio demum restituto reciperé deberet, praesertim cum et emptor damnum, quod patitur ex ipso venditore, semper resarcire possit actione empti, tenetur enim ille ad evictionem etiam non promissam. *l.* 6. *c. de evict.* At 14
dicetes, non facile sui copiam faciet ille qui mala fide vendit; imputet tunc sibi emptor, quod ab ignoto et transeunte emerit. Non ergo sapit hodiernam illam aequitatem saxonicam antiquior illa constitutio, qua privilegium hoc Judaeis veteratoribus concessum ut res furtivas emptas vel pignori acceptas restituere non teneantur domino, nisi refuso prius pretio, per text. in *Land-recht l.* 3. *art.* 7. *ibique Weichbild. art. fin.* Cur enim illorum malitiae, qua res furtivas 15
omni modo ad se attrahunt et receptant, adeoque

majorem furibus peccandi occasionem subministrant, indulgendum in damnum ipsorum christianorum, quin potius eadem qua fures poena odioque digni *l.* 1. *ff. de recept. l.* 1. *l.* 2. *c. eod.* Justa illud ἀμφότεροι κλῶπες καὶ ὁ δεξαμένος καὶ ὁ κλέπτης. Et hinc optima ratione improbatam testatur hanc constitutionem. Virgil. Pingizer. *qu.* 49. *n.* 30. Sichard. *in l.* 2. *n.* 2. *c. de furt.* Nec in foro saxonico observari asserit Georg. Schultz. *in sinops. instit. tit. de oblig. qu. ex delict.* add. Philipp. *in usu pract. instit. l.* 2. *Eclog.* 32. *n.* 5. Et illa quidem sententia non solum in fure vendente procedit, sed et in alio quovis facultatem rem in extraneum alienandi non habente. Ita pupillus, si tutor res ejus alienavit sine justa causa, vindicare easdem potest a quovis, sine pretii restitutione. Idem in illo, qui res fideicommisso obnoxias in extraneum transfert *l. f. c. comm. de leg. et fideic.* Inprimis vero hoc notandum in casu, quo quis mercatorem dolose inducit, ut merces sibi vendat, ubi licet hic veterator in alium b. f. accipientem easdem transtulerit, tamen primus venditor etiam a tertio merces dolose venditas auferre posset. Carpzov *p.* 1. *c.* 18. *def.* 19. impedit enim dolus dominii translationem *arg.* §. 41. *inst. de r. d.* et hinc ex natura dominii res suas a quovis tertio detentas vindicat. Neque aliter dicendum de tertio rem specialiter hypothecatam emente. Licet enim creditori hypothecario contra tertium possessorem agenti competat exceptio excussionis, si debitor principalis adhuc fuerit solvendo *nov.* 4. *c.* 2. Carpzov. *p.* 2. *c.* 18. *d.* 18. tamen secus se res habet in hypotheca speciali, qua magis rem afficit, nec patitur exceptionem excussionis. *nov.* 112. *c.* 1. Dn. Praes. *caut. contr. sect.* 2. *c.* 4. §. 16.

A dicta tamen sententia *n.* 10. posita communiter recedunt, si emptor a non domino emitrem alienam cum protestatione, se velle in gratiam domini emere, et eamdem restituto pretio reddere. Jacob. Marchis. recollect. quaestion. 142. Echoldt. *ad ff. tit. de furt.* §. 14. Finchelthaus *obs.* 87. et ideo pro cautela tradunt ut emturus, si suspicatur rem esse alienam, protestationem ejusmodi interponat, quo aliquando a domino vindicante pretium repetere possit. Coepoll. *caut.* 25. Wurms. *pract. obs. l.* 1. *t.* 31. *obs.* 1. *n.* 2. Sed recte refutant hanc inutilem cautelam Frantzh. *l.* 2. *res.* 9. *n.* 33. et dn. Praeses *in caut. sect.* 2. *c.* 8. *n.* 48. Richter. *dec.* 96. Perez. *in c. tit. de furt. n.* 13. Quomodo enim emptor jus veri domini sua protestatione intervertere, illumque ad restitutionem pretii obligare posset? Protestatio enim conservat jus protestantis, quod habet, non novum jus tribuit Mangil. *de evict. quaest.* 169. *n.* 38. Et licet contrarium sentientes urgeant, quod ita negotium domini gessisse videatur emptor, et hinc ejus nomine damnum sentire non debeat *l.* 2. *ff. de neg. gest.* Nullibi tamen lies supra citatae hujus restitutionis faciunt mentionem, sed generaliter loquentes merito generaliter intelligendae. Neque hic principaliter alienum, sed quam maxime suum gerit negotium, dum hac gestione ab omni metu, omnique periculo se liberare cupit, cum potius jura velint, ut emptor venditorem probe attendat, *dass sich ein jeder an seinen Mann halte*, ideoque evictionem introducere voluerunt, quam contradicentes ita vel penitus evertunt. Ad *l.* 11. *c. de procurat.* vero ne opus quidem puto responsione, quia de certo saltem, et nequidem dubitabili casu loquitur. Hoc tamen concedunt, quod si quis rem alias perituram emerit, e. gr. a militibus abducendam, dominus nonnisi restituto pretio vindicare possit, *l.* 6. *ff. de captiv. et postl. revers.* Hoc enim casu impossibilis fuisset domino vindicatio, cum abducens juste retinere possit. §. 17. *j. de r. d.* ut hinc utiliter rem ejus gerendo indemnis omnino sit servandus. dn. d. Stryh. *d. l.* add. Philipp. *usu pr. inst. l.* 2. *eclog.* 7. *n.* 7. ubi praejudiciis confirmat. Carpzov. *p.* 2 *c.* 4. *d.* 8.

Porro licitum damnum infert emptor rei locatae, conductori, dum huic rem locatam auferre, eumque ex illa expellere possit *l.* 9. *c. locat. cond. l.* 25. §. 1. *ff. eod.* Lauterbach. *ad d. t.* §. *conductor.* juxta vulgatum illud, *Kauff gehet vor Miethe.* Non obstante, quod tempus locationis nondum praeter lapsum, multumque conductor de injuria sibi illata queratur ob pacta non servata. Si enim interesse aliquod damnumque datum probare possit, regressum poterit instituere contra ipsum locatorem *l.* 24. §. 4. *l.* 32. *l.* 33. *d. t.* dn. Brunnem. *ad d. l.* 9. *c hoc tit.* Berlich. *p.* 2. *concl* 45. *n.* 10. Philipp. *in usu pr. instit. l.* 2. *eclog.* 77. *n.* 4. adeoque non obstat regula, quod nemo in alterius injuriam consilium mutare possit. Non enim patitur revera injuriam, qui omne interesse, quod se habiturum fuisse, probare potest, recipit, licet forte aliquando ob inopiam locatoris excludi possit, nam contra emptorem, imo et donatarium nullam habet actionem, ne quidem ad expensas factas restituendas quoniam nullus obligationis nexus inter hasce personas tenet, licet emptor sciverit rem esse locatam Christin. *v.* 3. *dec.* 113. *n.* 2. per solam enim scientiam aliquis non videtur renunciasse juri communi. Multo minus obstat, quod emptor sine praevia denunciatione locatori facta rem emerit, quoniam hoc non satis expediebat emptori, nisi sibi in tempore melius etiam contra hunc caverit conductor, quod fieri potest vel hypotheca in casum venditionis in re locata constituta, vel securius pacto commissorio adjecto, de quibus pluribus dn. Praes. *in cautel. contr. sect.* 2. *c.* 9. §. 15. *seq.*

Pertinet huc etiam furtum, quod tempore necessitatis exercetur, ubi disquiritur, an illud permissum sit, et extra poenam positum? affirmant hoc multi, sed sunt etiam qui negant, ut Riemer. *decad.* 12. *qu.* 4. Eckhold. *ad ff. tit. de furt.* §. 10. His quidem patrocinari videtur, quod furtum jure naturae sit prohibitum §. 1. *j. de furt.* atqui jus naturae immutabile esse notissimum est *ex* § 10. *j. de j. n. g. etc.* Verum enim vero miror multum, quod hic nodus in scirpo quaeratur, et quisquam ab affirmativa declinare velit, si necessitatem ponas absolutam, quae his potissimum terminis includenda, scil. quod nullum remedium ejusmodi auferenti suppetat, quo victum sibi necessarium paret, quod nec facultas laborandi, nec mendicandi, nec magistratus misericordia supersit, sed nisi auferat, ipsi necessario mors immineat. Id quod contingere in deserto, vel navi facile potest ubi unus peregrinantium et navigantium inopia summa laborat. His praesuppotis quis quaeso culpabit istum egenum, si vitae suae conservandae latrantisque stomachi sedandi gratia auferat illi, qui dives est, qui rogatus denegabat, cui ex isto, quod ablatum,

nullum egestatis periculum imminebat? Nam si alter pari fere egestate laboret, auferens a reatu non erit absolvendus *arg. l. praeses c. de serv. et aqu.*

35 Et hujus quidem licentiae ratio non solum consistit in necessitate, quae semper extra legem posita, et in omni regula certam format exceptionem, vid. *cap.* 1.
36 *l.* 106. add. Barbos. *l.* 12. *c.* 5. *ax.* 16. Sed et in officio humanitatis, qua homo homini in necessitate succurrere est obstrictus, si sine suo ipsius incommodo
37 fieri potest *dd. ad l.* 3. *ff. de j. et j.* Denique consistit haec licentiae ratio in odio ejus, qui inopi petenti denegabat. Dignus enim omnino erat iste avarus Chremes, quem in poenam magistratus compelleret ut daret, hoc ergo deficiente, vel succurrere nolente, quidnam quaeso culpae contrahit, si ipse sibi jus competens exsequitur, quod et alias jura nostra permittunt *l.* 10. §. 16. *ff. de his. quae in fraud. cred.*
38 *l.* 21. *ff. ad l. jul. de adult.* add. *cap.* 1. *n.* 121. Quam licentiam in hisce terminis etiam approbant Grot *l.* 2. *de j. b. et p. c.* 2. §. 6. *n.* 4. Dn. Brunnem. *ad jus eccles. l.* 2. *c.* 18. §. 37. Dn. Praes. *in disp. de*
39 *foro conscient. c.* 5. *n.* 9. *seq.* Longe ergo alia est ratio, ubi quidem auferentem summa premit necessitas sed tamen mendicando aut a magistratu necessaria alimenta exprimere potuissent; sic enim cum revera crimen furti contrahatur, ab omni poena non erit immunis pronunciandus, vid. *cap. si quis propter ne-*
40 *cessitatem. X. de furtis.* Neque vero obstat, quod furtum sit contra jus naturae immutabile, licet enim illud in thesi semper sit immutabile, non est tamen novum, quod in hypothesi mutetur, nam turpe est etiam, occidere, sed non est turpe, suae defensionis causa alterum occidere *l.* 3. *ff. de j. et j.* turpe est patri filium vendere: sed excusat necessitas *l.* 2. *c. de patr. qu. lib. distrah.* ad dn. Brunnem. *ad reg.*
41 4. *jur. canon.* An autem ob extremam necessitatem sicuti furari, ita et liceat stupro indulgere? Negant facile, nec praeter rem, omnes de quo prolixius dn. Brunnemann. *ad reg. can.* 4. *p.* 47. Ahasver. Fritsch.
42 *diss. de jure necess.* Res enim, cujus usus hic communicandus, non est sub absoluta dispositione hominis, ut bona alia, cum nemo sit dominus membrorum suorum *l.* 13. *ff. ad l. aquil.* et hinc potius mors eligenda, quam ille corporis abusus.

43 In eo non consentiunt ddres, an ablatum tempore necessitatis restitui debeat domino, si auferens ad meliorem fortunam pervenerit? Sunt enim, qui plane
44 negant, sunt, qui inter forum externum et internum distinguunt, sed sequissima ratio mihi visa eorum, qui auferentem ad restitutionem obligant tam in foro poli, quam soli dn. Brunnem. *de j. eccl. l.* 7. *c.* 18. §. 38. *ibique not.* Dn. Praes. *disp. de foro conscient. c.* 5. *n.* 22. *ibique alleg.* quoniam nulla donatio praesumitur, sed potius alia causa fatua *l.* 25. *ff. de pro-*
45 *bat.* ibique ddres; nemoque in necessitatibus praesumitur esse liberalis *l.* 18. *ff. de adim. vel transf. legat.* Diceres imo in poenam avaritiae et extremae immisericordiae debebat retinere iste egenus ablata. Respondeo, nec poena praesumitur: ubi nulla expressa; Barbosa *l.* 14. *c.* 41. *ax.* 41. Damnum itaque hoc, quod hic infert alter auferendo, non est perpetuum, sed suo tempore resarciendum.

46 Transimus jam ulterius ad quaestionem, an bonis banniti licite damnum inferre eademque auferre eui-

cumque liceat? Quaestio haec inanis videtur, quoniam bona banniti fiscus ad se trahit *arg. l.* 31. *pr. ff. depos.* adeoque non entis nullae videntur affectiones. Verum sermo noster non est de bonis praesenti- 47
bus, quae tempore bannitionis procul dubio publicantur, sed quae postea durante tamen adhuc banno, forte acquisivit, in his an damnum fieri possit, altioris est indaginis. Quod antequam decidamus, exa- 48
minandum est, an bannitus post factam banni declarationem ad sequirendum habilis sit? Id quod affirmant *per l.* 22. §. 5. *ff. mand.* Peregrin. *de jure fisci. l.* 1. *n.* 132. Hieron. Gigas *de crimine laesae maj. qu.* 7. Nellus *tract. de bannitis. p.* 1. *qu.* 18. Frankz. *l.* 3. *resp.* 1. *n.* 567. Sed non sine causa haec sen- 49
tentia in dubium vocari potest quoad acquisitionem in territorio ubi sententia banni lata, ibi enim omnia jura civilia illi censentur adepta; et pro mortuo ad instar deportatorum habetur §. 1. *inst. quib. mod.* 50
jus. patr. pot. Andreol. *contr.* 58. *n.* 17. ut hinc ne quidem ad legitimam illum admittere velit dec. *vol.* 3. *conf.* 86. nec naturaliter possidere dicat Joseph. Ludov. *decis. Perus.* 11. *n.* 13. quoniam male meritus publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet *d. l.* 31. *pr.* 51
ff. depos. Hoc jam praesupposito tandem illa licentia bannito bona auferendi colligi posset, quam confirmat clausula illa solemnis in recess. imperii et sententia bannitoria expressa, *an seine Leib und Guth-kan sich neimand verfechden*, inde illum impune depraedari posse, quia potest impune occidi, dicit Sebast. Medic. *reg.* 5. *n.* 17. *formul. de moment. temp. cap.* 26. *n.* 2. Sed illam licentiam nondum exin- 52
de satis probari posse puto, quia licet concedam, quod cuivis licitum sit, bannitum depraedari et a poena tam rapinae quam furti immunis sit, ita ut ne quidem actione furti a spoliato conveniri possit, quoniam bannitus actionem instituere non potest, sed a limine judicii repellendus. Gail. *de pace publ. l.* 2. *c.* 12. *n.* 1. *seq.* Mynsing. *l.* 3. *obs.* 30. Hillig. *in Donell l. c.* 4. *lit. c.* Interim tamen nondum exinde probatum, 53
quod spoliator rem ablatam retinere possit, sed illam omnino vindicare potest fiscus, *arg. l.* 9. *ff. de jure fisci.* ibique dd. sicuti etiam statutum, omnes obli- 54
gationes, juramenta, pacta, et actiones ex parte bannitorum cassa et nulla penitus esse. *ordin. camer. p.* 2. *t.* 9. §. 2. *et cap. felicis de poen. in* 6*to* Sed nul- 55
lum hic dubium, quin illae obligationes derivatae sint in fiscum, eique pariant actionem, adeo, ut debitor nequidem sponte possit licite solvere debitum deportato *d. l.* 31. *pr. ff. depos.*

Hoc facilius admitterem, si quis culpa aliqua da- 56
mnum bonis banniti ab eo hactenus detentis corrumpendo ita inferret, ut inferens nullum exinde lucrum verum perciperet, quod nec ad restitutionem damni dati cogendus sit a judice. An autem bannitus impune possit occidi, vid. dn. Brunnem. *proc. crim. cap.* 8. *m.* 3. *n.* 40. Carpzov *pr. crim. qu.* 140. *n.* 135. Menoch. *a. j. q. l.* 1. *cas.* 90. Valer. *diss. utr. for. verb. ad ult. n.* 4.

Non multum a prioribus abhorret licentia spoliandi 57
illum, qui suscipit aleatores, prout hoc expressis verbis conceditur *in l.* 1. *pr. ff. de aleat.* ibi: *sive quid eo tempore dolo ejus subtractum est, judicium non dabo. et* §. 2. ibi: *verum furtum domi, et eo*

tempore, quo alea ludebatur, licet lusor non fue-
58 *rit, qui quid eorum fecerit, impune fit.* Tanto sane odio apud romanos cordatiores gravabantur susceptores, qui alimenta nequitiae suppeditant, ut illos ceu hostes rei romanae publicos haberent, in quos cuivis omnia
59 fere liceret. add. *l. fin. c. de aleator.* At itane fas erat hoc privato concessisse, quod per magistratum fieri debebat? *l.* 176. *ff. de r. j.* Hic sane bona malefici poterat publicare, poterat mulctare, sed grave erat privato commisisse executionem poenae sine praevia causae cognitione, cum tamen et diabolus prius audiri debeat, antequam executio contra illum decer-
60 natur; quapropter hanc licentiam quidam ita restringere voluerunt, quod talis auferens saltim non possit conveniri actione furti poenali, bene tamen teneatur conditione furtiva. Quibus etiam quodammodo suffragatur §. 2. *d. l.* verb. *impune fit.* Quos tamen aperte
61 refutat §. 3. *d. l.* Zoes. *ad ff. d. t. n.* 2. Equidem abitror, quod honestatis amator hanc sibi licentiam factam esse neutiquam opinabitur, sed procul aberit ab hac lascivia; licet enim non indignus sit illo damno, qui petitur, tamen indignus est omnis, qui hisce sordibus se immisceat, nihil enim decori illud sapit, sed ad minimum levitatis et pusilli animi notam prae se fert, sinistramque ap. honoratiores acquirit opinio-
62 nem. vid. *c.* 3. *n.* Quod si vero hac licentia subnixus bona aliorum surripere, et ita ditescere studuerit, adhuc quidem verum puto, quod praetor judicium contra spoliatum non dare debeat, in pari enim causa turpitudinis melior erit ratio possidentis *l.* 3. *ff. de*
63 *cond. ob. turp. caus.* Inde tamen non denegenda est fisco actio, ut illa injusta lucra a possessore extorqueat. Receptum enim est inter ddres, quod scelere quaesita fisco vindicanda, si nemo alias vindicandi jus habeat. dn. Brunnemann. *ad l.* 9. *n.* 2. *ff. de j.*
64 *fisc.* prout liquidius est in casu, quo judex pecuniam accipit, ut injuste judicet.

65 Hoc adhuc annectendum erat, si quis privatus ab alio, quem licebat occidere; extorserit obligationem, quaeritur an hoc ita licite fiat, ut postea ex illa agere, summamque in ea promissam petere possit? Contigit hoc in facto ubi maritus adulterum cum uxore concumbentem deprehendit, et cum liceret occidere, ingentem summam promittendo delinivit maritum, et mortis periculum declinavit, postea marito agenti ex obligatione, excipit adulter metu extortam esse obligationem, adeoque nullam declarari petit. Quid ergo ju-
66 ris? Transectionem in crimine capitali validam esse diceres. *l.* 18. *c. de transact.* et metus exceptionem non recipiendam esse, ubi metus a parte inferentis fuit licitus. *l.* 7. §. 1. *ff. quod. met. caus. l.* 21. *pr. ff. eod.* Jam vero et marito licebat metum mortis, imo mortem ipsam inferre adultero *l.* 24, *ff. ad. l. jul. de adult.* Ubi vero mortem inferre permissum,
67 ibi pecuniam accipere ne occidat, nil vetat. Concederem tamen hoc, si de vili adultero sermo sit, quem
68 maritus occidere poterat. Quod si vero adulter sit splendidioris notae, quem non impune occidit maritus, ideoque si metum mortis intentaret, quod jus non habet, eoque ipso obligationem aliquam extorqueret, concideret omnino illa obligatio, actionemque non pareret, secus foret in parente adulterae, qui jus occidendi semper habet *l.* 21. *ff. ad l. jul. de adult.* et hinc si ei metu mortis quid promissum, licite etiam exigere poterit. *d. l.* 7. §. 1. *ff. quod. met. caus.*

Ad licentiam auferendi refero etiam pignorationes, 69
quando scil. aliquis pro suo jure conservando alterius res aufert, et pignorat. Quod quidem jure civili illici- 70
tum creditur ob odium privatae auctoritatis *per l. extat* 13. *ff. quod. met. caus.* adeo ut si quis in suo agro alienum pecus deprehendat, istud neutiquam capere et includere liceat, utut depascendo damnum dederit, sed illud potius expellere debet perinde ac si suum pecus deprehendisset *l. Quintus Mutius* 39. *ad l. aquil.* reservatis super damno dato actionibus competentibus. 71
add. disp. dn. praesidis *de jure pignorandi. c.* 1. *n.* 27. *seqq.* Ast quoniam haec pignorandi licentia aequitati naturali non penitus refragatur, facilius hoc in passu per mores derogari potuit juri civ. Et jam qui- 72
dem consuetudo tenet satis firma, quod quis pro jure suo conservando pignorare possit. Groenwegen *de llbus abrogatis ad l.* 39. *ff. ad l aquil.* Hahn. ad Wesenb. *tit. si quadrup. paup. fec. n.* 6. Carpzov. *p.* 2. *c.* 27. *def.* 1. Quocirca si in agro meo, horto, vineave 73
mea alterius pecudes depascentes invenero, statim capere mihi et includere licet, quo eo magis cautus sim de damno per pecus dato restituendo, non tamen diu intra privatos parietes retinere licet, sed quam primum fieri potest, judici tradenda res pignorata. vid. *d. disp. c.* 4. *n.* 36. *seqq.* Carpz. *p.* 2. *c.* 27. *d.* 2. an autem pecus in alieno repertum domino liceat occidere, decisum vide pariter. *in d. disp. c.* 4. *n.* 28. *seqq.*

Sed illa licentia pignorandi se nec hodie extendit 74
ad iter facientem qui ad viam equum suum pabulare audet, quin potius permittitur ipsi, ut quando propinquius secundum viam stans in loco agroque privato amplecti potuerit, ad refectionem et reparationem equi sui impune ipsi porrigat 2. *feud.* 27. §. *fin.* Strauch. *ad jus. justin. diss.* 7. §. 10. Thomae *tract. de noxia animal. c.* 15. Caepoll. *de s. r. p. c.* 9. *n.* 12. Sic etiam notandum, nec jure divino poenam 75
aliquam infligendam esse illi, qui poma, pira, uvas, nucesque in alienis hortis decerpit, et in eodem loco ad satietatem usque comedit. Deut. XXIII, 23. Caepoll. *d. l.* Math. Steph. *ad const. crim. ad art.* 167. cui licentiae hodie credo tam per luxuriam auferentium, quam tenacitatem dominorum et fructuum, paucitatem esse derogatum.

De columbis est quaestio, an alter alteri impune 76
illas aufferre possit, et includere? Juxta Saxones affirmandum hoc videbatur, apud quos receptum est, *die Tauben haben kein Recht*, adeoque injuriis occupantium videntur expositae. Sed probe distinguen- 77
dum inter varia columbarum genera. Sunt enim vel ferae, quae in sylvis degunt, vel mansuefactae, Germanis *Feld-Flichter*, vel mansuetae *Hause-Tauben*. De feris dicterium antecedens saltem intelligendum 78
venit per §. 12. *instit. de r. d.* adeo ut quamprimum hae ab aliquo quidem captae, sed rursus amissae in libertatem naturalem redierint, quivis eas capere possit, nec priori detentori reddere sit obstrictus. De 79
mansuefactis vero ex veriori sententia tenet, quod illae tamdiu nostrae manent, quamdiu consuetudinem non deposuerint per §. 15. *j. de r. d.* et hinc licet in alterius columbarium pervenerint, hic non statim il-

las suas esse, asserere, multo minus includere debet.

80 Quod si vero detinet, vel inescat, furti crimen committit, et hinc alterum optimo jure puto posse agere, non solum ut columbas detentas restituat, sed et duplo plures, pro una scil. tres, et ita porro, addita insimul a judice poena arbitraria *l.* 8. §. 1. *ff. fam. herciscund. arg. l.* 37. *ff. de furt.* Carpzov. *p.* 4. *c.* 26.

81 *def. fin.* Schneid. *ad* §. 15. *ff. de r. d. n.* 3. ubi quidem satis stolide dominus detinens opponeret, in meo facere licet pro lubitu, adderem enim cum meis, non cum alienis, alias et pecora aliena in meo agro occidere forte liceret. add. Caepoll. *de s. u. p. c.* 77.

82 Quod si forte columbae ad meum columbarium perveniant, ad id non possum a domino compelli, ut illas expellam, aut permittam, ut ille in meo capiat, quoniam quasi libertati harum est relictum, utrum dominum eligere velint, ut ceu fugitivae a quovis vindicari nequeant, nec ad exhibendum agi possit nisi contra detentorem, vel dolose allicientem. arg. *d.*

83 §. 15. De mansuetis vero hoc juris domino priori est relictum, ut intra triennium a quovis detentore reperi possint instar gallinarum, anserumque mansuetorum, quorum dominium non ex revertendi consuetudine dependet, sed ex arbitrio ipsius domini prioris, qui illas capere et auferre potest in alieno, per

84 §. 16. *j. de r. d.* Sed estne cuivis licitum ejusmodi columbas mansuefactas, quae scilicet in agris pabula

85 sua quaerunt, habere? Quod non puto, sed tantum illis, qui agros simul possident extra urbem, ut hinc competere hisce putem jus prohibendi illos, qui nihil possident, et tamen ejusmodi columbas in magna copia habent, non enim pecus suum in alieno licet pascere sine constituta servitute. *l.* 1. 2. 3. *c. de pasc. publ. et priv.*

86 Evenit saepe, ut non dominus dominum ex fundo suo dejiciat, ubi quidem in continenti invasorem propria auctoritate expellere iterum permissum *l.* 3. §. 9. *l.* 17. *ff. de vi et vi arm.* sed ex intervallo non licet, turbare tamen juxta ddres licet illum invadentem in sua possessione. dn. Brunnem. ad Wesenbec. *tit. uti possidetis qu.* 3. Quid hoc? Sane non solum verbis

87 turbare, seu dicere alterum injuste possidere, non esse dominum ipsius praedii, sed et facto licet, *jch kan ihm das Gras von der angemassten Wiesen, dass Korn von dem Acker lassen wegführen.* Quam quidem 88 licentiam potissimum ex eo derivant et colligunt, quoniam ita turbatus opus haberet, ut ageret interdicto uti possidetis, quo se a turbatione liberet, hoc vero si instituat, obstabit ipsi exceptio vitiosae possessionis §. 4. *j. de interd.* qua probata, non amplius manuteneri potest, sed cedere cogitur. Verum enimvero 89 licet turbatus ex hoc interdicto victoriam causae non reportaturus sit, tamen non dubito quin obtinere possit, si egerit ex famosa *l. extat.* 13. *ff. quod met. caus. et* §. 1. *j. de vi bon. rapt.* Excidit enim ille, 90 qui res suas vi alteri abstulerit, omni rerum suarum dominio, et ita quod jure retinere non potuisset possessor, sed ex interdicto recuperandae possessionis domino restituere fuisset coactus, jam restituta et evicta licet possessione, tamen fructus hosce raptos a domino, in odium violentiae repetere et retinere liceret. Quamvis dispositio *l. extat.* proprie violento possessori praesidium vix praestet.

Coronidis loco de virgine, cujus amore sibi multum 91 licere putat amens amator, quaerere licet, an alter alterius virginem, quam suam quasi dicit, et sibi animo jam sponsam destinabat, auferre, sibique, contradicente licet amatore antiquo, conjugio jungere licet? Et credo nihil hic illiciti contineri, imo dignus 92 erat hoc ludibrio amator antiquus, qui spe sua deturbetur, dum non exponit mature, quod animo destinaverat, hoc enim animo retentum nihil operatur, nullumque jus ex solo proposito acquiritur. *l.* 7. *c. de condict. ob caus. dat.* Aliud est quaestionis, an spon- 93 sam alterius seducere, aut auferre licet? Ubi quidem sponsalia posteriora nulla et irrita declarant communiter, dum sponsalia priora semper praevalent posterioribus, licet ad posteriora benedictio sacerdotalis, et concubitus accesserit, quia omne illud quod contra leges factum, ipso jure nullum. *l.* 5. *c. de libus c.* 31. *X. de spons.* Berl. *p.* 4. *concl.* 25. *n.* 67. licet pro posterioribus hoc passu pronuncient dn. Brunn. *de j. eccl. l.* 2. *c.* 16. *n.* 8. Carpz. *jurispr. consist. p.* 1. *def.* 66. ita tamen ut hic modus auferendi non plane sit licitus, sed ad poenam nihilominus magi- 94 stratui, parti vero laesae ad interesse teneatur non tam auferens, nisi dolus ipsius probari possit, quam ablata, seu sponsa.

CAPUT V.

De damno rebus alienis illato intercipiendo et avertendo.

SUMMARIA

An differant τὸ *intercipere et auferre? n.* 1.
An novam molam exstruere licet si commodum civile molae antiquiori intercipiatur? n. 7.
An venas putei vicini obstruere, et aquam intercipere licet? n. 9.
An licet ex alterius horto examen apum domino intercipere? n. 21.
An rem ex alterius domo derelictam auferre licet? n. 29.
An thesaurum in alieno repertum intercipere licet? n. 35.
An unus vel pauciores caeteris civibus peregrinas merces possunt intercipere? n. 39.
An tutor rem a pupillo conductam lapso conductionis tempore conducere possit in damnum pupilli? n. 50.
An uni parti peritiores advocatos conducere licet? n. 53.
An minor abstinere potest a restitutione petenda ex qua consortibus majoribus lucrum speratur? n. 61.
An dominus directus in praejudicium agnatorum felloniam vassallo remittere possit? n. 66.
An creditoribus pluribus debitori licet partem debiti remittere in damnum pauciorum? n. 80.
An deb. uni creditori prae reliquis solvere potest? n. 98.
An jure retorsionis jus competens intercipere licet? n. 109.
An eamdem negotiationem et artem in damnum alterius exercere licet? n. 115.

Quando contra novos opifices sunt licitae pignorationes? n. 120.

An licet in fraudem proximi agnati testatorem persuadere, ut semet haeredem instituat? n. 129.

An testamento perfecto licet persuadere testatorem, ut haerede deleto semet substituat? n. 147.

1 Non omne quod intercipitur et avertitur aufertur; auferimus enim alteri, quod jam tum possidet, inque ejus est patrimonio; at intercipimus illud, cujus consequendi spem aliquam alter habet, et quod accepis-
2 set, nisi a nobis impeditus fuisset. Indeque etiam distinctim haec proponenda putavi: quamvis regulariter aeque prohibitum sit, commodum proximi intercipere et avertere, quam auferre; utrinque enim da-
3 mnum patitur tam per intercipientes quam auferentes, et illud quidem magis odiosum; quam hoc, quia facilius cavere possumus, ne quid nobis auferatur,
4 quam ne nobis destinatum intercipiatur. Hic quidem apprime proderit favorem hominum captasse et impetrasse, nec ullo laborasse odio et invidia. Multa enim sunt jura quae habemus, nobisque prosunt, sed tamen ex instabili hominum voluntate unice dependent. De quibus nihil magis quam hoc verum est:

Sic volo, sic jubeo, stet pro ratione voluntas.

5 Quod quousque licitum, non licet ob casuum varietatem per regulas determinare, quin potius per specioles casus, uti in praecedentibus, et hic procedendo
6 dum erit. Et quidem quatenus lumen prospectumque alterius aedificando intercipere liceat, jam tum dictum *in cap.* 2. *n.* 47. quatenus in antiquioris molitoris praejudicium per novam molam structam commodum
7 civile adimere liceat *eod. cap. n.* 87. Cui addas, quod in Marchia molendino antiquiori per recens exstructum nequidem commodum civile adimere liceat, adeoque illi jus nunciandi novum opus, seu prohibendi, vel ex eo solo competat, si appareat, *dass der alten Mühlen auf solche Art die Mühl-Gaeste entzogen werden*, Scheplitz. *in promptuario juris tit.* 37. *n.* 4.
8 *et in consuetud. p.* 4. *t.* 23. 4. Sic etiam jam tum actum est *cap.* 2. *n.* 178. quatenus liceat aquam ad alterius agrum utiliter decurrentem structo opere in-
9 tercipere. Cui fere respondet quaestio, an venas seu fistulas ad vicini puteum per meam domum tendentes obstruere, et ita aquae meatum in vicini puteum
10 impedire liceat. Permissum hoc videbatur *in l.* 24. §. *f. ff. de damn. infect.* ibi: *in domo mea puteum aperio, quo aperto venae putei tui praecisae sunt, an teneor, ait Trebatius, non teneri me damni infecti.*
11 Sed accuratius inspicienti patebit in terminis propositis illam licentiam non competere domino, quoniam lex loquitur de domino puteum in suo aperiente, et ita puteum vicini corrumpente, et hinc venas putei vicini in meo obstruere non licet, nisi ipse ego eadem aqua uti velim, quoniam omnis aemulatio, et solum nocendi studium hic prohibitum. vid. *c.* 2. *n.* 20.
12 Unde etiam colligunt, si jam dominus in suo habeat puteum, et in eo loco domus suae, ubi latent fistulae vicini alium in damnum vicini aperire velit, contra jus faciat, quia suam non intendere videtur utilitatem.
13 Porro si mores nostros inspiciamus, ubi, licet in loco quo venae ad fontem vicini, tendunt, dominus ipse fontem aperiat, tamen sine hujus incommodo aqua etiam vicino sufficere posset, modo non de industria ita fontem fodiat, ne aqua ulterius meare possit; unde puto adhuc vicino competere jus contra dominum, ne ex invidia aquam includat. Quod si vero 14
ambobus aqua sufficere nequeat, sic quiescere tenetur vicinus, licet me faciente fons ejus plane deficiat, et 15
exarescat arg. *l.* 6. *c. de serv. l.* 26. *ff. de damn. infect.* ubi haec additur ratio; *quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibeatur.* Quae quidem generalis esse 16
nequit, cum potius et is damnum patiatur, qui lucro uti prohibetur, vel illo privatur. vid. *c.* 1. *n.* 13. Ita- 17
que hic tale lucrum supponendum, quod nondum in esse deductum, sed in terminis meri precarii adhuc subsistit, et ex voluntate concedentis dependet. Dn. Praeses *in tr. de j. s. dissert.* 5. *c.* 3. *n.* 27. *seqq.* add. *huj. disput. c.* 2. *n.* 182. De hoc autem non idem erit 18
judicium, an dominus pati debeat, ut vicinus in illius area fossam ducere et fodere possit, quo fistulas limo forte obstrusas purgare possit; hoc enim cum 19
grave secum trahat incommodum et sorditiem, inde gratis ut patiatur nemo est compellendus. arg. *d. l.* 24. §. *fin. ff. de damn. infect. arg. l.* 7. §. 3. *et l. seq. ff. de usufr.* hic itaque opus foret servitute.

Quaeritur an licet ex alterius horto examen apum 20
auferre? distinguendum inter apes a domino inclusas atque occupatas, et nondum occupatas. Illas sine 21
crimine furti nemini auferre licet *l. Pomponius* 8. §. 1. *ff. fam. hercisc.* Hahn. ad Wesenbec. *tit. de furt n.* 5. has vero horti domino intercipere quivis licite potest, quoniam apum fera est natura, et hinc ut quis illas suas dicere possit, requiritur occupatio. §. 22
12. *j. de r. d.* Nec sequitur, hortus meus est, ergo et apes in horto meo commorantes meae sunt, non secus acsi illas volucres meas dicere vellem, quae in arbore mea nidum fecerunt §. 14. *j. d. t.* Quid si vero 23
dominus ingredientem prohibuerit ne ingrediatur? Tamen apes captas adhuc fieri ingredientis communiter, et recte asseritur *d.* §. 14. reservata saltem domino actione injuriarum *l.* 13. §. *fin. ff. de injur.* Phil. *in usu pr. l.* 1. *eccl.* 20. *n.* 8. Nec obstare puto, 24
quod dominus prohibens sciverit apes in suo horto esse, scientia enim sola et animus neminem facit possessorem §. 5. *j. de interd.* Sed corporalis appre- 25
hensio accedere debet, quae hoc casu per signaturam arboris fieri solet. Dn. Praeses *ad d.* §. 14. *j. de r. d.* Imo saltem oculis et affectu illam apprehensionem 26
fieri posse puto ob *l.* 1. §. 21. *ff. de acquir. possess. l.* 79. *ff. de solut.* scil. si quis solus sit, qui vidit apes in arbore et ita praesens constituerit rem possidere, illumque animum declaraverit. Alias dicti te- 27
xtus proprie loquuntur de re ab altero in alterum transferenda, ubi oculi longae manus vicem sustinent *d. l.* 79. Non idem dicendum, si duo simul ambu- 28
lantes rem nullius viderint, ubi possessio non illi est applicanda, qui rem prior vidit, sed qui prior possessionem nactus, licet posterius viderit. *d. l.* 1. §. 1. *ff. de acquir. poss.* Dn. Praeses *ad d.* §. 18. *j. de r. d.* Idemque *in tr. de j. s. diss.* 1. *c.* 3. §. 33.

Ex jam dictis etiam cognosci potest, quid juris sit, 29
si quis ex alterius domo rem pro derelicta habitam auferat. Casus scil. in facto contigit talis: reliquit pe- 30
regrinus in domo alicujus equum eo animo, ut in numero rerum suarum illum amplius esse nolit, ego clam domum istam stabulumque intro, et equum ab-

duco, quaeritur an dominus aedium contra me furti
31 agere possit? Neg. ob rationem, quod res pro derelicta habita sit nullius; et hinc cedit primo occupanti
32 §. 46. §. *de r. d.* Non obstat quod ex domo aliena abstulerim §. 12. *j. de r. d.* Harppr. *ad d.* §. 46. *n.* 4. nam non statim quod in domo aliena fit, fieri praesumitur invito domino, et hinc puto actionem injuriarum, de qua *n.* 18. non locum habere nisi prohibitio domini, ne ingrederes, accesserit *l. f.* §. 3.
33 *ff. quod vi aut clam.* Imo nec hoc officit, quod animo furandi auferens ingressus fuerit, quia non hic solus furti naturam constituit, accedere enim debet contrectatio rei alienae §. 1. *n.* 7. *inst. de obl. quae ex del.* Carpz. *in pr. crim. p.* 2. *qu.* 86. *n.* 14. Philipp. *l.* 2.
34 *eclog.* 20. *n.* 10. Indeque dni Schabin. Lipsienses in casu proposito responderunt. *Dieweil aber dennoch der Pfarherr von solchem Pferde, so in seinem Hause gestanden, und von des Feinden Volcke verlassen worden, nichts gewust, des Bauren Sohn aber dasselbige zum ersten in des Pfarrers Hause angetroffen, occupiret, und in sein Gewahr bekommen, so verbleibet es ihm eigenthümlich billich, und der Pfarr-Herr hat sich dawieder mit seinem Einwenden bestaendiger Weise nicht zu behelffenn. V. R. W.* Id quod
35 *d. l.* recenset Philippi. Sed non eodem modo licet intercipere thesaurum in domo aliena a domino nondum
36 occupatum. Nam si quis in terra aliena thesaurum scrutatus fuerit, et invenerit, de hoc nihil retinere poterit, sed totus est tradendus domino loci, quamvis hic thesaurum ibi conditum fuisse ignoraverit.
37 nec scrutari prohibuerit, *l. un. c. de thesaur.* Quod si vero non studio, non data opera, sed fortuito, forte arando, vel quocumque casu in terra aliena invenerit, tunc inventori licet dimidiam partem retinere, dominoque praecipere. *d. l. un. et* §. 39. *j. de r. d. l.* 3. §. 10. *ff. de j. fisc.* ibique Dn. Brunn. atque
38 hoc adhuc hodie ita observari praejudiciis testatur Philipp. *in usu pr. l.* 2. *eclog.* 18. *n.* 10.

39 Frequenter fieri videmus, quod mercatores peregrinas merces adventantes intercipiant, ita ut nulla copia reliquis civibus relinquatur a peregrinis viliori pretio emendi, sed cogantur carius emere a mercato-
40 ribus, quid de hoc sentiendum? Videtur non illicitum esse, quia nemini sua improbanda est solertia, *arg. l.* 24. *ff. de his quae in fraud. cred.* et licebat ipsis peregrinis mercatoribus cuicumque vellent, vendere. *l. invitum.* 11. *c. de contrah. empt. l. jam dudum.*
41 14. *c. eod.* Verum magis puto illam licentiam eliminandam, praecipue si animadvertitur in mercatoribus
42 conspirans studium introducendi caritatem in rempubl. et licet peregrinis non ita interdici possit, ne certis saltem personis suas merces divendant, *arg. l. f. ff. de jurisd.* tamen indigenis, ne merces exteras aliis
43 praeripiant, sub poena injungi posset. Sunt enim nundinae et mercatus non tam beneficia mercatorum, sed vel inprimis ementium, qui ideo constituti, ut vilioris coemi possit, quod extra illos majoris constare so-
44 let. Et hoc vel maxime tenendum quoad illos, qui frumentum et cactera ad victum necessaria aliis emendo praeripiunt, ut eo majori pretio iterum vendere pos-
45 sint. Dicuntur hi communiter Dardanarii, Germanis *Korn-Juden*, quorum viae intercipiendi plurimae sunt.
46 Videas enim illos jam in foro plus offerentes, jam in itinere adventantes rusticos excipientes, jam fruges in herba coementes. Quorum neutrum concedendum, 47
praecipue cum reliquorum damna inde data appareant, et caritas praeter necessitatem introducatur; non primum, quod deducit, dn. Praeses in *disp. de Dardanar. c.* 2. *n.* 18. Non secundum, ob eamdem rationem, nec tertium. *vid. d. disp. c.* 2. *n.* 21. Licet enim per se nihil illiciti faciat, qui alterum licitando vincit, *arg. l.* 3. *c. commun. div.* vel emendo praevenit, tamen in odium Dardanariorum haec omnia jure iisdem sunt prohibita, *l.* 6. *ff. de Dardanar.* ibique dd. Adeo, ut 48
in casu tertio ne quidem illis sit indulgendum, ut fruges emant, tanto pretio, quanto post 14. dies a tempore messis constiterint, cum hoc enim pacto facultas emendi saltem concessa privato, qui non animo negotiandi, ut caritatem introduceret, sed suae rei familiari consulendi, coemit. Indeque etiam satis sa- 49
lubriter prospectum in civitate hac Francofurtana, *dass kein Aufkaeuffer etwas einkauffe, biss die Fahne eingezogen*, quod fit circa horam decimam.

Sed et saepe videas tutores, quos ideo tollitores di- 50
cere licet cum Carpz. *p.* 2. *dec.* 120. *n.* 11. qui cum sentiant agros admodum lucrosos a pupillo conductionis titulo possideri, et tempus conductionis jamjam elabi, sibi eosdem conducunt et pupillo illud lucrum quod hactenus habebat, intercipiunt. Quaeritur an licite satis? Non puto, tutor enim obligatus est, ut rem 51
pupilli quovis modo reddat meliorem; ejus utilitati consulat; adeo, ut etiam de culpa lata et levi teneatur, *l.* 7. *c. arbitr. tut.* cur non ergo multo magis de dolo, si quidem omnino dolus est, si lucrum quod pupillo aequirere poterat, intermittit, sibique potius applicat. Quamvis enim alias licitum sit locatori, fi- 52
nito tempore conductionis antiquum colonum expellere, et novum eligere. *l.* 32. *c. locat. arg. l.* 11. *c. eod.* utut antiquus idem pretium, quod novus colonus promisit, offerat, et hinc regulariter non sit improbandum factum illius, qui antevertit relocationem al- 53
terius, et praeripit praedium priori conductori, *dass er den alten Fachter ausstieht.* Culpandum tamen o- 54
mnino est factum tutoris, qui ex fide tutelam gerere debebat, et ubivis h. f agnoscere, adeoque potius eo allaborare, ut locatorem persuadeat, quo continuet conductionem cum pupillo, quapropter illum ad interesse teneri pupillo, aequitati conforme existimo.

Quid vero de illa arte litigantis in judicio sentien- 55
dum, qui causae suae bonitate minus fretus, illius judicii, in quo litigat, advocatos ordinarios exigo salario in suas partes allicit, et ita adversario patrocinium causae advocato facundo et solerti committendum intercipit, an probanda haec cavendi licentia? Neg. quo- 56
niam meram sapit fraudem et calumniam, quibus in judicio non est certandum, eumque in finem jam tum egregie prospectum ab imperatoribus *in l. providendum.* 7. *c. de postul.* ibi: *providendum, ne hi quos in foro aut meritum nobilissimos fecerit, aut vetustas, in una parte consistant, aliam a rudibus atque tyronibus necesse sit sustineri.* Compellere ideoque ju- 57
dex potest aliquem ex jam derictis, ut parti adversae patrocinetur, non attento, quod salarium jam tum acceperit, imo etiam retineat contra *l.* 19. §. 9. *ff. loc.* ponienda enim erat versutia et fraus intercipientis. At- 58
que idem dicendum erit in casu, quo pars callida peritioribus advocatis causae merita revelat, et ita eos avertere studet, ne causam adversarii agant. Juris 59

enim fere est tralatitii, quod advocatus, qui unius partis arcana cognovit, ad alteram partem postulando convolare non possit, sed potius hoc facto tam crimen praevaricationis incurrat, quam exceptione ineptitudinis repellendus. Struv. *tit. de postulando.* §. 10.
60 Dn. Brunnemann. *ad Wesenb. d. t. qu.* 5. Haec tamen exceptio locum non invenit, si dolus partis concurrit, qui ideo tantum pluribus arcana causae revelat, ne contra ipsum postulare valeant. Jura enim dolosis non succurrunt *l.* 1. *ff. de dol. mal.* et ab omni negotio dolus debet esse exclusus.

61 De minore incidit quaestio, quod in causa individua, quam habet cum majoribus communem, restitutione sua ob laesionem impetrata, prodesse possit majoribus, illisque contra, si velit egregium lucrum intercipere, si omissa restitutione cum altera parte
62 transigat; neque ita faciendo peccabit minor, utut re-
63 liquorum damnum exinde emergens sit liquidum. Etsi enim in re communi invito socio nihil liceat facere *l.* 26. *ff. de s. p. u.* §. 9. *j. de r. d.* et melior sit ratio prohibentis *l. Sabinus.* 28. *ff. comm. divid.* praeterea non solum damnum, sed et lucrum in re communi sit com-
64 mune. § 1. *instit. de societ. l.* 29. *ff. eod.* tamen haec omnia nihil derogant licentiae minoris transigentis, beneficium enim restitutionis, quod ei competit, ei soli proprium est, causamque ipsam qua communem
65 non afficit, neque possunt reliqui socii amplius de causa communi, qua jam exciderunt, disponere, nec ex illa ad eos vel damnum vel lucrum aliquod amplius redundare potest, sed hoc lucrum quod appetunt majores, in minoris arbitrio consistit, illudque vel communicare, vel denegare potest, ut vere huc quadret, quod in *l.* 26. *ff. de damn. inf.* dicitur: *non damno afficit, qui lucro uti prohibet.* vid. *huj. cap. n.* 3.

66 Hisce jam addas non dissimilis commatis quaestionem: an dominus directus, quem non praecise intelligo principem, in praejudicium agnatorum felloniam condonare possit vassallo, et permittere, ut retineat vassallus feudum, quod alias ob delictum in agnatos
67 devolutum esset? Quam quaestionem saltem de feudo veteri intellectam volumus, vel etiam de feudo novo, in quo aliquis jam expectativam in casum vacantiae
68 impetravit. Et illic quidem doctores communiter distinguunt inter felloniam in dominum commissam, et
69 eam, quae in extraneum committitur; illo casu indistincte dominus culpam remittere potest contradicentibus licet agnatis, quia illis revera nihil praejudicatur, feudum enim tunc devolutum esset ad dominum remittentem, quamdiu aliqui ex delinquentis descen-
70 dentibus supersunt. Struv. *s. j. f. c.* 15. §. 15. Carpzov. *p.* 3. *c.* 27. *d.* 13. At in casu posteriori, quoniam feudum non ad dominum, sed statim ad agnatos proximiores devolvitur, non attento, an delinquens liberos adhuc habeat. Struv. *s. j. f. c.* 15. §. 14. *n.* 5. majus
71 est dubium circa remissionem. Urgent enim agnati jus quaesitum sibi non adimendum, *l.* 4. *c. de emancip. liber.* Menoch. *cons.* 103. *n.* 36. *et cons.* 181. *n.* 14. cum ne quidem princeps agnatis probabilem spem perveniendi ad feudum intercipere possit; Petr. Anton. de Petra *de jure quaes. per princip. non tollend. c.*
72 32. *qu.* 3. *n.* 130. unde si delictum privatione dignum a vassallo commissum, se post illum esse proximio-
73 res, sibique jam feudum competere. Verum his non obstantibus puto adhuc licitum esse domino agnatis remittendo praejudicare, scilicet ante sententiam privatoriam. Etenim feudi privatio non contingit ipso jure, 74
licet de delicto jam constet, sed demum per sententiam, Pruckmann. *v.* 1. *cons.* 28. *n* 61. Rosenthal. *de feud. c.* 10. *concl.* 51. *n* 5. Dn. Brunnemann. *cons.* 75
8. *n.* adeo, ut etiam asserant dd. quod licet in lege scribatur, ipso facto sit privatus; tamen adhuc opus sit sententia declaratoria, et ante eam latam delinquens rem seu jus suum nequidem in conscientia sit obligatus dimittere. Less. *de j. et j. l.* 2. *c.* 9. *d.* 7. *n.* 14. Dn. Brunnemann. *ad Wesenb. d. tit. qu.* 17. Quod si hoc, nihil sibi arrogare possunt agnati ante 76
factam condemnationem, nec de jure aliquo quaesito crepare, sed demum expectare necessum habent sententiam condemnatoriam, qua cessante, et per dominum directum impedita, cessabit etiam jus illorum. Struvius *c.* 15. §. 12. *n.* 9. Dn. Praes. *in disp. de culpa vasallo remissa. c.* 4. *n.* 48. *seqq.* Neque vero hic 77
obstat, quod maxime obstare videtur, quod furti poena civilis, qualis etiam illa actio contra vassallum ad privationem, a judice remitti nequeat. Concedendum 78
enim interea hoc erit, quod poena illa furti remitti possit a domino, cui furtum factum est, ergo quidni etiam poena felloniae a domino, contra quem commissa, sive cognitio causae ad illum spectet sive non uti contingere potest, si dominus sit privatus, et ju- 79
risdictione careat, ubi judex quivis feudi siti erit competens, etiam inferior.

Ad licentiam damni inferendi spectat etiam sequens 80
casus: si quis sunt plures unius debitoris obaerati creditores, licitum est quibusdam eo ipso, quod partem de credito suo remiserint, etiam concreditores eo compellere, ut aliquid remittant de suo credito, sive velint sive nolint. Quod omnino videri posset paradoxon; juris enim regularis est, quod naturalis simul 81
et civilis ratio suadeat, alienam conditionem quidem meliorem, etiam ignorantis et inviti facere posse, deteriorem non posse. *l.* 39. *ff. de neg. gest.* nec alteri per alterum iniquam condictionem inferre debere *c.* 22. *de reg. jur. in* 6*to.* Sed haec aliave similia non 82
possunt efficere, quominus *legi scriptae.* 7. §. *fin. et l.* 8. *ff. de pact.* insistamus, ut adeo contra hanc dispositionem ne quidem quicquam valeat, quod dicitur, in nostro aliquid facere possumus in alterius incommodum, modo fiat cum nostro commodo, vid. *c.* 2. *n.* 20. Sed hic invertenda plane est regula, et potius 83
verum; in nostro seu de re nostra aliquid facere licet in damnum alterius, modo et nostrum incommodum concurrat. Quod utile est omnino observasse, il- 84
lis creditoribus, quibus invitis lucrum intercipitur, et inviti per aliorum jactatam liberalitatem compelluntur ad remissionem juris sui, ut sponte remittentibus non statim fidem habeant, sed prius illos per juramentum explorent, an non illa remissio sit simulata, an non remittant ob spem majoris lucri vel praemii a debitore percipiendi. Nemo enim praesumitur suum jactasse *l.* 9. *ff. de prob. l.* 25. *ff. eod.* Quo non praestito 85
non puto, ullum ex tergiversantibus compelli posse, ut de jure suo remittat. Fundamentum enim aliis prae- 86
judicandi est ipsa realis remissio, haec ergo si tantum fuerit simulata, et dolosa, corruit etiam jus quoad reliquos. Strach. *de decoctor. p.* 6. *n.* 15. Mev. *in discuss. levam. inop. deb. c.* 3. *n.* 169. Non tamen 87
hoc est solum fundamentum inducendi necessitatem

remittendi, sed requiritur secundo, ut citentur creditores omnes et conveniant. *d. l.* 8. *in fin. et l.* 10. *ff. de pact.* Freundeberg. *de rescript. morat. conclus.* 16. *n.* 2. Quod si haec citatio, hic conventus fuerit omissus, nihil praejudicat spontanea remissio reliquis. vid. disp. dn. Praesid. *de jure in alter. persona permisso c.* 6. *n.* 139. Tertio debet accedere pluralitas sponte remittentium, quod enim major pars concludit, stringit etiam minorem *l.* 19. *ff. ad municip.* Wilh. Ant. de Freund. *de rescr. mor. conclus.* 15. *n.* 2. Ubi adhuc disquiritur quinam creditores majorem partem constituant? Sane non praecise numerus personarum, sed potius ex majoritate debiti est aestimanda, adeo ut duorum creditorum, quorum creditum est 3000. *Rthlr.* consensus de remittendo, praeponderet viginti reliquis, qui singuli centum saltem crediderunt. *d. l.* 8. *de pact.*

Sed nec hoc dum sufficit, sed tertio creditores in remittendo consentientes sint oportet vel potentiores, vel saltem pares ipsis dissentientibus, ideoque licet creditores omnes chirographarii consentiant in remittendo, sed minor dissentientium caetus privilegiis et hypothecis sit instructus, tamen contra hos nihil valet pluralitas votorum *l.* 10. *ff. de pact. l.* 28. §. 1. *ff. mand.* Strach. *p.* 6. *de decoctor. n.* 3. Matth. de Afflict. *decis.* 288. *n.* 5. Matth. Brun. *de cession. bonor. qu.* 21. *pr. n.* 7. Trentacinq. *var. resol. l.* 3. *tit. de solut. resol.* 2. *n.* 3. *et resol.* 3. *n.* 6. Heig. *p.* 2. *qu.* 6. *n.* 2. Mevius *in discuss. lecam. inop. debit. c.* 3. *n.* 170. *seq.* Quarto accedere debet calamitas debitoris non solvendo existentis Mev. *d. l.* 159. haec enim potissima est causa, cur creditori invito jus suum intercipi possit, et auferri, ut exigere nequeat, quod legitime debebatur; haec ergo cessante frustranea est remittentium liberalitas quoad reliquos, et hinc rationi convenienS est, ut debitores de sua impotentia doceant. Faber. in *cod. l.* 1. *tit.* 9. *def.* 20. *n.* 20. ubi iterum cauti sint creditores, ut non contenti sint, si debitor juratam bonorum praesentium specificationem exhibeat, sed et si catalogus creditorum exhibeatur, examinent, an omnium credita sint vera, annon debitor quosdam inseruerit, quibus tamen nihil debetur, saltem ut debiti quantitas eo magis aggravetur, indeque hic non satis, si creditores chirographa exhibeant, summque creditum probare audeant, aut testes de numeratione creditae pecuniae deponentes producant, quoniam hic actus inter alios gestus tertio praejudicare non potest. *l.* 63. *ff. de re jud.* sed juramentum deferri potest, vel debitori, vel creditori, an non hoc creditum saltem sit simulatum, qua simulatione detecta, omnis conventio et remissio dolo elicita revocari potest. Freundeberg. *de rescript. mor.* 15. *n.* 51. *seq.* Mev. *d. l. n.* 168. ubi in sequentibus plura requisita, ut effectus contra invitos obtineat, proponit. Nobis quidem hic potissima delibasse sufficiat.

Pergimus ad debitorem quatenus pluribus creditoribus obstrictus gratificando nocere possit, et lucrum speratum intercipere, vel impedire, ne debitum quidam accipiant. Sane quod attinet casum quo quis plures habet credendi correos et ambobus in solidum est obligatus, ita ut uni solvendo tota perimatur obligatio, tunc in mero arbitrio debitoris consistit, cui magis favere vel invidere lucrum debitum velit, nec potest compelli, ut potius huic quam illi solvat. Carocc. *dec.* 109. *num.* 28. nisi unus credendi correus prior actionem moverit, litemque sit contestatus. Quo casu debitor non huic solutionem denegare, et in alterum novum agentem conferre potest. *l.* 16. *ff. de correis stipul. l.* 3. *pr. ff. de eo, quod cert. loc.* Contractum enim quasi est cum priori per litis contestationem, a quo contractu altero invito resilire alter nequit. *l.* 3. §. 11. *ff. de pecul. l.* 3. *c. d. o. et a.* Quid si vero aliquis creditores diversorum nominum habeat, et posterior timens, ne nihil accipiat, si reliqui simul sua debita urserint, crebra admonitione tandem moveat debitorem, ut sibi solvatur, an debitore jam non solvendo existente, contra illum creditorem, cui satisfactum agere possint, reliqui ad communicandum? In quo decidendo separandi creditores hypothecarii a chirographariis, illis sane debitor solvendo posteriori praejudicare nequit, adeo, ut licet posterior, cui solutum etiam sit hypothecarius, tamen contra hunc anteriori adhuc competit revocatoria in re sibi oppignorata, et alteri tradita *l.* 12. §. *f. ff. qui potior. in pign.* At in chirographariis vigilans creditor non vigilanti multum nocere, et quod illi in concursu fuisset solvendum, praeripere et retinere potest, id quod sua luce claret. *in leg.* 6. §. 7. *ff. de his, quae in fraud. cred.* ibi: *eo nos jure utimur, ut qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse, recipiat, non timere hoc edictum: sibi enim vigilavit.* add *l.* 24. *eod. l.* 6. §. 2. *ff. de reb. auctor. jud. possid. l.* 21. *in f. pr. ff. de pecul.* Brunnem. *cent.* 2. *d.* 96. *et c.* 4. *d.* 63. Et hoc etiam haeres debitoris confecto inventario vel liberius facere potest, ut primo venienti solvat etiam legatario, licet adsint creditores alii haereditarii *l. f.* §. 4. *c. de jure delib.* licet hoc negare videatur Thom. Minadous *dec.* 7. textus tamen juris clarior, est, quam ut prolixiori refutatione indigeat. add. dn. Brunnem. *ad Wesenb. tit. de jure delib qu.* 11. Andreal. *controv. for.* 362. *n.* 1. *seqq.*

Verum haec dispositio apprime fallit, si concursus jam sit motus, vel imminent contra debitorem, vel plures creditores eodem tempore solutionem et aeque sollicite urgeant, tum enim uni prae aliis non magis gratificari licet, sed si quid ita solutum, hoc caeteris communicandum, aut alteri eadem portio praestanda: quoniam ita par omnium conditio est effecta. *d. l.* 6. §. 7. *de his quae in fraud. cred. l.* 24. *eod. l.* 6. §. 2. *ff. de bon. aut. jud. possid.* Berlich. *p.* 1. *concl.* 71. *n.* 14. Carocc. *dec.* 109. *n.* 23. *et* 26. Dn. Praeses *in cant. contr. s.* 4. *c.* 1. §. 10. ubi eleganti responso hanc illustrat materiam.

Nec praetereundum illud intercipiendi genus, cui ansam dat retorsio, non illa quidem quam injuria illata provocat, utpote quae minus convenit christiano, sed quam permittit juris iniqui prior concessio, et impetratio, quae in jure quam maxime licita et aequissimo illo praetoris ratiocinio nititur: *quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur.* Cur enim aliquis illud contra se valere nollet, quod pro se approbavit. *arg. l.* 14. *c. de sent. et interloc.* Inde adeo sancte illud Salvatoris nostri jura custoditum volunt: *quod tibi non vis fieri, alteri nec facias.* Itaque non jure queritur de damno sibi illato ille, qui voluit, ut in iisdem terminis alteri noceretur, modo nocitum sit; et inde jam fluit facilis illa

decisio, cur proximis agnatis marchicis in saxonia geradam petentibus denegetur successio? Carpzov. *p.* 3. *c.* 38. *def.* 2. Quo jure debitor marchicus creditori saxonico possit denegare usuras semissales, et quae alia ejusmodi jura singularia passim extant, conspicique quam optime possunt jam collecta per Giesebertum *in periculo statutorum, et Justiniano Harmonico*, quam eum in finem commendat dn. Praeses *in* 114 *caut. contract. s.* 1. *c.* 4. §. 6. Modo hoc unicum circa licentiam retorquendi observetur, ne privatus illam exerceat sine consulto desuper principe. Dn. Brunn. *ad Wesenb. tit. quod quis.* §. *jur. qu. fin.* Jacob. Thoming. *decis.* 27. *n.* 36. add. dn. Struv. *dissert. de vind. priv. ubi plura licitarum retorsionum exempla exhibet.* Dn. Brunn. *c.* 2. *decis.* 96. *et c.* 4. *d.* 57.

115 Examinandum adhuc restat, an in damnum alterius
116 eamdem artem et negotiationem exercere liceat? Per se quidem nemini interdictum, artes licitas et honestas discere, sed potius jure gentium permissum Mev. *p.* 2. *dec.* 157. *n.* 2. Imo recta ratione praeceptum patentique bona ingenii fortunaeque omnibus. Jason. *ad*
117 *l* 45. *de oper. libert.* Ergo uti non debet cuivis habili artis informatio denegari, ita nec in eadem edoctus ab exercitio, et professione arceri, nisi una manu quod datum altera auferre velis; quo pertinet vulgo, quod dici solet, quam quisque novit artem, in ea se
118 exerceat. Interest enim reipublicae, ut urbs opificiis cujusvis generis sit repleta, nec ab uno solo artis alicujus exercitium dependeat, siquidem illa solitudo
119 non solet esse sine abusu. Quid si vero antiquior eo in loco artifex damnum sibi inde inferri, atque lucrum intercipi doceat? Videbatur quidem tunc restringendam esse illam licentiam ob l. 45. *ff. de oper. liber. l.* ibi: *si nullam laesionem ex hoc sentiet patro-*
120 *nus.* Verum textus ille specialis est, et saltem dum de liberto et patrono loquitur, ad eosdem est restringendus. Quoniam reverentia patrono debita vix admittebat, ut libertus illum quaestum interciperet, un-
121 de laesio patrono contingere possit. Extra hunc autem casum novi opifices ideo in sua arte non sunt impediendi, quod lucrum aliis inde decedat; siquidem ejusmodi damnum civile, seu lucrum interceptum, non
122 solet attendi vid. *supr. c.* 2. *n.* 87. nec poterit alter per alterius licitum exercitium plane everti, quin potius nunquam deerit fideliter laboranti unde vivat.
123 Neque secundo obstat, quod per diuturnum tempus solus hactenus illam artem exercuerit, quoniam in
124 rebus meae facultatis non datur praescriptio. Quare si tu habes hospitium, ex quo multa lucraris et illud vel per 200. imo 1000. annos solum ibi extitit, ego vero justa te facio aliud hospitium, licet postea pauciores veniant ad tuum, non tamen habes jus prohibendi, ne ego recipiam hospites. Schneidew. *ad* §. *flumina* 2. *j. d. r. d.* Baldus *v.* 2. *cons.* 129. Wesen-
125 bec. *vol.* 1. *cons.* 67. *n.* 18. Sicuti etiam jam supr. *cap.* 2. *n.* 87. demonstratum, quod molendini antiquioris possessor non habeat jus prohibendi de novo extruentem, licet magnum damnum per illam structuram
126 docere possit. Ideoque jure illorum coercenda erat linguae procacitas, qui nescio quibus dicteriis novos artifices, si forte per diligentiam fidemque suam majorem quaestum facere possunt, insectantur, et jam eosdem *Brod-Diebe*, jam *Fuscher.* jam *Bönhasen*, criminari solent.

At unde est, quod contra novos opifices pignoratio- 127
tiones sint licitae? Hoc inde evenit, quod numerus opificum passim sit ad certa collegia restrictus, ita ut iis qui extra numerum sunt, opificium non sit exercere licitum, sed collegia illa tam habeant potestatem prohibendi, et justa privilegii tenorem pignorandi dn. Praeses *in disp. de jure pignor. cap.* 2. *n.* 66. *seqq.* Cui tamen statim addendum, quod si opifices 128
in certa collegia inclusi, et jure prohibendi gaudentes nimis sint in opere faciendo vel negligentes, vel tumidi, ita ut civibus parum proficiant, potest magistratus non attentis illorum privilegiis alios extra numerum ad operas admittere, quia abusus juris infert privationem juris. *arg.* §. 2. *inst. de his qui sunt sui l. al. jur. l.* 37. *ff. de minor.* Mev. *p.* 2. *dec.* 157.

Quid vero de ultimis voluntatibus dicendum, an et 129
hic licentia praecipiendi, et intercipiendi recepta? Posito enim extraneus aliquis persuadet phaleratis dictis atque delinimentis testatorem, ut, cognatis alias ab intestato successuris posthabitis, semet haeredem instituat, an ita licet haereditatem aliis speratam praecipere? Dicerem licentiam hanc improbandam esse, 130
ob vitium invidiae hic concurrentis, qua bona invidentur illis, qui spem satis certam succedendi sine tertii blanditiis intervenientibus habebant, indeque *l.* 4. *ff. de inoffic. testam. non esse consentiendum parentibus, qui injuriam adversus liberos suos testamento inducunt, quod plerumque faciunt, maligne circa sanguinem suum inferentes judicium, novercalibus delinimentis instigationibusque corrupti.* Sed fundamento 131
majori illa damni inferendi licentia et hic probatur, Decian. *vol.* 4. *resp.* 8. quia id, quod adhuc in disponentis perfecto est arbitrio, si per preces et blanditias consequor jure plane licito ago et habeo, utut si ego non eblanditus fuissem, non ego, sed alius accepisset; non enim libertati voluntatis humanae ejusmodi blandimenta officiunt, nec cogit qui rogat, sed rogati arbitrio relinquit, an precibus locum dare velit an non. Mantz. *de testam. valid. et invalid. t.* 3. *qu.* 3. *n.* 5. jam vero bona maneant in cujusvis ple- 132
nissimo arbitrio, et dispositione usque ad extremum vitae halitum. *l.* 4. *ff. de adim. et transf. leg.* l. 1. *c. de ss. eccles. arg. l.* 1. *ff. de testam.* Nec quicquam juris cognati in haereditate viventis habent, qui potest illos excludere invitos. *l.* 21. *l.* 17. *c. de inoff. testam.* Et quidni dominus res suas magis donaret blandien- 133
tibus et rogantibus. Inde et hic modus impetrandi satis probatus in *l. f. ff. si quis aliq. test. prob. l. f. c. eod.* adeoque conjux conjugem ad instituendum blando 134
sermone licite provocet. Peck. *de testam. conjug. l.* 1. *c.* 9. *n.* 1. Noverca maritum, etiam in praejudicium privignorum. Burchard. Berlich. *de jure novercar. cap.* 2. *s.* 10. *p. n.* 776. Hartmann. Pistor. *l.* 1. *qu.* 29. *n.* 2. Nec obstat *d. l.* 4. *de inoff. testam.* quippe 135
quae commode intelligi potest de diminutione legitimae. Nec delinquit is, qui ecclesiam instituere volenti blanditur, ut se potius instituat Surdus *l.* 3. *cons.* 373. *n.* 2. Imo et tutor licite blanditiis inducere potest testatorem ad sibi relinquendum, quae destinaverat pupillo relinquere. Menoch. *a. j. q. l.* 2. *cas.* 395. *n.* 43. Qui addit, modo dolus absit: at quidni hic semper 136
dolus adesset, cum videns testatorem alterum instituere velle, rogat, ut illum omittat, seque eligat. Nonne in dolo est, qui alterius utilitatem impedit?

137 Imo vero exinde nondum dolus colligitur, quia quisque suam potest procurare utilitatem, etiamsi per consequentiam alius exinde laedatur *l.* 24. *in fin. ff. de damn. infect. l.* 24. *ff. de his quae in fraudem credit.* Nec hinc animus nocendi infertur, quando quis suo jure utitur. *l.* 55. *ff. de r. j.* Decius *cons.* 489. *n.* 6. Menoch. *d. l. n.* 42. Gloss. *in f. c. si quis.* 11. *qu.* 3. Wesenbec. *p.*

138 *7. cons.* 350. *n.* 25. *seq.* Itaque dolum ex aliis indiciis colligere fas est, quale esset vel maxime, si quis alterum falsis calumniis apud testatorem deferret, ut benevolentiam suam mutaret, et a voluntate liberali desisteret, haec est illa dolosa persuasio, quam jura coercent et improbant. *l.* 1. §. 3. *ff. de serv. corrupt.* noluntque valere, quod ita impetratum est a testato-

139 re. Quis ergo acquireret? Sane in terminis propositis non fiscus vindicare poterit licet alias, si quis per vim dolumve legatum seu haereditatem impetraverit a testatore, fisco illa competat non agnatis proximis

140 *l. f. ff. si quis aliq. test. prob.* Atque eo restringenda erit sententia durandi de *art. testan. t.* 11. *caut.* 4. *fin.* quia illum dolum ita intelligendum arbitror, si non directo in alterius injuriam tendat, et fundamentum sit, cur alterum, quem alias instituere maluisset testator, non instituerit, alteri enim per alterum, sc. dolose persuadentem non debet iniqua conditio inferri;

141 ideoque puto magis laesionem agnati ab intestato succedentis attendendam esse, quam fisci, praesertim cum in casu dubio potius contra fiscum sit pronunciandum *l.* 10. *ff. de jure fisc.*

142 Quid si vero testatorem tibi haereditatem destinan-

143 tem alliciam, ut non mihi, sed tertio relinquat? Surdus quidem *l.* 3. *cons.* 373. *n.* 31. existimat, quod eo casu allicientis blanditiae sint dolosae, cum id fe-

144 cit, quod ei non prodest, alteri vero obest. Verum ex hoc solo nondum dolus satis est probatus, possum enim uni magis favere, quam alteri, modo non accedat persuasio calumniosa, verbaque injuriosa. Multo

145 minus exinde quicquam probatum, quod per prius destinatum haeredem haereditas repeti possit a tertio instituto, quin potius, utut supponatur, dolosam persuasionem intervenisse, tamen illa non dabit locum revocationi a tertio possessore, qui delicti non fuit particeps, quoniam res inter alios acta tertio praeju-

146 dicare non debet *l.* 63. *de re jud.* Neque solet alias causa legandi legato cohaerere, prout ddres loquuntur. *in* §. 31. *inst. de leg.* hinc manebit haereditas penes tertium institutum, licet puniendus sit calumniosus persuasor.

147 Ultimo si jam testamentum confectum et consummatum, et aliquis inducat testatorem, ut nomen haere-

148 dis deleat, seque supponat, quaeritur an licitum? Negant hoc Afflict. *dec.* 69. *n.* 6. Pacian. *cons.* 66. *n.* 41. Ruin. *v.* 2. *cons.* 72. *n.* 4. Pruckman. *v.* 1. *cons.* 11. *n.* 26. Rauden. *dec. Pisan.* 45. *n.* 35. *et* 53. Menoch. *a. j. q. l.* 2. *cas.* 395. *n.* 44. Barbos. *l.* 8. *cap.* 5. *ax.* 9. Quoniam dolo non caret, qui blanditiis et persuasionibus testatorem ad revocandum testamentum jam conditum, et se instituendum permovit. Surd. *l.* 3. *cons.* 373. *n.* 31. Decian. *v.* 3. *cons.* 32. *n.* 23. *et vol.* 2. *cons.* 65. *n.* 7. ad me ipsum enim instituendum pos- 149 sum aliquem persuadere, modo non fiat fraudulenter, ut revocetur testamentum prius factum Bursat. *l.* 2. *cons.* 307. *n.* 1. §. 5. Indeque licet testamentum poste- 150 rius ipso jure valeat, nihilominus agi posse ad rescissionem secundi testamenti per actionem doli vel in factum. Raudens. et Menoch. *dd. ll.* Angel. *in l. ult. c. si quis test. prohib.* qui *in l.* 4. *de inoffic. testam.* ita Perusii judicatum affirmat. Verum nobis arridet sen- 151 tentia potius contraria, et dicendum existimamus, quod eo blanditiis et persuasionibus testatorem movere liceat, ut in damnum instituti prioris, et in commodum suadentis mutet voluntatem suam. Expedita enim est, cum 152 qua tuto ambulare licet, regula: quod testamentum prius rumpatur per posterius, §. 2. *inst. quib. mod. test. rump. l* 29. *ff. ad sct. trebell.* pro qua regula tamdiu praesumendum, quamdiu non probatum fuerit contrarium; atqui nulla lex disponit, quod liceat blandis verbis impetrare a testatore ut in sui commodum suam mutet voluntatem; potius contrarium est in lege ex 153 pressum. *l. fin. c. si quis test. proh.* ubi non distinguitur, an blanditiae dispositionem aliam praecesserint, an non, lege ergo non distinguente, nec nostrum erit distinguere. *l.* 8. *ff. de act. publ.* urgent quidem, hoc 154 casu subesse praejudicium in primo testamento insti- 155 tuti, verum si haec ratio concluderet, in totum leges fin. *c. et ff. si quis aliq. proh. test.* evanescerent. Peck. *de testam. conjug. l.* 1. *c.* 9. *n.* 10. qui dicit, si conjux blando sermone ad legandum vel instituendum conjugem inducit, fere semper fieri cum detrimento eorum qui ab intestato successuri. vid. Du. Praes. in disp. *de jure bland. c.* 4. *n.* 16. Et licet concedamus, quod 156 fraudulentae persuasiones non producant juris effectum, tamen exinde natura earum non producitur, quod persuaserit secundus haeres, ut primus deleretur, sed quod calumniose et fraudulenter persuaserit falsas causas, fictasque proferendo, et veras invertendo. Momentum enim decisionis omnino consistit in eo, an 157 voluntas testatoris, penes quem erat arbitrium instituendi, quem vellet, fuerit decepta, *ob dem testatori* 158 *et was ist vorgelogen worden*, at quis diceret solis blanditiis, aliisve honestis persuasionibus decipi statim testatorem? non vero attenditur an haeres primus ita sit deceptus, et damnum passus.

CAPUT VI.

De damno rebus alienis licite illato contrahendo.

SUMMARIA.

An contrahentes semet invicem circumscribere licite possint? n. 1.
Disting. inter τὸ decipere, τὸ laedere et τὸ cavere. num. 3.
Decipiendi studium illicitum. n. 4.
An dolo renuncians de dolo agere possit? n. 5.
An in modicis fraus licita? n. 7.
Quid sit hic alterum laedere? n. 10
An licitum? n. 11.
Cur? n. 14.
An laedere liceat minorem contrahentem? n. 17.
An laesio vitio rei contingens semper resarcienda? n. 19.

Quid si vitium rei sit patens? n. 22.
An laesio dimidium pretii attingens adhuc licita? n. 24.
In quibus contractibus haec laedendi licentia procedat? n. 26.
An idem in foro poli? n. 27.
An in transactione laesio in infinitum procedat? n. 34. Neg. n. 39.
An cavendo laedere liceat? n. 48.
Affirm. n. 49.
Quod probatur exemplis. n. 56. seq.
Quid in cavendo cavendum? n. 75.

1 Hanc licentiam satis demonstrant *l.* 16. §. 4. *de minor.* ibi: *in pretio emptionis et venditionis naturaliter licet contrahentibus se circumvenire.* Quod Paulus *in l.* 22. §. 3. *ff. locat. cond.* ad locationem conductionem extendit. Verum ne peritos aut studiosos decipiendi hoc ipso vel confirmare, vel vitii macula saltem liberare videamur, jam rimari et scrutari penitus liceat, quaenam sit illa licentia? Ubi quidem vel maxime separanda sunt τὸ decipere, τὸ laedere, et τὸ cavere. Omnia quidem haec damnum involvunt, sed non aeque intendunt; hinc interdum illud, non hoc permissum asserere poteris. Τὸ decipere enim non excludit dolosam machinationem, et fallendi studium, quod uti a quavis bene constituta republ. exulat, ita in nostra jurisprudentia tolerari, non admittit illius gravitas et integritas. Indeque jura decipientibus non succurrere dicitur *in l.* 1. *ff. de dol. mal.* irritare contractum, ad quem ineundum alter dolo inductus *l.* 7. *pr. ff. eod. l.* 16. §. 1. *ff. de minor. l.* 5. *c. de rese. vend.* nec fas hominem homini insidiari *l.* 3. *ff. de j. et j.* et in qualibet dispositione censetur excusus *l.* 60. §. 4. *ff. mand. l.* 12. *ff. quae in fraud. cred.* Licet instrumento renunciationes exceptionum doli mali, metus, fraudulentae persuasionis, aliaeque annexae et cumulatae fuerint etiam juratae. Quoniam dolo deceptus non renunciat, semperque juramentum intelligitur tacitam habere conditionem, si dolus malus absit. *cap.* 28. *X. de jurej. c. quamvis* 2. *de pact. in* 6*to.* Imo *l. in cap. quinta vallis. n.* 45. *de jurejur.* Wes. *p.* 1. *cons.* 73. *n.* 4. dn. Praes. *in caut. contr. s.* 3. *c.* 7. §. 19. *add. cap.* 1. *n.* 38.

7 Aliquam nihilominus decipiendi licentiam indulgere videtur *l.* 9. §. *fin.* ibi: *neque enim passim haec actio indulgenda est, nam ecce inprimis si modica summa sit, id est, usque ad duos aureos.* Verum rectius defenditur, nec in modicis deceptionem esse licitam, dicta enim *l.* 9. tantum hoc intendit; quod modica in contractu deceptio restitutionem in integrum non possit producere, nimia enim in restitutionibus, ut ideo contractus sit resolvendus, praetor non attendit *l.* 4. *ff. de restit. in integr.* Eo ipso tamen dum contractum rescindere non vult, non statim aliam actionem denegat, quin potius superest actio quanti minoris, actio ex contractu, vel etiam actio in factum, ex *l.* 32. *ff. de reb. cred.* scil. ad hoc, ut pretium, qua minus habet, suppleatur, vel qua majus, restituatur, modo dolus liquido statim possit probari, et non opus sit prolixo processu, ob quem rectius laesum in modicis judex a foro excluderet Carpz. *p.* 2. *c.* 2. *d.* 9. licet dolum eo ipso non probet *arg. l.* 32. *ff. admin. tutor.*

Alterum est τὸ Laedere, quod contingit quando non ex proposito malo, sed ex solertia quadam domestica, et negotiativa alter cum altero ita in contractu versatur, ut eo finito appareat mox alterius laesio et damnum ex imprudentia unius cautio neque alterius emergens. Videbatur quidem nec illam laesionem admittendam esse, quoniam in contractibus et commerciis aequalitatem servandam urgent Richt. *dec.* 1. *n.* 4. Klock. *de contrib. c.* 16. *S.* 1. *n.* 137. Nec quicquam leges aeque amant, quam aequalitatem *l. cum pater* 77. §. *evictis* 8. *ff. de leg.* 2. *l. pen. c. comm.* ut ad eam servandam saepe recedatur a reguli juris et proprietate sermonis *l. fin. c. comm. utr. jud. l.* 12. §. 43. *ff. de fund instr.* Honded. *l.* 1. *cons.* 29. *n.* 96. Verum enim vero haec quidem merito probanda et sequenda in negotio ineundo, sed in negotio jam inito et consummato si appareat aliqua inaequalitas, saepe solet in foro externo tolerari, nec ad aequalitatem revocari, atque hoc est quod in *l.* 16. §. 4. *ff. de minor.* dicitur. *in pretio venditionis naturaliter licet contrahentibus circumvenire*, ex natura sc. contrahentium, dum alter studet minoris emere, alter majoris vendere, non ut nocent, sed, ne sibi noceatur, tantum cavent. Et quidem tolerata est haec licentia, saltem ut lites in republ. minores sint, quae omni modo sunt praescindendae. *l.* 13. *pr. c. de jud.* Quis enim tandem contrahens securus foret a processibus, si ex omni inaequalitate agendi licentia superesset, quam prolixae forent deliberationes, imo tergiversationes antequam qui ad contrahendum induci posset? Dn. Praes. *in not. ad jus. eccl.* B. Brunn. *l.* 1. *c.* 6. *m.* 1. §. 20. Neque tamen illam licentiam, quae etiam bona quasi mente fit, nimis laxam; sed multis modis in angustias jura redigere voluerunt. Primo enim minores subleval restitutio, si in contractu non ex dolo adversarii, sed sui ingenii saltem lubricitate lapsi damnum aliquod fuerint perpessi *tot. tit. ff. et c. de minor.* utut laesio illa longe sit infra dimidium. Porro consulitur laeso, si laesionem illam causatur vitium aliquod rei emptae inhaereus, hanc enim laesionem vindicat actio vel redhibitoria, vel aestimatoria, illa quidem locum habet, si res empta tali laboret vitio, ut ob id emptor illam plane empturus non fuisset, si scivisset. *l.* 53. §. 6. *ff de aedil. edict. l.* 23. §. 1. *ff. de except. rei jud.* haec vero, quando ob vitium aliquod non petitur contractum resolvi, sed saltem, ut venditor reddat pretium quod aestimationem rei vitiosae excedit. *l.* 6. *ff. de edil. edict.* Quod etiam procedit tunc, cum venditor ipse vitium ignoravit, et ita extra doli crimen fuit, neque enim interest emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris, an calliditate *l.* 1. §. 2. *ff. d. t.* Hoc tamen bene notandum, quod illa saltem obtineant in vitiis latentibus, quae ex inspectione cognosci non possunt. *l.* 1. §. 6. *l.* 14. §. *f. ff. d. t. l.* 55. *eod.* Col. *dec.* 22. *n.* 9. Carpz. *p. c.* 34. *def* 16. Non vero in patentibus et manifestis, adeo ut venditor ne quidem aperta vitia exprimere teneatur, *l.* 55. *d. t. l.* 15. §. 1. *ff. de contrah. empt. l.* 6. *ff. de r. v.* Unde patet, in apertis a venditore emptorem laedi posse, quia hanc laesionem non tam venditoris calliditati, quam suae ipsius oscitantiae et supinae negligentiae adscribere necessum habet. *l.* 145. *ff. de r. j.* vid. *cap.* 1. *n.* 32.

Quod si ergo circa rem ipsam nullum vitium concur-

rat, et tamen in contractu ex facto ipso in alterum contrahentem redundet laesio tum in foro civili illam licitam dicunt per *l.* 16. §. 4. *de minor.* utut attingat etiam dimidium justi pretii *arg. l.* 2. *c. de resc. vind.*

25 Myns. *c.* 4. *obs.* 73. *n.* 4. Si enim laesio contractum resolvere debet, non solum attingere, sed excedere debet dimidium justi pretii *d. l.* 2. *l.* 8. *c. d. t* Bach. *ad treutl. v.* 2. *d.* 2. §. 9. *lit. c.* Pinell. *ad l.* 2. *de resc. vend. p.* 1. *c.* 2. *n.* 7. Lauterb. *ad ff. tit. de resc. vend.*

26 §. *terminus.* atque haec licentia non solum frequentatur in venditione, sed et in locatione, conductione. *l.* 22. §. 2. *ff. locati* permutatione, quae emptionis locum obtinet. *l. f. ff. rer. permut. l.* 19. §. *pen. ff. de aedil. aedict.* in divisione haereditatis *l.* 3. *c. comm. utr. jud.* in datione in solutum, alliisque omnibus contractibus onerosis, in quibus locum habet beneficium *l.* 2. *c. de resc. vend.* vid. *disp. inaug. Retbergi Argentorati habita de circumscript. negotiativa* §. 26. add. Lauterb.

27 *ad tit. ff. de resc. vend.* Verum licentiam illam in foro poli improbant quamplurimi, eamque permissionem saltem minus plenam dicunt, quae nunquam securam praestat conscientiam. Dn. Praeses *in not. ad jus eccl. B. Brunnem. l.* 1. *c.* 6. *m.* 1. §. 20. Vivius. *l.* 1. *decis.*

28 160. *n.* 8. Sot. *de just. lib.* 6. *qu.* 1. *art.* 1. Et id quidem eo magis, quo magis laesio ista attingit dimidium pretii, prout illa sententia satis colligitur *leg.* 25. 14. *et* 17. *I. ad thes.* 4. 6.

29 Neque obstat si dixeris, laesus hic damnum sentit ex sua ipsius negligentia, nam non omnis error statim in negligentiam culpabilem incurrit, poterit enim esse ignorantia et error invincibilis, cum non omnes rerum nostrarum pretium pro dignitate arbitrari possimus, sed vel praecipitantia, vel alia lubricitate ani-

30 mi in rebus nostris saepius caecutiamus. Multo minus quicquam facit in contrarium *l.* 16. §. 3. ibi *naturaliter ff. de minor.* Ex quo verbo colligere volunt si naturaliter licitum est circumvenire, ergo nihil periculi inde imminet conscientiae, quin potius longe alio sensu haec vox capienda est, scil. pro mero seu naturali facto exclusa quasi omni mentis intentione, dolosaque machinatione, add. Valer. *de diff. utr. fori voce con-*

31 *tractus diff.* 1. *n.* 1. Quare tutissime agunt contrahentes, si peritis rerum aestimatoribus rem venalem aestimandam permittant, et ita de pretio conveniant, quod in jure nostro nihil insolitum §. 1. *j. de empt. et*

32 *vend.* et insuper cognito rei valore renuncient in specie laesioni enormissimae, ita enim securus erit lucrator etiam in conscientia, neque alter de damno injuria dato conqueri potest, dum rei valorem scivit, et tamen minus pretium acceptavit. *arg. l. pen. c. de pact.* Carpzov. *p.* 2. *c.* 34. *d.* 2. Richt. *p.* 2. *dec.* 99. *n.* 98.

33 Barbos. *in l.* 2. *c. de resc. vend. n.* 64. Quod si hoc non procederet, sequeretur, nullum donatarium salva conscientia rem donatam possidere posse.

34 At in transactione videtur quasi in infinitum concessa laesio, dum ne quidem rescissionem ex *l.* 2. *c.*

35 *de resc. vendit.* ibi volunt obtinere. Imo ne quidem tunc, cum laesio excedit quadruplum. *l.* 78. §. *f. ff. ad sct. trebellian. add. l.* 19. *et* 23. *c. de transact. l.* 56. *de re jud. l.* 65. §. 1. *ff. de. cond. indeb. l.* 6. *de jur. et fact. ignor.* Gail. *l.* 2. *obs.* 70. Mynsing. *cent.* 1. *obs.* 33. Mev. *p.* 2. *dec.* 245. Maranta *l.* 6. *controv. cap.* 21.

36 Quorum rationes potissimae hae referuntur. 1. Quia transactio tendit ad finiendas lites *l.* 10. *c. transact.* quas nec rescripto imperiali *l.* 16. *c. eod.* nec sub praetextu noviter repertorum instrumentorum convenit resuscitasse. *l.* 29. *c. eod.* 2. Quia non minorem au- 37
ctoritatem transactionum, quam rerum judicatarum esse, recta ratione placuit. *l.* 20. *c. eod.* jam vero res judicatas ob enormem laesionem rescindi posse nullibi statutum vid. *l.* 36. *ff. fam. hercisc. l. sub specie c. de re judic. l. peremptorias c. sent. rescind. non poste l. l.* 2. *in f. c. quib. provoc. non est nec* 3. Quod laesio 38
enormis in transactione non possit probari, transigitur enim super re dubia et incerta. *l.* 1. *ff. de transact.* ubi neutrius jus est liquidum, ut hinc neuter dicere possit se laesum esse. add. Mev. *p.* 4. *decis.* 30. *n.* 7.

Interim tamen non pauci sunt, qui ob laesionem e- 39
normissimam rescissioni etiam in transactione locum esse contendunt. Pinell. *in l.* 2. *p.* 1. *c.* 4. *n.* 14. 15. 16. *c. de resc. vend.* Giurba. *dec.* 118. *n.* 5. Gamma *dec.* 10. Mantic. *de tac. et ambig. convent. l.* 20. *t.* 8. Cyriac. *controv.* 182. *n.* 83. quia nimia inaequalitas in 40
jure admodum odiosa est, nec convenit alterum alterius damno nimium locupletari, neque praesumitur donatio seu remissio illius, quod nesciebam in actu transactionis mihi competere, quippe juri ignorato nunquam renunciatur. Adde quod laesio enormissima do- 41
lum praesumptum contineat. Audreol. *controv.* 214. *n.* 7. atqui transactio dolo inita nullius est roboris *l.* 5. *c. de dol. mal.* Hinc licet priorum sententia videa- 42
tur legalior, posterior tamen sententia aequior, et hinc in foro facile assensum impetrabit. Dn. Brunnem. ad VVes. *tit. de transact. qu.* 54. praesertim si laesio di- 43
midium excedat non in quantitate parva, sed notabili, Andreol. *controv. forens.* 286. *n.* 60. *seq.* qui *controv.* 288. *n.* 47. *seqq.* argumentis contra sentientium satis nervose respondet. Eaque sententia eo magis conce- 44
denda, quia ddres adversantes multum fundantur in ratione, quod laesio ex transactione, quae super dubia causa initur, probari nequeat. Quid si ergo postea con- 45
tingat, causam fieri magis liquidam et laesio commode probari possit, nonne sic corruente illorum ratione concidet etiam dispositio? add. Carpz. *p.* 2. *c.* 34. *def.* Zoes. *ad ff. tit. de transact. n.* 47. Mev. *p.* 8. *dec.* 494. Dn. Praes. *in caut. contr. s.* 3. *c.* 7. §. 19. *et* 22. Ubi responsa hujus facultatis viadrinae elegantissima pro- 46
ducit. Et haec transactionis rescissio multo magis obtinet in foro poli. Andreol. *controv. forens. n.* 288. *n.* 103. qui *controv* 286. *n.* 104. contendit, laesionem ex transactione conscientiam laedere, licet adhuc sit infra dimidium, eamque ob causam concedit denunciationem evangelicam. Verum ne hic damnum passus 47
de laesione immodica queri et ut alter secure lucrum retinere possit, utile est, renunciationem laesionis enormissimae transactioni apposuisse, prout commendat dn. Praeses *caut. contr. d. s.* 3. *cap.* 7. §. 20.

Tertium quod ad laesiones contrahentium pertinet 48
est τὸ cavere, h. e. sibi quam optime prospicere contra futura damna, quae nisi protestatione et cautione in tempore adhibita, necessario incurrere cogerer. Sub- 49
jicit enim dispositio legis alterum contrahentium saepe egregio damno, tantum ideo, quia sibi pacto non melius prospexit atque cavit, hoc ergo damnum alter in alterum convertere potest per cautelas jure concessas, nihilque absurdi, nihil illiciti subest in aliorum damna et perniciem sibi cavere et per cautelam suam

50 captare utilitatem. In alterius enim arbitrio est, hasce
54 cautelas rejicere, admittere aut plane contractum omittere, adeoque sibi imputet, qui sibi ita voluerat cautum, licet in eo sit deceptus. *l.* 9. §. 3. *ff. de pign.*
52 *act.* Et hoc est quod Baldus *cons.* 339. dicit: cauti hominis est futura adspicere, et maturis conventionibus
53 praevidere. Nec obstat, quod alter dicere velit, se non putasse hanc cautelam tantum damnum in alterum derivare. Non enim est sapientis dicere non putaram, et legum, in quibus hae cautelae prostant, et ex quibus colligendae, ignorantia neminem, ne rusticum quidem, excusat. *l.* 9. *ff. de jur. et fact. ignor.* Quippe quae ab omnibus debebant intelligi. *l.* 9. *c.*
54 *de legibus* Quod si quis adeo obtusi sit ingenii, ut sibi cavere non possit, nec intelligere praescripta legum, adhibeat prudentes in consilia, quorum domus ideo ceu oraculum delphicum omnibus patent. *l.* 9. §.
55 3. *ff. de jur. et fact. ignor.* His vero neglectis non aegre ferat, si ab altero circumveniatur, quod quam facile incautis contingere possit, uno alterove exemplo declarare liceat.

56 Primum esto in scto macedon. quod tam filium fam. quam ejusdem patrem a restitutione mutui non
57 versi liberat, nisi accesserit patris ratihabitio *l. f. c. ad sct. maced.* Quid si ergo filius egregiae summae mutuum contraxerit, et perdiderit, creditor vero captet occasionem, ac precibus et blanditiis moveat patrem, ut saltem de hoc debito exiguum exsolvat, *dass*
58 *er ihm nur etwas auf die hohe Post abzahle*, quam facile forte lachrymantis precibus adductus aliquid exsolvet, sed quam egregie ita laesus sit, exinde perspicitur, quia jam ad totum debitum exsolvendum adstringitur, nam per hanc partis solutionem ratihabuit jam totum contractum filii, quippe qui pro parte non potest valere et non valere. *l.* 7. §. 15. *ff. ad sct. maced. l.* 4. *c. de non num. pec.* Enenckel. *de privil. parent. pr.* 12. *c.* 3. *n.* 8. Christineus *vol.* 3. *dec.* 35. *n.* 11. Mantic. *de tacit. et ambig. convent. l.* 8. *t.* 7. *n.*
59 25. Sed ne putes jurisprudentiam nostram magis captandis, quam excitandis hominibus operam dare, jam tum cautelam vigilanti patri partem solventi proposuit, ut. sc. solvens protestetur, se per hanc partis solutionem, nolle esse ad residua adstrictum. v. dn. Praes. *de caut. contr. sect.* 4. §. 4. *cap.* 4.

60 Alterum occurrit in delegationibus, sc. habeo debitoren, a quo exceptionem doli, seu metus seu scti maced. nihil petere possum., cedo tamen eumdem praesentem, et consentientem tertio, delegatus vero ille debitor putat se sat cito suas exceptiones oppositurum,
61 si convenietur a novo creditore. At frustraneum erit hoc propositum, quoniam omnes exceptiones, quas debitor delegatus contra primum creditorem habebat, jam per delegationem sunt extinctae, et amplius opponi nequeunt. *l.* 12. *et* 19. *ff. de novat. et deleg. ibique.* Zoes. *n.* 18. quia per delegationem, debitum non va-
62 lidum validatur atque novatur. Quamvis secus sit in cessione, ubi exceptiones, quae licitae erant contra cedentem, salvae etiam sint contra cessionarium. Lau-
63 terb. *ad ff. tit. her. et act. vend.* §. *veras.* Nihilominus in hoc facile cessionarius laedi potest a cedente, si hic cedat nomen, quod est ut plurimum difficilis exactionis vel ob morositatem vel ob egestatem debitoris cessi, ubi ob denegatam solutionem modo de veritate nominis constet, non habet regressum contra cedentem, licet enim cedens ad evictionem teneatur, tamen non tenetur ad evictionem boni, sed tantum veri nominis. *l.* 4. *ff. de haered. et act. vend.* Burgund. *de evict. c.* 11. *n.* 1. Ut sufficiat, si debitor cessus ne- 64
cessum habeat fateri, se esse debitorem, sed non esse solvendo. Nec obstat, quod illa egestas adfuerit tem- 65
pore cessionis et illam cessionarius ignoraverit, imputet enim sibi, non vero cedenti, modo hic sit in probabili ignorantia. *arg. d. l.* 4. *de haered. et act. vend. l.* 74. §. *f. de evict.* Frank. *ad tit. de evict. n.* 66. Lentz. *de cession. c.* 27. *m.* 7. *n.* 20.

Tertium quod incidit, est in pactis nuptialibus, ubi 66
alter alterum satis enormiter laedere potest, etiam levi verborum transpositu, dum enim conjuges in illis pactis ut plurimum convenire solent, de lucranda dote, aut donatione propter nuptias, multum uxor praejudicat marito, si dixerit: *dass mein Mann nach mei-* 67
nem Tode alles erben, und nicht soll verbunden seyn denen Freunden das geringsteheraus zu geben. O quam inanis et fallax spes est illius, qui huic spe- 68
ciosae promissioni incumbit! Potest enim levis offensa intercedere, sic omnis illa promissio collabitur, omnia 69
que revocari possunt. Quod si vero verba ita maritus concipi curet: *Mein Mann soll nach meinem Tode* 70
alles haben und behalten, sic sibi plaudere potest maritus, quia uxor servare cogitur pacta, neque opus jam habet maritus, ut perpetuis et servilibus blanditiis mulierem demulceat, sed jam sua libertate uti possit, et si hoc uxori morosae displiceat, eumque mutatione voluntatis in ordinem redigere velit, securus omnino est maritus, nec hisce minis succumbere necessum habet, prout hanc cautelam suppeditat. Dn. Praeses *in caut. contr. sect.* 3. *c.* 8. §. 18. ex quo tractatu ad hanc materiam illustrandam utilissima monita, et cautelae tutissimae desumi possunt.

Obiter tantum adjungo, quomodo opulentus coelebs 71
capi facillime et licite possit, etiam in damnum propinquorum, ut totam ejus haereditatem lucret. Nam 72
quam facile est persuadere et precibus impetrare etiam ab avaro, ut me saltem in unico thalero haeredem scribat, quod si hoc impetravero, jam parta mihi est tota etiam ditissima haereditas, nec cogor quicquam restituere agnatis ab intestato succedentibus, quibus forte voluit relictam totam ab intestato haereditatem excepto illo pusillo in quo ego constituor haeres; sed 73
si unquam sane hic cognati experiuntur, propositum in mente retentum nihil operari *l.* 7. *c. de cond. ob caus.* Quaeras unde mihi tota haereditas ob unicum 74
relictum thalerum? R. Ex vulgato juris nostri principio: causa testati trahit ad se causam intestati, nemoque pro parte potest decedere testatus, et pro parte intestatus. *l.* 7. *ff. de r. j.* §. 9. *j. de haered. inst.*

Verum in his cautelis adhibendis praecavendum, ne 75
nimium caveamus, ex quo dolus praesumitur, qui nostra consilia pessundat, adeo ut cum maxime nobis nitimur cavere, re ipsa nihil nobis caverimus. Klock. *V.* 2. *cons.* 84. *n.* 9. Riminald. *cons.* 566. *n.* 53. por- 76
ro cavendum, ne contra jura nobis velimus cautum, de quibus machinationibus in fraudem legum adhibitis exstat illud ddrum assertum: *quod cautelae in hac vita ad gloriam, in futura ad gehennam aedificent.* Dn. Brunnem. religiosissimus ille juris antistes *in proc. inquis. c.* 8. *m.* 1. *n.* 57. et sic Angel *ad l. verba* 1. *c. de fals. caus. leg. adj.* ex visione quadam

Dynum ob cautelae cujusdam usum ad inferos damnatum scribit referente Brunner. *de collat. bonor. c.* 5. *n.* 78. add. dn. Praeses *in caut. contr. S.* 1. *c.* 1. §. 8. Idemque *ad jus eccles.* b. Brunnem. *l.* 1. *c.* 6. *m.* 1. §. 20.

CAPUT VII.

De damno rebus alienis licite illato in immittendo.

SUMMARIA

Quot modis capitur immissio? n. 1.
Quomodo hic? n. 2.
Licita est immissio in alienum, si constituta servitus. n. 7.
Saltem per praescriptionem. n. 14.
An sordes ex mea fenestra in vicinam aream ejicere licet? n. 28.
Quid si faciam, an vicinas fenestras statim obstruere potest? n. 33.
An stillicidium licet habere in alieno? n. 37.
An prohibere possum, ne vicinus aquam in suo habeat ad meum parietem? n. 42.
An cui post aream alterius domesticam hortum licet habere elevatum, ut aqua in aream istam decurrat? n. 45.
An quis aquam suam ex suo in agrum alterius derivare potest? n. 50.
An pati teneor vicinum, qui ex sordido suo opificio gravem odorem in domum meam immittit? n. 56.
An quis in suo cloacam struere potest, unde foetor in alienum immittitur? n. 71.
An fumum in alienum immittere licet? n. 82.
An sonitus et tumultus immissione alteri nocere licet? n. 89.
An ratio immissionis in alienum impedit, quo minus fenestram in meo faciam? n. 108.

1 Non hic capitur immissio pro actu, quo praetor actorem immittit in possessionem rei vel debitae, vel ex causa damni infecti, de qua immissione *in l.* 1. 2 *ff. ex quib. caus. in poss. eat.* Pertinetque potius ad modum auferendi, concessionemque judicis praesupponit, hic enim immittit jam ex primo, jam ex secundo decreto, et ita possessionem rei addicit. Vid. 3 passim *in tit. ff. de damn. infect.* Nos capimus hic immissionem prout supponitur *l.* 8. §. 5. *ff. si serv. vind.* ibi: *in suo alii hactenus facere licet, quat. nihil in alienum immittat. et l.* 2. §. 26. *seq. ff. ne* 4 *quid in loc. publ.* §. 1. *j. de serv. praed.* ubi res immissa dicitur, quaecumque in alienum, in quo jus non habeo, ita derivatur et immittitur, ut alteri molestiam creet, seu res illa sit corporalis, ut aqua, 5 tignum, seu incorporalis, ut foetor, clamor. De hac immissione jam receptum est axioma: licet aliquid facere in suo etiam in damnum alterius, dummodo 6 nihil immittatur in alienum. *d. l.* 8. Quia hac ratione libertas faciendi terminos rei proprie excedit, et jura alterius involat, alterumque in suo turbat et molestat, quod est contra *l.* 11. *ff. de r. j.* Imo contra vulgatam dominiorum distinctionem, cujus illicitae immissionis exemplum proponitur *in cap.* 2. *n.* 130.

7 Jam nostri est propositi ostendere, quatenus licita sit haec immissio; et quatenus per illam alter in- 8 commodari impune possit. Ubi quidem illa licentia immittendi frequentissima est, quae fit praevia servitute, et ita consensu illius, in cujus aream, vel pa- 9 rietem aliquid immitto, inde est servitus tigni immittendi, quando scilicet mihi fas est trabem alterius parieti immittere, inde et famosa est servitus oneris ferendi, quando mihi fas est partem aedificii mei pa- 10 rieti alterius imponere, quae onera satis sunt gravia, et ad illorum patientiam quis neutiquam cogendus, nisi de consensu semet submittendi constet, non enim dominus serviens tantum patientiam praestare debet, ut onus alienum suo parieti incumbat, sed et ad parietem reficiendum cogi potest, si ruinosus sit, et non amplius sufficiat oneri ferendo. Neque huic licet 11 excipere: de hac refectione tecum non conveni, sed saltem de patientia oneris ferendi; eliditur enim illa exceptio per *l.* 6. §. 2. *ff. si serv. vind.* et per vul- 12 gatum brocardicum, qui vult finem velit et media necessario ad illum finem ducentia, §. 2. *j. de his quib. manum. lic. l.* 2. *ff. de jurisd.* et ita serviens de nulla injuria conqueri potest. Quamvis hoc tandem 13 remedio eidem consuli possit, ut parietem ruinosum plane derelinquat, ita enim ipse ad quem tignum spectat, reficere cogetur per *d. l.* 6. §. 2. *fin.* Onera enim realia dimissa re evanescunt.

Quid si vero sine praevia servitute in alienum pa- 14 rietem tignum meum immitto, an quovis tempore alter mihi poterit obsistere? Non ita, sed hic vel ma- 15 xime principiis est obstandum, nam si per longum tempus passus fuero, ut alter trabem meo parieti immittat, jam mihi non amplius est integrum contradicere, sed silentium hoc et haec patientia idem operatur ac si expressis verbis servitutem constituissem *l.* 10. *pr. ff. si serv. vind. l.* 2. *c. de serv.* Tacitum 16 enim idem operatur quod expressum *l.* 3. *ff. de r. c. l.* 14. *ff. eod.* modo per tempus ad introducendam servitutem sufficiens tacuerim. Dn. Brunnemann. *ad Wesenb. tit. de servit. qu.* 10. alias taceus hic tacet 17 semper salvo suo jure, ita ut licet per annum, per biennium, contra attentata et immissa alterius tacuerit, tamen nihil impedit, quo minus tertio, quartove anno immissa adhuc destruere, suamque impatientiam declarare possit. Quodsi alter ita, uti in illicitis so- 18 lent homines, occulte trabem suam in alterius parietem immiserit, et per plurimos annos non fuerit animadversum, an ignorantia hic domino servienti patrocinabitur? Quod verum puto, licet enim praescri- 19 ptionem ignorantia non vitiet, *l. f. c. de long. temp. praescript.* tamen hic neutiquam fides mala succurrere debet immittendi. *l.* 1. *ff. de dol. mal. c. f. x. de praescript.* jurique ignorato regulariter non renunciatur. *l.* 19. *c. de inoff. test. l.* 10. *c. de donat.* quod 20 eo magis concedendum, cum moribus nostris velint obtinere, ut ob ignorantiam aliquis possit restitui, etiam contra b. f. praescribentem, Gail. *l.* 2. *obs.* 19. *fin.* Berlich. *p.* 2. *concl.* 10. Dn. Brunnemann. *ad l.* 2. *n.* 3. *et* 4. *ff. ex quib. caus. major.* Quod si au- 21

tem per taciturnitatem nimiam alter acquisivit, ut trabs jam immissa excuti nequeat, quaeritur ulterius, an domo ista corruta, si quis novam in eodem loco exstruat, jam de novo uti possit jure immittendi? 22 Quod pariter affirmo, semel enim servitus constituta et in esse deducta est perpetua. *l. 4. pr. ff. de servit.* 23 et praescriptio non tantum praescribit contra alterum in praeteritum, sed et in futurum. Nec obstat *l. 14. ff. si serv. vind. ibi: si cum meus proprius esset paries, passus sum te immittere tigna, quae antea habueris, si nova velis immittere, prohiberi a me potes, imo etiam tecum agere possum, ut ea, quae* 24 *nova immiseris, tollas.* Lex enim ista vel restringenda ad certum casum conventionis, mediante qua servitus potest restringi. Vid. Coepoll. *de s. p. u. c.* 30. 25 *qu.* 5. vel dicendum, quod domino immittenti non licet alter immittere, quam antea concessum. Mutare enim servitutem non licet, sed quam viam semel ire coepisti, eam perpetuo ambulabis. *l.* 9. *ff. de servit.*

26 Vix itaque restat dubium, quo minus alteri immittendo noceri possit praevia servitutis constitutione, at quid tandem extra casum servitutis? Nullus ne da- 27 tur modus immittendi licitus in alienum? Liceat hoc examinare in specialibus objectis, circa quae immissio versatur. scil. immittitur in alienum, vel aqua, vel fumus, foetor, itemque clamor, seu tumultus, it. tigna alieve sordes, quae satis molestiae creant illi, in 28 cujus solum immittuntur. De tignis jam tum dictum est in praecedentibus; quid se sordibus, quae ex mea fenestra in aream alterius ejiciuntur, an hoc licet si- 29 ne constituta servitute facere? Neg. licet sint sordes minores *arg. d. l.* 8. §. 5. *ff. si serv. vind.* et licet quis habeat servitutem projiciendi in vicini fundum, haud tamen poterit stercus, urinam aliaque projicere immunda, nisi et hoc sit in servitutis constitutione expressum vel ex loci natura fieri queat, *so es ein unsauberer Winckel waere.* Uti ex Coepolla notat Besoldus *in delib. jur. ex lib.* 8. *ff. th.* 13. Indeque col- 30 ligit Coepoll. *d. s. p. u. c.* 31. *qu.* 4. Si quis lapidicidia in domo sua seu area lapides caedit, et fragmenta cadunt in vicini fundum, prohibere possit ne ita caedat; limitationem tamen addit, sc. nisi postea murus vicini cecidit, cum jam tum lapicidinam in suo exercere coepisset, et propter hunc lapsum jam cadunt fragmenta in aream vicinam, ob rationem, quia hic 31 locus praeventioni. Quae sane ratio satis debilis; potius dicerem, adhuc jus prohibendi obtinere ob *d. l.* 8. nisi vicinus teneatur murum sartum, tectumque 32 servare, tunc enim si per ejusmodi immissionem nocitum fuerit vicino, queri nequit, imo ne quidem tunc, si pecora mea ob lapsum muri jam transire possunt ad aream vicini, ibique noceant; culpa enim pe- 33 nes ipsum, quod non reficiat, ad quod tenebatur. Quid si vero quis ita sordes per fenestram ejiciat in aream alienam, jam eo ipso statim alter licentiam nanciscitur fenestras obstruendi? Aff. si jure suo ejiciens fe- 34 nestras in suo pariete fecerit per dicta *in cap.* 2. *n.* 35 153. Sed quid si ejicienti servitus luminum seu ne prospectui aut luminibus officiatur, debetur? Videbatur et in hoc casu affirmandum, quia abusus juris est privatio juris §. 2. *j. de his qui sunt sui vel al. jur. c.* 2. *x. de postul. l.* 11. *c. de judaeis. arg. l.* 2. *ff. de his* 36 *qui sine nam ad libert. perm.* Sed aequior hic est negativa, non enim omnis abusus rei privationem inducit, sed communiter requirunt, ut abusus sit enormis et notabilis, 2. perpetuus, ita scilicet, ut si quis ab abusu nolit desistere, tunc privatio recte dicteatur. Aug. Beroj. *vol.* 1. *cons.* 120. *n.* 30. *seq.* Redoan. *de reb. eccles. non alien. qu.* 79. *n. seqq.* add. Disput. du. Praes. *de abusu juris quaesiti. c.* 1. *n.* 39.

Quid vero juris in aqua in alienum immittenda, et 37 primo quidem an licet stillicidium habere in area alterius? Diceres quidni, cum aqua guttatim cadente 38 minus damni in area vicini fieri possit; imo vero multum damni inde infertur. Quoniam si in tempore 39 non fuerit desuper protestatio interposita, sed per longum temporis spatium tacuerit, jam impeditur in illo loco, ubi destillat aqua, aedificium ponere, dum per destillationem murus madefieret, et corrumperetur, vel ad minimum cogitur canalem solus habere, in quo aqua tam ex suo, quam vicini tecto colligatur. Quod si vero in tempore stillicidium vicini prohibuis- 40 set, jam communibus sumptibus ille canalis haberetur. Sed in inferiori parte licetne aquam pluvialem derivare per aream vicini? Neutiquam, sed opus est eum 41 in finem servitute fluminis, et licet haec tandem sit constituta, tamen non quamvis aquam immittere potest, non sordidam, foetidam aut impuram; hanc enim ut immittere liceat, peculiari opus est servitute, sc. cloacae.

Quod si aqua sordida ita allueret parietem, ut eum- 42 dem penetraret, et in domum areamve vicini perveniret, an domino laeso competit actio ad hoc, ut aqua a pariete removeatur? Ita videbatur, quia nihil im- 43 mittendum in alienum; sed facile excusabitur dominus ita immittens, et potius culpa erit penes alterum, qui murum suum rectius munire, et incrustare debebat, ne tam facile aqua penetrare posset. Modo 44 non aqua illa fere sit perpetua, semperque ad parietem vicini stagnet. Quo casu omnino compellendum arbitror vicinum, ut aquam removeat. *l.* 19. *pr. ff. d. s. u. p. arg. l.* 13. *pr. ff. eod.*

Quid juris in casu, quo quis post aream alterius 45 domesticam, hortum habet elevatiorem, ita ut aqua pluvialis ex horto decurrat in istam aream. Pro do- 46 mino horti facit textus *in l.* 1. §. 22. *et* 23. *ff. de aq. et aqu. pluv. arc. ibi: semper inferiorem agrum superiori servire.* At pro domino domus facit *l.* 8. §. 5. *ff. quemadmod. serv. vind.* Ubi ita in suo facere licet, ne quid immittatur in alienum. Puto litem hanc 47 distinctione dirimendam esse: si hortus demum domo jam exstructa ita fuit elevatus, merito favendum domino domus ob *d. l.* 8. Si hortus jam ita fuerit ele- 48 vatus, antequam domus exstrueretur, victoriam causae reportabit dominus horti, quia sine dubio attendendum, quis prior in possessione exstiterit, quam in gratiam alterius nemo derelinquere cogitur, et im- 49 putet sibi novus exstructor, quod aream ita depressam fecerit, aut si situs ex natura si depressus, pati nihilominus cogitur, quoniam semper est haec servitus inferiorum praediorum, ut natura profluentem aquam excipiant.

Quid si autem quis agros habeat aquis inundatos, 50 quas tamen facile amovere potest, si aggerem naturalem perfodiat, quo ad inferiores agros decurrat, an hoc licitum? Non videbatur, si ex *l.* 8. §. 5. decidere 51 velis, quia nihil est licitum in suo, per quod aliquid

52 immittitur in alienum. Sed rectius affirm. et quidem per *l.* 1. §. 3. *ff. de aq. et aqu. pluv. arc. ibi: licet aliquid in suo facere, fossamque ducere agri sui*
53 *siccandi et colendi causa. add. d. l. t.* §. 23. Imo diceres: locus, in quem ex tue immittitur, etiam ager est, quidni ergo prohibere possis, ne immittatur, cum hic locum habere possit: privilegiatus contra privilegiatum non utitur privilegio. Sed concedo haec, si aqua immissa in agro subjecto substituta es-
54 set, nec statim recessura. Quid si vero ex isto agro statim sit recessura in alia loca, quidni jus haberem
55 immittendi? Atque ita etiam memini me a duo Praeside audivisse, quod responsum sit a facultate hac illustri, cum rustici agrorum inferiorum armis diu noctuque excubarent atque terrerent caeteros, ne possent perfodere.

56 Sequitur ulterius de immissione foetoris, an quis illa in suo facere possit, ex quibus foetor in alienum immittatur? ubi quidem statim excipio illum odorem, qui quidem delicatis naribus facile gravis et molestus existit, quorum contradictio frustranea foret, et immissionem impedire nequiret. *arg. l.* 8. §. 6. *ibi: non*
57 *gravem. ff. si serv. vind.* Sed quaestio supponenda de odore graveolenti, et pestifero, ex quo aer infici, morbique nasci possunt. Et eo jam pertinent pellipa-rii, fullones, sulphurarii, quorum exercitium seu opificium in egregio consistit foetore, ex quo noscuntur,
58 antequam innotescant. Quaeritur ergo, poteruntne expelli, aut saltem artis exercitium iis interdici a vici-
59 nis ob damnum illatum? Deneganda haec facultas videtur, quia suo jure isti opifices utuntur, nemo enim in artis suae exercitio turbandus, quin potius in arte,
60 quam didicit, semet quisque exerceat: quod vero ex illo exercitio haec oriatur molestia, quid inde culpae imputari poterit opificibus, quoniam per eos non stat, qui non possunt facere, ut res sordida et foetida non
61 oleat. Interim melius in hac controversia sopienda distinguendum puto, an quis rem foetidam exerceat in loco illo, ubi communiter isti opifices commorantur,
62 an vero extra illum. Priori casu accola ferre tenetur istum foetorem, aut cedere, habet enim quod sibi imputet, dum in illo loco aedificium struxerit, aut conduxerit, ubi constabat illam exerceri sordidem.
63 Indeque recte in possessione defenditur fullo, quippe qui prior tempore, et hinc potior etiam jure. *arg. l.*
64 3 3. *de leg.* 1. *c.* 9. *et* 12. *ff. qui pot. in pign.* Et quamvis forte per longum tempus ars illa non fuerit exercita, ita ut justam ignorantiam praetendere possit, inde tamen alteri non jus prohibendi quaesitum, quoniam artis exercitium est res merae facultatis. *arg. l.*
65 2. *ff. de via publ.* et cogitare debuisset, futurum aliquando, ut iterum hujus generis artifices sedes pristinas sint occupaturi, aut qui adsunt, exercitium artis repetituri.

66 Quid si vero ejusmodi locus in urbe fullonibus non sit destinatus, an liberum erit in quavis domo illam
67 artem exercere in incommodum vicinorum? Neg. sive domus illa sit conducta, sive fullonis propria. Licet enim jura permittant, ut quis in domo sua faciat, quod velit, etiam in damnum tertii, modo sibi prosint, tamen damnum hoc non ita permittunt, ut immittendo exerceatur, prout saepius iteratum per *d. l.*
68 *aristo* §. 3. jam vero per hunc foetorem aer redditur pestilentiosus, et sic facile morbum vicinus vel ipsius familia exinde contrahere posset, cui sententiae patrocinatur *l.* 2. §. 29. *ff. ne quid in loc publ.* Ubi si 69
odore locus pestilentiosus fiat dabitur laeso interdictum, quo experiri possit contra excitantem ejusmodi foetorem, atque ita per hunc textum concludunt Coepoll. *de s. p. u. c.* 48. *n.* 3. Francisc. Ripa *de peste c.* 4. *de rem. praes. contr. pest.* add. Menoch. *cons.* 26. *n.*
15. Dn. Praeses. *tr. de j. s. diss.* 5. *c.* 3. *n.* 28. Nec obstat, 70
quod nocivus praecise non sit foetor, multo minus pestilentiosus, qui tolerari potest ab ipsis hujus artis exercitoribus; sed brevibus respondeo, non eadem omnibus conveniunt, nec natura, quae per consuetudinem in istis opificibus alteratur, omnibus est eadem.

Quid sentiendum de cloaca, quam solemus vocare 71
necessarium, an ad aream vicini illam in nostro extruere licet? Negativam suadere videtur ratio immissionis, quae aeque hic uti in praecedentibus potest reddi. Sed distinctione illam decidere licet quaestio- 72
nem, scil. aut erigimus cloacam ad parietem vel aream vicini, quam pariter vicinus sordibus, limoque destinavit, aut ad hortum aedificiumque. Priori casu quin 73
liceat, nullam video rationem, cum revera vicinus, damnum per foetorem dari, non possit queri, quoniam locus iste foetori, atque sordibus excipiendis consecratus; nec attendi debet, quod per vicini cloa- 74
cam iste odor incrementa capiat, modo necessarium illud tanto spatio distet a vicini area, ut nulla excrementa in illam immitti possint, multo minus debet exstructum esse ad parietem vicini *arg. l.* 13. *et*
19. *ff. de s. u. p.* Sicuti etiam insuper Saxones requi- 75
runt *dass die Heimlichkeit, die gegen eines andern Hoff überstehen, bis in die Erde bewircket werden. Landrecht l.* 2. *art.* 51. Noricus *ad* §. 1. *in. f. inst. de servit. praed.* Quoad posteriorem vero casum, pariter 76
licitam dicit cloacae exstructionem. dn. Carpzov. *p.* 1. *decis.* 108. ibique praejudicio confirmat, ob rationem, quia vicinus locum necessarium in pariete suo aedificans suo jure utitur, et hinc nemini facit injuriam *l.* 9. §. 1. *ff. de cond. caus. dat. caus. non secut. l.* 55. *ff. de r. j.* Verum enimvero haec libertas in suo ex- 77
struendi vulgatam patitur restrictionem, si per illam aliquid in alienum immittam. Hinc saltem discutien- 78
dum, an tanti sit haec immissio foetoris, ut vincula libertati alterius injicere possit? Equidem arbitrium judicis et inspectio nunquam hic seponenda, interim puto, nimii foetoris immissionem aequiparandam esse immissioni alicujus trabis aut levium fragmentorum, quae nunquam tantam molestiam damnumque vicino creare possunt ac foetor ejusmodi, jam vero ob pro- 79
pendens aliquod asserculum, et leve projectum in meo mihi destruendi statim licentia competit. *l.* 29. *pr. ff. ad. l. aquil. d. l.* 8. quidni et immissum foetorem, qui non duorum aut trium pedum spacium incommodat, sed totam saepe aream infestat? Indeque etiam 80
statuunt dd̄res, quod illa illicita immissio non praecise aestimanda ex damno visibili, vicino dato, sed sufficit, si damnum tale sit ratione materiae substratae, ratione vicini praedii, licet in se alioquin tale non videatur. Dn. Praeses *tract. de jur. sens. diss.* 5. *c.* 3. *n.* 19. Inde non admittenda est exceptio, si au- 81
ctor hujus necessarii diceret, poteris hunc foetorem ex tuo avertere murum opponendo. Nam ut taceam, nondum ita statim coerceri posse foetorem, jam tum ipsa immissio sui natura factum in suo reddit illici-

tum . et saltem quaeritur, an quid in alienum fuerit immissum. Dn. Praeses *d. diss.* 5. *c.* 3. *n.* 25.

82 De fumo autem ita tenendum, quod si quis in suo ignem solitum faciat, quem usus familiae exigit, et ita forte fortuna alicui fumo molestus existat, non poterit a vicino prohiberi, quippe qui jure suo utitur,
83 nemini facit injuriam *l.* 9. *ff. de cond. caus. dat.* igne enim ad necessitatem quisque in suis laribus opus habet. qui non erit sine fumo, cujus est natura sursum tendere, et divagari. *l.* 8. §. *pen. ff. si serv. vind.*
84 Sin autem praeter modum consuetum, vel in quantitate vel in qualitate ignem solitum augeat, unde fiat fumus gravior, vel copiosior, (si videlicet res foetidas, ut centones coriorum, stipulam madidam, vel foenum comburat, quo ipso molestus sit olfactui vicini) prohibitio fieri potest, si servitus in eum finem
85 non sit constituta, sicut id in specie de fummo ex taberna casearia immisso asserit Ulpianus *d. l.* 8. §. 5. *ff. si serv. vind.* Gregor. Tholosan. *syntagm. per l.* 4. *cap.* 13. *n.* 6. Coepolla *de s. u. p. cap.* 53. Casp. Mantz. *de s. u. p. n.* 271. Dn. Praeses *in d. diss.* 5. *c.* 3. *n.* 8. *seqq.*
86 An vero musaei conductor ob fumi, odorisve ex inferiore parte aedium immissionem potest a conductio-
87 ne recedere? Distinguo, aut scivit conductor de isto musaei vitio, et recedere ante finitam locationem non potest *arg. l.* 14. §. *f. ff. de aedil. edict. arg. l.* 9. §. 1. *ff. loc. cond.* aut nescivit, sed vitium hoc fuit superveniens, et non dubito, quin pro lubitu a conductio-
88 ne recedere possit. *arg. l.* 27. *ff. loc. cond.* imo etiam ad interesse agere cum locatore, quod non praestet re uti frui, si culpa ejus probari possit. *l.* 9. pr. §. 15. §. 1. 2. *vis. et.* §. *l.* 33. *ff. locat.*
89 His subnectendum, an clamoris sonitusque immissione alteri noceri possit? Non dicam hic de ebriosorum boatu, illicitoque tumultu, quem omnes honestiores merito damnant, dignoque odio prosequuntur; saltem hic discutiendum quid liceat fabro, qui malleorum continuo sono molestus, quid alii opifici
90 strepiferum artem exercenti? Ubi quidem cum in re licita versentur, facile quivis fatebitur, illorum molestias esse ferendas, ita ut vicinus prohibere nequeat, quominus vietori aedes meas locem, aut vietor alioqui hujus sortis opifex aedes in proximo aedificet: da-
91 mnum enim, quod per immissum sonum infertur, sane nec vitae periculum causatur, nec valetudini vim infert, sed saltem voluptati aurium adversatur, quae annon utilitati alterius, imo necessitati etiam publicae cedere debeat, non est quisquam qui dubitet, nisi
92 in casu, quo studiosus vel doctor per ipsum strepidum vicini a studiis avocatur, ejusque meditationes
93 turbantur. Quidni enim hic magis favendum studiis, iisque, quorum scientia totus illuminatur mundus, quorum vigilantia res publica stat et viget. *auth. habita. c. ne pater pro filio.* Quid quaeso probrosius foret civitati, si permitteret, ut literati cederent mechanicis, hominibus plebeiis parum ad splendorem communem conferentibus? In uno enim loco impossibile est illos posse consistere. Studia tranquillum habitandi locum requirunt, recessus amant musae, ne meditando turbentur aures et mentes a studio literarum avertantur. *l. un. fin. c. de stud. lib. urb. rom.*
95 Carpzov. *p.* 2. *c.* 37. *def.* 23. *n.* 4. Quamvis itaque alias sua cuique domus receptaculum sit tutissimum, nemoque invitus expelli debeat *l.* 13. *ff. de in jus vocand. l.* 23. *ff. de injur.* tamen hoc suam patitur restrictio- 96
nem per intervenientem utilitatem publicam, quae fac cit, ut id, quod videtur in alterius tendere injuriam, revera tamen non sit injuriosum *l.* 33. *ff. de injur. l.* 51. §. *f. ff. ad l. aquil.* in causa enim jus est positum *l.* 52. §. 2. *ff. ad l. aquil.* Add. Richter. *disp.* 3. *ad auth. habita.* §. 2. *ve.* 46. Schneidew. *ad* § *ult. n.* 6. *j. loc. cond.* Dn. Praes. *tr. de j. sens. diss.* 3. *c. n.* 11. Liebenthal. *de privil. studios. disp.* 1. §. 7. *lit. b.*
ita tamen, ut talis opifex turbatus sua domo cedere 97
non cogatur, priusquam justam illius aestimationem acceperit *arg.* §. 2. *ff. j. de his qui sunt sui l. al. jur.* Multo magis ergo cogendus est dominus, ut domum 98
suam juxta literatorum aedes hisce invitis illi opifici non locet, sed alii quiete viventi. Rebuff. *de privil. studios.* 3. Horat. Lucas *de privil. scholar. priv.* 46. Carpzov. *p.* 2. *c.* 37. *d.* 23. Bonacin. *de contract. et restit. disp.* 3. *qu.* 7. *p.* 18. *n.* 2. *colleg. jur. argent. ad tit. ff. locat. cond. n.* 14. Hoc jus expellendi qui- 99
dam saltem concedere et asserere volunt domibus, dum id vocant privilegium ordinis doctoralis. Coler. *de proc. execut. p.* 1. *c.* 4. *n.* 8. Verum non decet per invidiam 100
restringere favores, qui non personae, sed studiis indulti, et non minus studiis jam consummatis, quam consummandis, quoniam haec quiete quam maxime opus habent, ut consummentur, et ad finem optatum
perducantur. Satis enim taediorum jam tum aliunde 101
propinatur studiosis, quorum infirmos animos non nimis onerandos esse putavit Justinianus §. 2. *j. de j. et j.* Indeque rectius ad quosvis studiosos, tum qui 102
jam publicis commodis acta sua scientia inserviunt, tum, qui industria sua et indefesso studio egregiam spem utilitatis futurae prae se ferunt, extendunt, Finckelth. *obs.* 64. *n.* 19. Dn. Praeses *d. diss.* 3. *c.* 2. *seq.* Liebenthal. *d. l.* Menoch. *a. j. qq. l.* 2. *c.* 237. *n.* 4. *et n.* 31. ubi refutat Ripam, qui *in l.* 2. *ff. sol. matr. n.* 138. statuit, scholasticum tum demum expellere 103
posse fabrum, si ita literis navet operam, ut ad doctoratus gradum possit pervenire. Imo aliquando a stu- 104
dioso expellente artificem strepiferum fuisse exactam cautionem de damnis et impensis ipsi artifici refundendis, si contingeret ipsum scholasticum non proficere, nec ad gradum doctoralem pervenire, recte reprehendit Menoch. *d. l. n.* 32. An autem opifex iste 105
contra literatum jure praeventionis uti possit, vid. dn. Praeses *d. l. n.* 15. ubi *n.* 20. caute pro judice subjicit, ut in ejusmodi controversia probe attendat 1. Qualitatem loci, ubi quisque habitat. 2. Qualitatem strepitus an tantam molestiam secum ferat, ut studia turbentur. 3. Qualitatem personae expulsionem petentis. 4. Consuetudinem loci, an speciatim quid in certo loco quoad hanc controversiam receptum, ubi tamen in dubio in favorem studiorum pro literato pronunciandum. Quod autem Liebenthal. *d. l.* addit, injun- 106
gi posse fabro, ut ab exercitio artis desistat propter vicinum infirmum, si strepitus ei noceat, facilius largirer in illo fabro, qui tempore infirmitatis demum ibidem vel aedes conducere vel exstruere exercitiumque incipere velit. Difficilius vero in illo, qui sem- 107
per hactenus illic loci suae arti indulsit, quoniam facile aegrotus in ejusmodi cubiculum domus suae vel alienae se conferre potest, ubi tutus a strepitu.

Ultimo loco hic paucis subjiciendum, quod sint, qui 108

ideo nolunt admittere, ut quis contradicente vicino in pariete suo fenestram faciat, quia dicunt, prospectu non minus laedi vicinum, quam pedum illatione, et se-
109 cundum Xenocratem nihil interest, utrum pedes an oculos in alienum immittas, quod pro hac sententia ex Plutarch. περι πολυπραγμαν; referunt Cujac. *l.* 1. *obs.* 31. Duar. *l.* 1. *univers. disp.* 38. add. Bes.. *delib.*
110 *jur. ex libr.* 8. *ff. qu.* 12. Verum nullius est momenti ista prospectus immissio, et hinc defendimus adhuc illam libertatem faciendi in suo fenestram prout *supr. c.* 2. *n.* 146. factum; add. Boc. *class.* 4. *disp.* 7. §. 50. Tim. Fab. 15. §. 7. Donell. *l.* 11. *c.* 5. ibique Hillig. *in*
111 *not. lit. d. et. e* dicentes rectius, quod prospectu nihil immittatur, cum visus non fiat radiorum immissione, sed peragatur patiendo, dum rerum simulacra ad oculos perveniunt. Hoc saltem notetur, aequitatis esse, ut 112
dominus ejusmodi fenestras, quae aperiri possunt, praesertim si terrae propiores sint, graticuletur, *dass er sie vergittere,* quam legem Lucensium esse refert Joh. Ludov. *dec. lucens.* 18. cum quo consentit statu- 113
tum Wirtenbergense *in der Bau Ordnung fol.* 44. ubi ita sancitur: *Welcher in seinem Wand-Gebaeu oder Mauren, Fenster, oder Laden hat, dadurch er in eines andern seines Nachbarn Hauss oder Hoff sehen, werffen, ausschütten oder ausstreuen mag, so sollen solche Laden und Fenster mit eisernen Stangen und andern starcken Gattern nach Erkaentniss der Untergange auf Maass jedes Ortes Herkommen, für Ausschütten, Steigen, und sonst andern, das zu Schaden dienen möchte, vermachet werden,* vid. Besold. *d. l.*

CAPUT VIII.

De damno rebus alienis licite illato omittendo.

SUMMARIA

An damnum culpa levissima in omittendo datum sit licitum? n. 3.
Neg. n. 8. *seq.*
An depositarius teneatur in casu incendii res suas praeferendo depositis? n. 18.
An idem in rebus commodatis? n. 28.
An debitor obaeratus creditoribus damnum inferre potest non acquirendo cum posset? n. 31.
Affirm. n. 32.
Examinatur ratio. n. 33.
An idem procedit in creditoribus hypothecariis? n. 47.
An haeres omissa causa testamenti ab intestato possit succedere in damnum legatariorum? n. 51.
An haeres extraneus omittere possit haereditatem in damnum legatariorum? n. 54.
An tertius licite omittere possit conditionem in damnum haeredis sub conditione instituti? n. 65.

1 Hactenus discussimus, quomodo per varia genera licitum rebus alienis damnum inferatur committendo,
2 jam sequitur damnum *ex omissione ulterius existens,* id quod eo saepius contingit, quo minori, imo nulla constat opera et labore, sed ex nuda negligentia et pigritia naturae humanae quasi insita, exsurgit, facilius labimur omittendo quam committendo. An autem
3 damnum culpa levissima datum impunitum sit, dubitandi rationem subministrant doctores, qui statuunt culpam levissimam omittendo commissam exemptam
4 esse a vindicta l. aquil. Quamvis enim in hanc etiam veniat culpa levissima. *l.* 44. *ad l. aquil.* explicant tamen illam communiter saltem de commissione, non vero omissione, Vinc. Carocc. *de loc. p.* 2. *tit. ad l. aquil.* Jos. Ludov. *dec. Perus.* 25. *n.* 15. Menoch. *de a. j. q. cas.* 390. *n.* 7. Zoes. *ad ff. tit. de l. aquil. n.* 7. Rauchb. *l.* 1. *qu.* 10. *n.* 84. Tiraq. *de jure const. n.* 56. Dn. Brunn. *ad d. l.* 44. *n.* 1. et hoc quidem ob *l.*
5 13. §. 2. *ff. de usufr.* cujus decisi rationem multi quidem collocant in eo, quia majus est delictum quod facto committitur, quam quod omissione perpetratur.
6 Quod utut concedam, eo ipso tamen nondum probatum, cur in actionem legis aquiliae non veniat. Inde puto hoc ideo fieri, quod l. aquil. saltem de damno facientis primario loquatur, *arg. l.* 8. *et l.* 27. §. 9. *ff. ad l. aquil.* ibi: *qui custodiit nihil fecit.*

Quid ergo ne ista damnosa omissio erit licita? Co- 7
varr. quidem *de matrim. c.* 6. §. 8. *n.* 17. tradit, propter levissimam in omittendo culpam non teneri quemquam in foro conscientiae, cui adstipulatur Valer. *in diff. utr. fori voc. damnum diff.* 1. etiam illud addendo 8
quod damnum datum ex sola culpa levi et levissima extra contractus non debetur in foro conscientiae, sed tantum in foro judiciali post declarationem et sententiam, quasi vero conscientia probaret illam culpam admissam, cum etiam delicta ignorantiae Deum agnoscant vindicem. vid. disp. dn. Praes. *de foro conscient. c.* 6. *n.* 42. Quod etiam de culpa commissio- 9
nis expeditum videtur, in culpa vero omissionis levissima, licet directa actio l. aquil. locum non habeat, utilis tamen non excludenda arg. §. *fin. j. ad l. aquil.* et *d. l.* 27. §. 9. *eod. tit.* Nec quicquam facit in contrarium *l.* 13. §. 2. *ff. de usufr.* ibi: *usufructuarius qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, is qui aquarum ductus corrumpi patitur. l. aquil. non tenetur.* Quid enim impedit, quo minus hoc intelli- 10
gamus de actione directa, quae factum reale requirit, sc. ut vel corpore damnum datum vel in corpus agendo *d.* §. 16. *j. de l. aquil.* et nihilominus ad utilem confugiamus vel ad actionem in factum, quae quamlibet corruptionem restituit. *d.* §. 16. praesertim cum 11
ipsa *d. l.* 13. illam omissionem usufructuarii non probet, sed judicis animadversioni committat, adeo saepe de re consentimus, et in vocabulis anxie rimamur, litesque ducimus.

Quod vero *Valerus* supra dixit; culpam levem et 12
levissimam in foro poli extra contractum non esse praestandam, hoc facilius concederem, et etiam ad forum soli extenderem, si in omittendo constiterit. Ne- 13
mo enim rerum alienarum, quas non possidet et quibus nullo contractu devinctus est, curam suscipere tenetur, sed culpa est potius immiscere se rei ad se non pertinenti *l.* 36. *ff. de r. j.* Nec obstat, quod 14
negotiorum gestio concernat bona absentis et ignorantis, et aliena, quae ad nos non pertinent, hic enim contractus non oritur ex necessitate, sed aeque ut alii omnes ex libero arbitrio *per l.* 5. *c. de o. et a. l.* 17. §. 3. *ff. commodat.* adeo ut ne quidem ille gestor, qui 15

ex necessitatis opinione aliena administrat, actionem negotiorum directam consequatur *l.* 29. §. 2. *l.* 29. *ff. de n. g. l.* 6. *c. eod.* D. Brun. ad Wes. *tit. de n. gest. q.* 16 13. Neque porro obstat, quod crimen contrahere dicatur, qui non prohibet, quod prohibere potest *l.* 4. 17 *pr. ff. de noxal. act. l.* 50. *l.* 109. *ff. mand.* Distinguenda enim est culpa levis et levissima praesertim a dolo, ideoque non nego, si quis cum possit alterum liberare sine omni periculo suoque incommodo, et scit etiam se posse, eum non tam in culpa, sed dolo versari, hincque dolose omittentem saepe poenam incurrere. 18 Inde nullum est dubium, quin depositarius teneatur, si in casu suborti incendii, cum res depositas a flamma servare potuisset, negligit, et saltem suis rebus 19 consulit. Quid si vero periculum in mora, ut res utrasque servare non possit, sed aut depositas derelinquere aut suas cogatur, an tenetur si eo casu magis suis, 20 quam depositis, consuluerit? Quod iniquum puto asse- 21 rere, si enim depositarius non minorem, quam suis rebus, praestare tenetur diligentiam, utique ad majorem obligari non potest, sed saltem ad aequalem, haec vero aequalitas in casu necessitatis servari cum non possit, quae ratio naturalis me compellere potest, ut damnum in meo patiar, quo majus proximi commodum promoveam, nisi ad majorem diligentiam me obli- 22 gavero? *arg. l.* 6. *c. de servit.* Et quamvis diceres, depositarius res suas praeferendo nullum damnum patitur, dum actione neg. gest. hoc eidem est resarciendum. Molin. *de j. et j. tr.* 2. *disp.* 296. Laym. *theol. moral. l.* 3. *tr.* 4. *c.* 7. *n.* 7. Lugo *de j. et j. disp.* 23 8. *S.* 10. *n.* 230. Magis tamen semper interest, ut quis rem suam salvam habeat, quam post vulneratam causam remedium quaerat. *l. fin. c. de temp. et integr.* 24 *rest. ad d. l.* 5. *et* 6. *ff. de susp. tutor.* Et hoc etiam multi concedunt, si res deposita non sit majoris pretii, quam propria. Lauterb. *ad tit. depos.* §. *si res deposita.* Quodsi autem illa pretiosior, sic contendunt, rem depositam praeferendam. Bonac. *de contr. et rest.* 25 *d.* 3. *q.* 1. *p.* 6. *n.* 40. *vers. verum tamen est.* Ego tamen adhuc puto excusandum esse depositarium, si res suas praeferat, ob affectionem naturalem, quam quisque ad res suas habet dn. Praes. *in caut. contr. S.* 2. *c.* 3. §. 2. Carocc. *de re depos. p.* 2. *q.* 2. Dn. Brunn. 26 *ad l.* 5. §. 4. *ff. commod.* nisi forte hae admodum viles fuerint, et aeque facile, imo facilius res ingentis pretii depositas praesenti periculo eripere, quam suas po- 27 tuisset. Quo referendum responsum facultatis Helmstadiens. ap. Hahn. ad Wes. *tit. dep. n.* 14.

28 Haec omnia secus se habent in re commodata, ubi commodatarius tenetur regulariter ad diligentiam exactissimam, et hinc majorem curam in rebus commodatis, quam propriis conservandis adhibere debet, adeo ut incendio vel ruina suborta commodanti teneatur, si 29 eum posset res commodatas salvas facere, suas praetulit. *l.* 5. §. 4. *ff. commod.* ubi quidem Gothofr. *lit. d.* putat, usu praevaluisse ut quis res suas praeferre possit, *per l.* 14. *pr. ff. d. p. v. et l.* 6. *c. de serv.* 30 Sed standum omnino adhuc hodie est pro observantia *d. l.* 5. quae cum *d. l.* 14. *et.* 6. non pugnat, quippe quae intelligendae sunt de casu, ubi quis alteri se non ad majorem, quam suis rebus adhibere debet, culpam obligavit.

31 Non praetereunda hic est quaestio, an debitor obaeratus (nam de debitore qui adhuc solvendo est, non necessum hoc est quaerere) in damnum creditorum bona de novo vel ex testamento, vel alio titulo lucrativo delata repudiare, et non acquirendo licite nocere possit? Quae licentia probatur *l.* 6. *pr. ff. de his quae in* 32 *fraud. credit. l.* 134. *ff. de r. j.* Cujus decisi reddunt 33 hanc rationem, quia praetoris interdictum in *l.* 1. *pr. ff. de his quae in fraud. cred.* pertinet tantum ad patrimonium suum diminuentes, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur *d. l.* 6. *pr.* Sed forte in rationis rationem hic inquirere posses. Quidni enim fraus fie- 34 ret ipsis creditoribus, si debitor non acquirit ea, quae commode acquirere posset, indulgendum quidem foret debitori quoad acquisitionem, quae laborem sudoremque postulat; at quae conniventia quoad acquisitionem, 35 quae sola acceptatione vel verbo declarata fieri potest? Alias probatum inter ddres brocardicon: potentia fa- 36 ciendi factum repraesentat *l.* 174. *ff. de r. j. l.* 50. *de contrah. empt.* cur non et hic applicatur? Mirum sane! 37 offert aliquis Mevio magnam pecuniae summam donato, nihilque amplius quoad plenam acquisitionem requirebatur, quam ut Mevius diceret, accepto. Nonne 38 jura hance pertinacem noluntatem pro voluntate et consensu habere possent, ut tribueretur creditoribus, quod debebatur illis? Animadvertit hoc aequitatis na- 39 turalis deliquium dn. Brun. *ad d. l n.* 7. maxime *ob. l.* 4. *eod.* ibi: *in fraudem facere videri etiam eum, qui non facit quod facere debet.* Neque etiam plane ab hac 40 aequitate jura abhorrent, dum statuunt in fraudem fisci etiam illum facere, qui non acquirit *l.* 45. *pr. ff. de j. fisci* cujus rationem quidam ponunt non in speciali privilegio, sed in jure hypothecae, quod fisco tacite competit. *l.* 46. §. 3. *ff. de j. fisc.* Andreol. *contr. for.* 208. *n.* 7. Indeque in supremis Galliae curiis ali- 41 quoties placuit, legitimam a filio obaerato in fraudem creditorum repudiari et remitti non posse, creditoresque recte petere, ut in filii repudiantis locum surrogentur. Joh. Baquet *in tr. du droit. de justice c.* 21. *n.* 355. Hoc facile concedo, quod ille, cui jura saltem 42 alienationem inhibuerunt, non peccet, si omittat acquisitionem. *l.* 119. *ff. de r. j.*. Interim cum hactenus 43 contra dictam legis sanctionem contraria consuetudo non sit introducta, inhaerendum legi etiam durae; quamvis suam aequitatem exinde commodare videatur, quod miseriae debitorum contra acerbitatem creditorum consulere voluerit, ut spe metuve futurae acquisitionis vel repudiationis eo minus eos enervent, et exerucient, sed potius ad liberalem remissionem commoveantur. Caverunt enim passim prudentes legisla- 44 tores, ut obex creditorum nimiae duritiei poneretur, et remissio fiat quaedam ipsis creditoribus, prout videre est *c.* 7. *n.* et passim apud ddres jam levamina 45 debitorum, ut Mevius, jam asyla, ut Carpz., jam patrocinia, ut Manzius, jam labyrinthum, ut Salgado, in utilitatem debitorum proponentes. Eamque ob cau- 46 sam non opus puto pro removenda ab hac dispositione iniquitatis specie ad distinctiones confugere, uti facit Vincent. de Franchis *dec.* 101. *n* 15. vid. Castill. *controv. l.* 5. *p.* 2. *c.* 112. *n.* 31. *seq.* Tiraq. *de retr.* §. 26. *gl.* 1. *n.* 13. Surd. *v.* 1. *cons.* 11. *n.* 81. Vo- 47 luit quidem *d. l.* 6. restringere Andreol. *contr. for.* 208 quod non locum habeat in creditore hypothecario generali, quippe cui etiam jura sunt obligata, et hinc putat, debitorem, cui haereditas est delata, illam non posse repudiare in fraudem istorum creditorum, quia

48 haereditatis aditio est jus. Verum cum ad finem pro-
49 perem, brevibus saltem respondeo: haereditatis aditio licet jus sit, non tamen prius est jus ratione debitoris cui haereditas defertur, quam acceptaverit, se velle esse haeredem, quod si haec explicatio non admittenda, sequeretur, quod haeres ante aditam haereditatem decedens, illam tamen ad quemvis haeredem transmitteret, quia et hic est jurium, quae defunctus ha-
50 buit, successor. *l.* 24. *ff. de u. s.* at hoc est contra jura, quoniam haereditas licet delata, si non adita, regulariter non transmittitur, prout fatetur ipse Andreol. *contr.* 163. *n.* 22.

51 Haec autem omissio non est licita, ut haeres ab intestato pro lubitu velit omissa causa testamenti, in quo legatus gravatus, haereditatem ab intestato adire in damnum legatariorum et fideicommissariorum. *tt.*
52 *ff. si quis omiss. caus. test.* Testator enim dum condit testamentum, legalem dispositionem, et provisionem potuit annullare, non secus atque prius testamentum concidit per posterius, adeoque licet haeres ex testamento adire haereditatem nolit, sed ab intestato occupet, atque ita desertum faciat testamentum, tamen praetor ipsis dat facultatem petendi legata, acsi hae-
53 reditas ex testamento adita fuisset. Haeres enim tenetur voluntatem testatoris servare, si haereditatem retinere velit *l.* 14. *c. de r. v.* nec illius facto pote-
54 rit contravenire. Quodsi vero extraneus fuit institutus, an ille in damnum legatariorum haereditatem omitteri
55 potest? Quaereres forte in antecessum, quodnam est illud damnum, quod legatarii per non aditam ab haerede haereditatem patiuntur? Quia ita suis privantur
56 legatis ob testamentum desertum atque destitutum, ab haeredis enim aditione tota vis testamenti dependet, eoque jam adire nolente totum corruit testamentum omniaque legata sunt nulla *l.* 14. *c. de fideic. l. si nemo.* 9. *ff. de testam. tut.* ibique Coth. Phil. *l.* 2. *ecl.* 67. *n.* 5. *seq.* Carpz. *p.* 3. *c.* 2. *def. fin.* Neque obst. *nov.* 1. v. Lauterb. *special. diss. de testam. desert.* Dn. Praes. *in caut. cont. S.* 3. *c.* 3. §. 7. Cum
57 ergo omissio aditionis tendat in praejudicium legata-
58 riorum, nonne peccat haeres? Videbatur, quia alteri per alterum conditio iniqua non est inferenda, et compellendus quis potius ad hoc quod mihi prodest, et alteri non nocet, supposito lucrosam esse haereditа-
59 tem. Verum satis patet, non peccare eum, nec alteri facere injuriam, qui suo jure utitur *l.* 55. *ff. de r. j.* Leges enim hanc licentiam indulserunt haeredi vel adeundi vel repudiandi haereditatem *tot. tit. ff. de*
60 *acquir. vel. om. haer.* Accedit quod haereditas aut est lucrosa aut damnosa; si prius, non potuerunt jura invito obtrudere beneficium et cogere, ut lucrum acceptet. *l.* 69. *ff. de r. j.* sed facile connivere, ut quis cum suo incommodo majori damnum alteri infe-

rat per consequentiam, vid. *cap.* 5. *n.* Satis enim hic 61
jam tum legis est natura humana lucri amantissima, quae nunquam solet pecuniam justo modo oblatam repudiare, s d potius

. . . *currit mercator ad Indos*
Per mare pauperiem fugiens per saxa per ignes. 62

Quod si vero damnosa est haereditas, quis repre- 63
hendit haeredem, si nolit alterius lucrum promovere 64
sine suo commodo, sane etiam gratis poenitet esse probum, quare non opus habet legatarius, ut quaeratur de illiberali haeredis animo, sed potius de sua tenacitate, quod lucri alicujus spe haeredem non provocet ad haereditatem adeundam, quamvis hoc ad fideicommissarium universalem non sit extendendum, quippe qui necessitatem imponere potest haeredi totam haereditatem volenti fideicommissario restituere §. 7. *de fideic. haer. ad d. l.* 14. *c. de fideic.* Eam ob causam 65
nihil indigni facere credo eum, qui conditionem, sub qua quis haeres institutus, jam adimplere nolit, licet 66
vel facillime adimplere possit. Quid si enim dixerit 67
testator: Cajus haeres esto, si Sempronius festo pentecostes proximo templum petierit, quid facilius Sempronio, imo quid laudabilius, quam templum petere, et tamen si conscius hujus conditionis templum non petierit, saltem ne haeres consequatur haereditatem, non peccat, non enim hic culpa transferenda in Sempronium, quam ipsum testatorem, qui illam conditionem apposuit, in quo culpa haec non est culpa, quia liberrime poterat quascunque conditiones haeredi adjicere, dum vel plane praeterire potuisset, vel nihil legare. Nec obstat, quod haeres dicere velit, non stat 68
per me, quo minus conditio impleatur, ergo etiam mihi nihil est imputandum. *l.* 19. §. 9. *ff. loc. cond. l.* 92. §. 1. *ff. de leg.* 1. quoniam in conditione ca- 69
suali haec exceptio non locum habet ubi praecise haec regula invaluit: conditione non existente actus censetur non actus *l.* 8. §. 1. *ff. de peric. et comm. rei vend. l.* 36. *ff. de r. j.* ibique Alex. *n.* 4. Perinde 70
acsi haeres, qui sub conditione, si navis ex Asia redierit, institutus, post confractam, antequam domum redit, navem excipere velit, per me non stat. vid. dn. Brunn. *ad reg. jur. can.* 41. Quod si jam haeres 71
velit impletam a tertio conditionem, ex lucro testamenti sperato illi aliquid promittat, sic facilis erit tertius in implenda conditione.

Sed ne magis videar favere laedendi cupidini, quam 72
studio benefaciendi, subsisto, et pro praestito clementissime auxilio Jehovae gratias ago tibi vero b. l. si magis placuerit prodesse omnibus, laesisse neminem, nihil minus, quam hoc invideo.

TANTUM!

DISPUTATIO SEXTA

DE JURE PRIVILEGIATI CONTRA PRIVILEGIATUM.

ANNO MDCLXXXIV. AD D. XXI. MAJI.

RESPONDENTE

JOHANNE ADOLPHO MATTHESIO, HALL. SAX.

PRAEFATIO.

Non ignota privilegiorum velamenta, quibus quisque communibus legum sancitis se eximere gestit. Unusquisque civium, uti suo indulget genio, ita suo quoque jure vivere cupit. Sordent communes reliquorum sortes; grata vero sunt, quae singularibus cujusque commodis parata. Quapropter jus singulare exoptat quilibet, quo sua provocet commoda, securus admodum, an inde laedatur salus publ. an promoveatur. Prodigi hic saepius principes sunt, non liberales, dum nimium indulgent petentium votis. Prompta tamen hic communis boni jactura: huic enim tantum decedit, quantum ultra communem reliquorum sortem uni indulgetur. Exoritur inde haud raro privilegiorum concursus, ubi uni privilegio suo pro re nata usuro, alter ejusdem privilegii commoda sibi quoque indulta reponit. Utrumque vero cum in iisdem terminis frustra adhibeatur, privilegiumque unum per simile beneficium alterius reddatur elusorium, necessitas ipsa viam pandit pristinae juris communis observantiae. Ex quo natales derivavit decantatissimum illud juris-consultorum axioma: privilegiatus contra privilegiatum utitur jure communi. Materies haec non indigna mihi visa, quae speciminis academici loco uberius declaretur: utilitas quippe materiae, uno loco hactenus nondum discussae, se commendat illico. Faciam ego, quantum ingenii vires permittent. Plura desiderari posse, fateor: verum privilegio hoc subnixos credo cupidos ll. cultores, ne teneantur, ultra quam facere possint. Ad hoc ego pariter provoco, benignoque lectoris judicio, me veniam erratorum impetraturum confido. Qua fretus fiducia, invocatoque divini numinis auxilio, me operi accingo. Sit itaque.

CAPUT I.

De privilegiorum concessione ac retorsione.

SUMMARIA

Introitus. n. 1.
Vocabulum juris quotupliciter capiatur remissive. n. 2.
Privilegium quid sit remissive. n. 3.
Quid sit quasi privilegium? n. 4.
Beneficium quomodo a privilegio differat? n. 5.
Beneficia principis late interpretanda. n. 6.
Declaratur exemplo. n. 7.
Datur hic quasi jus accrescendi. n. 9.
Hujus exemplum. n. 11.
Beneficia late interpretanda esse limitatur. n. 12.
Limitatur secundo. n. 13.
Hoc iterum sublimitatur. n. 14.
Limitatur tertio. n. 15.
Privilegii definitio. n. 16.
Privileg. quomodo ulterius a beneficio differat. n. 17.
Privilegiatus quinam sit? n. 18.
Quotuplex sit? n. 19. 20.
Consuetudine et praescriptione induci potest privilegium. n. 21.
Quando pr. concessa priv. possit revocare? n. 22. 31. 33.
Nullum privilegium sine causa revocari potest. n. 23.
Jus quaesitum nemini potest auferri. n. 25.
Donatio semel acceptata revocari nequit. n. 27.
Nec a principe successore revocari poterit privivil. n. 28.
Privilegium per modum contractus concessum, an revocari possit? n. 29.

Princeps an teneatur servare contractum? n. 30.
Ob delictum revocatur privilegium. n. 33.
An princeps concedere possit privilegia contraria? n. 35.
Hic distinguitur. n. 36.
Milites non possunt postulare pro aliis. n. 37.
Limitatur. n. 38.
Ex quonam privilegio jus quaeratur declaratur? n. 40.
An princeps privilegium a se jam concesso contrarium concedere possit? n. 41.
Exemplum. n. 42.
Privilegium posterius non tollit prius. n. 44.
Limitatur. n. 45.
Eliditur repugnantia. n. 46. 47.
An in dubio princeps videatur eo nocere privilegia? n. 48.
Respondetur negative. n. 50.
Confirmatur haec sententia. n. 51.
Privilegium non praesumitur, sed probandum. n. 52.
An retorqueri possit privilegium? n. 53.
Exemplum. n. 54.
Diversae dd. opiniones adducuntur. n. 55.
Affirmantium rationes. n. 56.
Negantium rationes. n. 57.
Conciliantur illae ipsae. n. 58.
Haeres pendente confectione inventarii non potest conveniri. n. 60.
Limitatur. n. 61.
Retorsionem privilegiorum non admittendam esse limitatur. n. 62.
Aliud exemplum retorsionis. n. 64.
Quod limitatur. n. 65.

1 Solemne suevit esse illis, qui circa exercitium aliquod academicum elaborandum occupantur, ut antequam rem ipsam aggrediantur, enodationi prius verborum, quid sc. illa ipsa sibi velint, inhaereant. Non minus hoc notum satis quam tacita quadam observantia hactenus pro lege methodi introductum; imo ipse Jctus Ulpian. expresse in *l.* 1. *ff. de reb. cred.* E re esse, inquit, prius quam ad verborum interpretationem perveniamus, pauca de significatione ipsius tituli referre: quapropter et nobis in praesenti hac disputatione de jure privilegiati contra privilegiatos acturis, si et solemnitati huic consuetae ex asse satisfacere et sanum Jcti consilium sequi vellemus, omnino incumbere putarem, ut non tantum vocabulum *juris* quid sc. illud denotet, et quam variis modis in toto jure capiatur, fuse explicaremus; sed in vocaboli quoq; *privilegii* originem ac derivationem ejusdemque realem ac verbalem definitionem paulo penitius inquireremus.
2 Verum, cum primo omnium illorum qui unquam vel ad institutiones vel ad pandectas sunt commentati, nemo sit, qui non in antecessum *juris* varias et diversas acceptiones atque significationes late satis deduxerit; dn. Brunn. *ad l.* 1. *ff. de j. et j.* Hahn. ad Wesenbec. *tit. de j. et j. n.* 74. et dn. Praeses *in*
3 *praelect. ad dissert.* Strauch. *diss.* 1. *th.* 1. Deinde quoque privilegii vocabulum unde descendat, et quid sit, apud varios dd. prolixe fuerit tractatum, vid. Baro Enenkel. *de privileg. c.* 1. *et* 2. Ideoque nos alibi accurate et fuse proposita paucis hic saltem tangere, inutile prorsus existimantes, eo facilius quoque venium speramus, si hisce generalibus inquirendis non diutius immoremur, sed potius benevolum lectorem ad allegatos jam tum dd. remittamus.

Omissis igitur praeliminaribus, occasionaliter sal- 4
tem, quid sit quasi privilegium, hic tangere lubet. Hujus vero exemplum habetur *in l.* 22. §. *fin. ff. solut matr.* sc. quando mulier in conditione mariti erraverit putaveritque esse liberum, cum tamen servus esset, concedi oportet quasi privilegium in bonis mariti mulieri, ut si forte alii adsint creditores, haec praeferatur circa de peculio actionem, et sic nihilominus quamvis sit matrimonium putativum, privilegium tamen tacitae hypothecae respectu dotis competat. Alias, quia hoc matrimonium est ipso jure nullum, cum servis, prout in sensu juris romani capiuntur, omnis contrahendi matrimonii licentia sit adempta, et per consequens etiam nulla dos constitui possit, ideo quoque nec uxor verum privilegium in bonis mariti habere poterit, cum cessante matrimonio cesset dos, cessante vero dote, cesset quoque privilegium ratione dotis concedendum: jura tamen huic mulieri servo nubenti, cum sit in bona fide, eumque servum esse ignoret, ne forte damnum aliquod incurreret, favore simul dotis succurrere voluerunt, concedendo ipsi hoc quasi privilegium in bonis mariti, et quidem, uti antea dictum, ratione actionis de peculio dn. Brunn. *ad d. l.* 22. *ff. sol. matr. n.* 17. Zoes. *ad tit. ff. de jure dot. n.* 25. Enenkel. *de privileg. l.* 1. *c.* 1. *n.* 13.

Sed cum casus hic hodie, ubi sublata servili conditione omnes homines, exceptis quadamtenus adhuc propriis hominibus, sint liberi, prorsus sit inutilis ac propterea nullius momenti, ideoque et nos circa illum ulterius non detinebimus, sed differentiam potius privilegii et beneficii paucis saltem subjiciemus. Privilegium igitur, utut a beneficio parum vel nihil 5
differre videatur, ac proinde quoque saepe alterum cum altero confundatur *l. pen. ff. de constit. princ. l.* 43. *ff. de vulg. et pupill. substit. l.* 38. *ff. ex quib. caus. maj.* Enenkel. *de privileg. l.* 1. *c.* 2. *n.* 7. Si tamen paulo penitius cujusvis vocabuli indolem atque naturam perscrutari velimus, ita non parificari penitus illa, sed aliqualem adhuc differentiam subesse deprehendimus. Beneficium enim dicitur omne illud, quod largitur princeps in praejudicium sui ipsius, et hinc quoque fluit regula: quod omnia principum be- 6
neficia latissime sint interpretanda *l.* 3. *ff. de constit. princ. l.* 57. *ff. de re judic. l.* 38. *ff. ex quib. caus. major. l.* 21. *ff. de V. S.* Carpzov. *proc. tit.* 2. *art.* 2. *n.* 45. Enenkel. *de privileg. l.* 2. *c.* 4. *n.* 9. et hinc etiam donationes. Sic si princeps forte rem 7
aliquam fisco jamtum delatam duobus suis ministris aulicis in majorem gratiae suae fidem donaret, unus vero horum nullo haerede relicto decederet, omnino hujus portionem alteri accedere, et sic totam illum nancisi dicendum est, *l. un. c. si liberal. imperial. soc.* Dn. Brunnem. *ad. d. l. un. n.* 1. *et* 3. Utut enim 8
contrarium potius asserendum, et haec portio tamquam vacans fisco applicanda videatur, praecipue cum in contractibus jus accrescendi non obtineat; ex antea data tamen regula prior sententia omnino verior manet. Est enim donatio maximum principis beneficium, et sic latissime in condonatarii quoque favorem explicandum dn. Brunn. *d. l. Barbos. l.* 2. *c.* 5. *ax.* 17. Bertezzol. *consul. decisiv. l.* 2. *cons.* 388. *n.* 17.

9 Deinde etiam non negandum, dari in jure casus, ubi et in contractibus quasi jus accrescendi obtineat, ut in *l.* 1. §. *pen. ff. de usufr. accresc. l.* 5. *ff. comm. praed. l.* 64. *ff. de contr. empt.* Notanter autem dicitur quasi jus accrescendi; notum enim est, quod quoties vocabulum quasi in jure jungitur alii vocabulo, eo ipso non inducatur improprietas juris, sed saltem denotetur diversitas objecti seu inhabilitas rei, cui jus est applicandum dn. Praes. *in praelect. ad repet.* Wesenb. Dn. Brunnem. *tit. de v. s.* Sic *in d. l.* 46. casus est, ubi emi fundum mihi et Titio, et quidem absque hujus mandato, hic emptio in totum consistit, mihique soli fundus ille acquiritur. Cum enim Titius nihil juris exinde habere possit, secundum regulam vulgatam; quod alteri per alterum non acquiratur obligatio; ideoque portio illius in hoc empto fundo mihi quasi accrescere, Titiique persona supervacua objecta videtur; ex vero autem jure accrescendi hic fundus totus meus fieri nequit, cum negotium fuerit inhabile, scilicet contractus emptionis, in quo jus accrescendi obtinere regulariter nequit.

12 Sed ne a scopo nostro nimium aberremus, ad supra propositam regulam nostram, quod sc. Beneficia principum latissime sint interpretanda, recurrimus, dicentes, hanc non ita universaliter, sed cum grano salis esse capiendam, scilicet (1.) Ne voluntas principis excedatur *l.* 35. *pr. c. de in offic. testam.* Dn. Brunnemann. *quaest. ad* Wesenbec. *tit. de constit. princ. qu.* 5. Quamquam enim in praejudicium principis latissime illa interpretanda esse dicantur, hoc tamen praejudicium non ulterius extendi debet, quam quatenus princeps concedendo beneficium ipse sibi praejudicare voluit; et uti incivile omnino est, si privatorum alter alterius liberalitatem pro viribus gratitudine non excipiat, ita multo magis incivile, imo impium plane dicendum, si quis gratia principis abuti, et beneficium ab ipso concessum ultra voluntatem 13 et intentionem ejus extendere velit. Sic nec (2.) dicta regula procedit, si agatur non de praejudicio principis, sed tertii. Jason. *in l. fin. ff. de constit. princ. n.* 19. 20. Card. Tusch. *tom.* 1. *lit. b. concl.* 50. *n.* 1. Barbos. *l.* 2. *c.* 5. *ax.* 17. Tunc enim beneficium stricte interpretandum *l.* 40. *ff. de admin. tut. l.* 2. §. 10. *et* 16. *ff. ne quid in loco publ. et c.* Schrader. *de feudis. p.* 4. *c.* 1. *n.* 31. cum beneficia principum non praesumantur auferre jus tertii Carpzov. *p.* 2. *c.* 22. *def.* Mascard. *de probat. concl.* 1003. *n.* 22. Menoch. *de praesumpt. l.* 2. *praes.* 9. Nec principi moris sit in injuriam alterius beneficia concedere *l. nec avus.* 4. *c. de emancip. liber.* Natura enim aequum est, neminem cum alterius damno fieri locupletiorem *l. nam hoc.* 14. *ff. de condict. indeb.* nec bono aut aequo convenit, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum, *l.* 6. §. 2. *ff. de jur. dot.* Enenkel. *de privil. l.* 1 *c.* 12. §. 16.

14 Quod tamen iterum sublimitationem recipit, scilicet, ut et in praejudicium tertii late sint interpretanda, quando verba hoc important dec. *cons.* 113. *n.* 6. Card. Tusch. *tom.* 1. *lit. b. concl.* 49. *n.* 11. quod nunquam aliter admittendum putamus, quam si princeps gravissima causa urgente, ut publica necessitate, utilitate, vel simili ad id moveatur Enenkel. *d. l. l.* 1. 15 *c.* 6. *n.* 10. (3.) Beneficia strictam interpretationem recipiunt, si princeps reservata sibi in praejudicium coronae vel principatus alteri donet, Card. Tusch. *d. l. concl.* 50. *n.* 25. Enenkel. *de privil. l.* 1. *c.* 8. *n.* 63. *ibique aut.* cum enim bona haec ita sint restricta, ut a principe non possint alienari, nec ab alio praescriptione ordinaria acquiri. c. *intellecto.* 33. *X. de jurej.* Panorm. *in d. c.* ideo quoque si forte princeps in illis beneficium aliquod concesserit, strictissime illud interpretandum, quia totius regni praejudicium hic versatur.

Haec jam de beneficiis principum eorumque interpretatione, nunc paucis quoque, quid sit privilegium, videndum: definitur hoc alias, quod sit jus singulare seu speciale contra juris universalis seu generalis tenorem aequitatis administrandae causa legitime introductum, Enenkel. *de privileg. c.* 11. *n.* 6. differtque a beneficio (1.) in hoc quod beneficia proprie contra 17 jus commune non sint, Bald. *in l. beneficium. ff. de constit. princ.* privilegia vero contra jus commune introducantur Enenkel. *de privil. l.* 1. *c.* 2. *n.* 9. (2.) Quod beneficia ipsius principis, privilegia vero tertii plerumque praejudicium concernant (3.) quod propterea etiam beneficia late, privilegia vero stricte imo strictissime sint interpretanda; dn. Brunnemann. *ad l.* 3. *ff. de const. princ.* vid. *disput. sub.* Dn. Praeside *habita de interpretatione privilegiorum*, ubi cum haec materia fuse et accurate satis proposita, espropter et illam sicco pede hic transimus.

Quoniam autem rubrica hujus nostrae dissertationis 18 inscripta est de jure privilegiati contra privilegiatum, ideo verbo saltem tangere placet vocabulum privilegiati, quid scilicet et quotuplex illud sit. Privilegia- 19 tus ergo, qui et alias privilegiarius dicitur *in l.* 3. *ff. quod cum eo.* unde derivetur vulgo satis notum est, denotatque omnem illum, qui speciali aliquo privilegio prae aliis gaudet. Solet alias distingui a doctoribus inter subditum privilegiatum et exemptum, ita ut hic dicatur, qui quoad quaedam exemptus, et sic horum respectu nullus quoque subditus, sed ipso jure liber sit, Meichsner. *decis. cameral. tom.* 2. *lib.* 1. *n.* 19. Privilegiatus vero dicatur, qui in totum quidem subditus sit, sed tantummodo exceptus a jure communi, Baldus *in l.* 1. *col. pen. vers. unde quaeritur. c. de furt.* qui id probat per *l.* 3. *c. de silent.* Sed cum haec distinctio parum sit hujus loci, ulteriori illius declarationi merito supersedemus, et ad aliam, quae magis huc quadrare videtur, nos convertimus. Privilegiati ergo di- 20 cuntur dupliciter: aut enim sunt privilegiati ipso jure seu ab ipsis legibus, quales sunt certis casibus e. g. foemina, minor, pupillus, de quibus infra prolixius erit agendum; aut sunt privilegiati a principe adepto scil. aliquo speciali privilegio; uti igitur soli principi 21 competit potestas privilegium concedendi, cum et solus legem condere possit, excluso scil. omni magistratu inferiori, (licet quoque consuetudine *l.* 4. §. *ingressum. l.* 7. *ff. de offic. procons. l.* 35. *pr. c. de episc.* Enenkel. *de privil. l.* 1. *c.* 4. *n.* 23. et praescriptione immemoriali inducatur privilegium. *c. super quibusdam.* § *praeterea. X. de v. s. l.* 3. §. *ductus ff. de aqua quotid.* Enenkel. *d. l.*) ita illi quoque relicta est licentia, gratiam suam exhibendi, cuicumque velit, ut hinc non uni solum, sed pluribus privilegia possit concedere. An vero possit concedere privilegia contraria, in fine hujus capitis adhuc moebimus.

Cum vero, si princeps pluribus privililegia indulgeat, prioribus tacite derogasse videatur; quo enim plures ejusdem privilegii participes fiunt, eo minus priores privilegiati pleno privilegii effectu gaudent; inde necessum est, ut dispiciamus. An et quibus casibus princeps concessa semel privilegia possit revo-
22 care? Pro hujus decisione distinguendum inter privilegia gratis et per modum contractus concessa; illa pro lubitu principem posse revocari quandocumque etiam velit, quamvis communis doctorum videatur opinio. Menoch. *de arbitr. jud. quaest. l.* 1. *qu.* 48. *n. ult.* Petr. Anton. de Petra *in tr. de jure quaesito non toll. c.* 24. *n.* 219. *et c.* 25. *pr. ibique dd.* ex hac ratione, quod ex mera gratia sint concessa, haec concessio autem ex mera ipsius principis voluntate dependeat, quae semper possit mutari *l.* 15. §. 1. *ff. de testam. milit.* Zoes. *ad tit. de constitut. princ. n.*
23 30. Verius tamen omnino videtur nulla prorsus, ne illa quidem, quae ex sola liberalitate nulla penitus accedente obligatione princeps alicui concessit privilegia, sine causa posse iterum revocari. Bichius *decis.* 210. *n.* 22. Cephal. *cons.* 342. *n.* 66. Utut enim contrarium colligi videatur *ex l.* 35. *ff. de r. j.* nihil tam naturale esse, quam eo modo quo quid colligatum est, iterum dissolvi, et sic quoque privilegia sine causa concessa, sine causa posse iterum revocari. Hanc tamen legem uti plures alias omnino limitandam putamus: nisi praejudicium alterius versetur. Non
24 enim erit inficiandum, ex quovis privilegio, quocumque demum modo concedatur, jus quaeri illi, cui est concessum: privilegium enim est jus, hinc privilegio quaesito, quaesitum quoque est jus. Enenkel. *de pri-*
25 *vil. l.* 3. *c.* 7. *n.* 1. Jus vero quaesitum nemini ne a principe quidem auferri posse, juris est tralatitii, Besold. *cons.* 148. *n.* 41. ibique dd. Bertazzoli *consult. decisiv. l.* 2. *cons.* 476. *n.* 32. idque hoc casu dependet ex fide principis. Uti igitur privatis admodum turpe est, fidem semel datam fallere, et promissa non servare, ita multo magis hoc in principe foedum existit. Menoch. *cons.* 27. *n.* 32. Besold. *cons.* 44. *n.*
19. inprimis cum ipsius vita et actiones subditorum
26 suorum norma debeat esse atque regula. Quid quod in *l.* 8. *c. de summ. Trinit.* eleganter satis dicitur; nil quicquam est, quod clariori lumine refulgeat, quam recta fides in principe. Imo quod principem non decet, nec facere illum posse credendum est. *l.* 13. *de condit. instit.* Et quamvis princeps gratis concedendo alicui privilegia videatur, hoc tacite sibi reservasse, ut illa possit pro lubitu revocare; constat tamen *ex l.* 7. *c. de condict. ex caus. dat.* quod propositum
27 in mente retentum nil operetur. Accedit et hoc, quod uti donatio inter vivos semel acceptata revocari nequit, ita nec privilegia, quae merae sunt principum donationes, possint revocari. Verum igitur manet, ad omnium omnino privilegiorum revocationem aliqualem causam esse necessariam Menoch. *cons.* 1007. *n.* 63.
28 65. Et inde nec principem successorem talia privilegia tollere posse, cum sub fide publica et dignitatis principalis eadem censeantur collata, probat Reinking. *de regim. secul. et eccl. l.* 2. *class.* 2. *c.* 8. *n.* 25. Klock. *de contrib. c.* 4. *n.* 246. Add. Myler. ab Ehrenb. *nomol. princ. imp. c.* 13. *p.* 172. Barbos. *ad c. si gratiose x. de rescript.*

29 Quod attinet privilegia per modum contractus concessa, in quibus factum, datum, vel obligatio aliqua reciproca s. compensativa intervenit, Bald. *in l. qui se patris c. unde liberi.* Alex. *cons.* 101. *col.* 1. 2. *part.* 1. *et cons.* 216. *col.* 2. *p.* 2. Cravetta *de antiquit. temp. p.* 1. §. *circa primam. n.* 56. *a.* Tiraquell. *in l. si unquam. n.* 14. *c. de revoc. donat.* Enenkel. *de privil. l.* 3. *c.* 8. *n.* 1. de his multo magis affirmandum, quod non possint revocari sine causa. Afflict. *decis.* 28. *n.* 10. Menoch. *cons.* 277. *n.* 76. Bertazzol. *consult. decis. l.* 2. *cons.* 331. *n.* 6. *et cons.* 2. *n.* 136. Marc. *decision. p.* 2. *dec.* 921. *n.* 8. Bichius. *dec.* 201. *v.* 22. Haec enim cum non ex sola auctoritate concedentis dependeant; sed ex vinculo juris gentium, hinc jus privilegiato quaesitum, quod nemini auferendum *l.* 4. *c. de emancip. liber. l.* 2. *c. de prec. imper. offer.* Bald. *in l. qui se patris. col.* 10. *v. et scias. c. unde liberi.* Ideoque nec haec a principe revocari poterunt. dn. Brunnemann. *comm. ad codic. tit. de Justin. cod. confirm. n.* 13. Illustr. dn. Rhetius. *institut. jur. publ. l.* 2. *t.* 7. §. 4. Reusner. *lib.* 3. *cons.* 22. *n.* 45. *seq.* Tabor *de obligat. successor. c.* 5. *n.* 17. Non obstante forsitan, quod 30
princeps cum legibus sit solutus *l.* 31. *ff. de ll.* nec contractum servare teneatur: constat enim, in contractibus principem uti jure privatorum, ita ut non minus princeps atque privatus ad contractum servandum sit obstrictus; deinde quoque clare *in l.* 4. *c. de ll.* dicitur: dignam vocem esse majestate regnantis, legibus se alligatum profiteri principem, et ita quoque ad obligationem semel initam semper observandam teneri,

Haec tamen, ut jam aliquoties dictum, limitatio- 31
nem recipiunt, nisi accedat causa, si sc. summa necessitas et utilitas publica versetur, ubi princeps etiam privilegium, sicuti quamlibet aliam rem ad salutem publicam promovendam auferre poterit. Carpz. *proc. tit.* 9. *art.* 3. *n.* 97. Zoes. *ad ff. tit. d. ll. n.* 37. ita tamen, ut princeps hoc per aequivalens compenset; quia bonum publicum non postulat, ut quis gratis suo juri cedat Felin. *in cap. qua in ecclesiar. x. de constitut.* Idem quoque dicendum, si privile- 32
gium concessum in remunerationem meritorum; Cyriac. *controv.* 273. *n.* 63. Klock. *cons.* 151. *n.* 20. Uti enim illud revocari nequit, quod ex contractu oritur; ita nec hoc quod ob bene merita fuit concessum, causa enim meritorum contractui par est, Zoes. *ad tit. de constit. princ. n.* 30. Cravetta *de antiquit. temp. p.* 1. §. *circa primam n.* 54. Marquard. *de jure mercator. l.* 1. *c.* 6. *n.* 38. Reinking. *de regim. secul. et eccles. l.* 2. *class.* 2. *c.* 8. *n.* 26.

Altera causa ob quam princeps revocare possit pri- 33
vilegium, est delictum; nam cum quaelibet delicta suam mereantur poenam, ac intersit quoque reip. illa non manere impunita, quid queso obstaret, quo minus princeps privilegium sive gratis s. per modum contractus concessum alicui subditorum poenae loco possit auferre: privilegia enim bene non male meritis dari aequum est *l. testamenta.* 26. *ff. de test. milit.* Hic tamen bene observandum puto, non indistincte quaelibet delicta ad id sufficere, *arg. l. ex militari.* 11. *ff. de testam. milit.* sed talia potius requiri, quae contra ipsum privilegium ejusque tenorem et causas committuntur, de quibus omnibus vid. prolixe Baro Enenkel. *de privileg. l.* 2. *c.* 17. *tot. ibique multi dd.*

34 Hactenus itaque cum breviter saltem exposuerimus casus aliquot, quibus princeps privilegia semel concessa possit revocare, ad quaestionem nostram supra
35 propositam, an scil. princeps privilegia contraria possit concedere, et ita unum contra alterum privilegio munire, revertamur necesse est; quam quaestionem
36 dupliciter intelligendam putamus. Aut enim princeps concedit privilegium contrarium illi, quod jam antea a lege competebat, aut concedit privilegium contrarium illi, quod ipsemet antea concessit: prioris exemplum posset esse hoc: v. g. *In l. militem. 7. c. de*
37 *procurat.* Militum juribus accenseturr, quod scil. pro nullo extraneo nec pro patre et matre, ne ex sacro quidem rescripto possint postulare, et quidem ob utilitatem publicam *l. 31. c. locat.* dn. Brunnemann. *ad d. l. 7. c. de procurat.* Hillig. *in Donell. l. 18. c. 11. lit. c.* Baro Enenkel. *de privil. milit. l. 2. privil. 2. n. 18.* Ne scil. procurando abstrahantur a militia, et sic resp. irreparabile damnum incurrat, et hoc etiam, quamvis ipse miles velit, aut adversarius ipsum a postulando non repellat, ad hoc enim regulariter non
38 admittuntur, nisi (1.) agant in rem suam; hoc enim inoffensa disciplina militari facere possunt, *l. 9. c. de procurat.* aut (2.) nomine suae cohortis agant, *per l. 8. §. 2. ff. de procurat.* aut (3.) sint veterani. *d. l. 8.* (4.) aut sine exceptione admissi *l. 13. c. d. t.* Dn. Brunn. *quaest. ad Wesenb. tit. de procur. qu. 21. et quaest. ad cod. eod. tit. qu. 6.*

39 An igitur princeps huic privilegio militum aliud possit concedere contrarium, uti uni ex illis prae reliquis liceat postulare, videndum. Et omnino affirmandum putamus, etiam non facta mentione prioris; Enenkel. *de privil. l. 2. c. 5. n. 61.* Privilegium enim istud est ex jure communi seu legibus civilibus; has vero cum princeps immutare, illis derogare, imo plane tollere possit, omnino quoque privilegium illis contrarium concedere valebit. Dicas forte, haec penitus repugnare illis, quae diximus supra, sc. principem sine causa nullum privilegium posse revocare ob jus quaesitum, et sic nec hoc casu licitum esse prin-
40 cipi, concedere militi postulandi licentiam? Sed respondeo: ex nullo privilegio jus quaeri, nisi quod a principe conceditur, hoc enim conceditur certae saltem personae; quae eximitur a jure communi et sic commodum exinde habet; quod vero a lege conceditur, non uni saltem, sed omnibus, v. g. foeminis, militibus datum est, et sic magis vi legis quam privilegii obligat; ex lege autem nemini jus quaeritur, et sic quotidie princeps illam immutare ac tollere poterit. Quamvis autem princeps uti jam diximus, illud ipsum possit, non facile tamen nec sine causa istud faciet. Illud enim privilegium datum est militibus ob utilitatem publicam, quod non possint postulare; contrarium igitur non facile permittet, nisi major utilitas publica hoc suadeat. Enenkel. *de privileg. milit. l. 2. privil. 2. n. 18.*

41 Altera nunc quaestio, sc. an princeps possit concedere privilegium a se quoque concesso contrarium?
42 decidenda nobis occurrit. Quod si igitur princeps concesserit alicui debitori innumeros fere creditores habenti literas moratorias, ut intra certum temporis spacium ab illis non possit conveniri, postea vero unus ex his creditoribus, mercator forte ad incitas fere redactus, principis auxilium imploret, eique ostendat, totalem mercantiae suae imminere jactura m vixque alimenta necessaria adhuc superesse, nisi a dicto debitore magnam sibi debitam pecuniae summam liceat exigere; huic vero princeps quoque concedit privilegium, ut non obstantibus literis moratoriis debitum suum a debitore extorquere liceat. Quodnam ergo horum praevalebit? Utrumque valere minime erit dicendum, cum plane sint incompatibilia dn. Brunnemann. *in memor. cod. tit. de pract. qu. 8.* Talia autem si concurrant, id omnino praevalet, quod est fortius *l. non solum. §. fin. ff. de usucap.* Poste- 43
rius ergo hic praeponderare ac creditorem debitorem ad solvendum compellere posse, statuendum putamus. Utut enim alias vulgatum sit, privilegium posterius 44
non tollere prius. *c. 19. x. de praescript.* Panormitan. *in c. 1. x. de rescript. n. 6. c. 21. §. si ergo. c. 25. qu. 2.* Barbos. *l. 14. c. 83. ax. 17.* Hoc tamen 45
notanter ita limitatur, nisi in posteriori prioris specialis fiat mentio, uti hoc casu, *non obstantibus literis moratoriis*; sic enim posterius omnino praevalebit *c. 2. x. de dol. et cont. c. bonae. 3. de confirm. util. vel inutil. clem. 2. de praebend. c. 28. x. de rescript.* Bartol. *in l. omnes populi. de j. et j. n. 13.* Bertazzol. *consult. decis. l. 2. consult. decis. l. 2. consult. 476. n. 2.* Et quamvis iterum hic nobis- 46
metipsis contrariari videamur, respectu eorum, quae diximus supra, ob jus quaesitum non tolli posse privilegia; et si unquam in ullo, in hoc sane privilegio, adest jus quaesitum ratione debitoris, quod scilicet hic a continuis creditorum querelis immunis ac liber in quiete mercantiae suae curam habere et de necessariis vitae subsidiis sibi prospicere possit, ut sic princeps contrarium statuere posse haud videatur; 47
nullam tamen exinde elicere licebit repugnantiam. Notanter enim diximus supra, principem nullum privilegium posse revocare *sine causa*, hic vero maxima sane et urgentissima adest causa, scil. ipsa egestas et paupertas creditoris, cum non privatum solum hujus sed publicum quoque reipubl. versetur interesse; multum enim interest, subditos alimentis suis non privari, et sic omnem causam turbandi ac imminuendi rempubl. exulare; imo ipsa quoque naturalis aequitas suadet, neminem cum alterius damno debere fieri locupletiorem *l. 14. ff. de condict. indeb.* quod tamen hoc casu contingeret ideoque et principem hujusmodi privilegium priori contrarium concedere posse, verum existimamus.

Quoniam igitur ex antecedentibus liquido satis ap- 48
paret, principem concedere et revocare posse privilegia, paucis tantummodo hoc capite primo videbimus: an et princeps in dubio videatur concedere privilegia, seu v. g. an princeps aliquem civici ordinis, literis ad eum datis, appellans nobilem, vel pagum vocans civitatem, eo ipso utrumque voluerit privilegiatum, ut sic ille juribus nobilium, hic juribus et privile- 49
giis civitatis utatur; hoc utut multi sint, qui simpliciter affirmant, quos videre est apud Enenkel. *de privil. l. 1. c. 5. n. 21.* alii vero pro hujus decisione distinguant; an princeps illud sciens volensque faciat, an vero per errorem et ignorantiam; illo modo quoque concedant, hoc vero negent, *arg. l. n. 51. ff. ne r. j. l. 40. ff. de injur.* Salvis tamen horum omnium 50
opinionibus, negativam tamquam veriorem amplectendam putamus. Cum enim certum sit, omne privile-

gium dari contra jus commune, hoc autem in dubio nunquam praesumatur revocatum, vel immutatum, ideo quoque ad privilegii existentiam specialis et expressa concedentis voluntas requiratur necesse est. Privilegium enim ad instar legis obligat, et sicuti lex a consuetudine ita differt, quod illa expressa, haec tacita principis voluntate inducatur. Ita quoque privilegium, utut lex saltem specialis, expressum tamen principis consensum requirit. Privilegia insuper quoniam principes non obiter vel verbo sed, cum forma certa ac solemni dare solent, Enenkel. *de privil. l.* 1. *c.* 5. *n.* 22. ideoque nec privilegium in dubio datum praesumendum est, quod expresse confirmat *clem. si*
51 *summus. de sentent. excommun.* Ubi dicitur, si Papa scienter excommunicato parcipet literis, verbo vel osculo vel alio quovis modo, ipsum per hoc absolvere nulla ratione censetur, nisi se velle forsitan exprimat. Similiter si quem sub titulo cujuslibet dignitatis ex certa etiam scientia verbo, constitutione vel literis nominet, honoret, seu quovis alio modo tractet: per hoc in dignitate illa ipsum approbare non intelligitur, aut quicquam ei tribuere novi juris. Ex paritate rationis nec princeps appellando aliquem nobilem illi nobilium privilegia mox indulgere praesumitur.

52 Cum itaque ex jam dictis dilucide satis appareat, privilegium non praesumi, sed ab allegante expressam concedentis voluntatem esse probandam, e contrario quoq; si de hac certo constaret, negandum non erit, illud tuto posse opponi illi, qui jure communi utitur, et ab altero quicquam praetendit; cum statim a momento concessionis vires suas illud ipsum capiat; an vero privilegium possit opponi illi, qui pariter est privilegiatus, hic jam foret inquirendum; sed cum sequentibus capitibus hujus pertractationem relinquere placeat, generalem solummodo hujus materiae decisionem hic apponere voluimus, sc. privilegiatum contra privilegiatum non privilegio suo, sed jure communi uti, et ita concludunt omnes dd. Cyriac. *controv.* 656. *n.* 10. Joh. de Carvalho *tract. de quartis. p.* 2. *n.* 481. Christoph. Haunold. *de j. et j. tom.* 1. *contr.* 3. *n.* 18. 7. Berous *vol.* 2. *cons.* 48. *n.* 6. Zoes. *ad ff. tit. ad sct. maced. n.* 26. Berlich. *p.* 1. *concl.* 5. *n.* 36. Gieseberl. *Justin. Harmon. l.* 3. *tit.* 12. *n.* 57. Dn. Brunnemann. *ad l.* 8. *ff. de excusat. tut. et p.* 3. *dec.* 277. *n.* 16. Barbosa *lib.* 14. *c.* 83. *ax.* 27. Idem: *in lib.* 1. *decretal. tit.* 41. *c.* 3. *n.* 6. Cravetta *cons.* 96. *n.* 32. Tiraquell. *de privil. piae caus. priv.* 26. Menoch. *cons.* 680. *et cons.* 874. *n.* 13. Idem de *praesumpt. lib.* 4. *praesumpt.* 189. Card. Tusch. *tom.* 6. *concl.* 761. *tot.* Carpzov. *p.* 2. *dec.* 195. *n.* 10. *et p.* 3. *dec.* 277. *n.* 16. Idem *l.* 2. *resp.* 37. *n.* 8. Covarruv. 2. *part. relect. cap. possessor. de reg. jur. in* 6*to.* §. 2. *n.* 4. *vers. ex quibus.* Dn. Brunnemann. *ad l.* 11. *ff. de minor.* 25. *ann. n.* 11. Costa *tract. de facti scient. et ignorant. cent.* 2. *distinct.* 87. *n.* 7. 8. Surd. *de alimentis. tit.* 8. *priv.* 18. *n.* 5. *et* 7. *et priv.* 61. *n.* 11. Petr. Paul. Paris. *consil. vol.* 3. *cons.* 53. *n.* 64. Cephal. *cons.* 116. *n.* 1. *et cons.* 748. *n.* 18.

53 Antequam vero ad ejus discussionem me convertam, paucis quoque deducendum, quod similis huic materiae sit materia retorsionis, privilegiorum, non quidem qua privilegiatus contra privilegiatum, de hoc enim in sequentibus, sed quatenus non privilegiatus contra privilegiatum retorquere vult privilegium concessum, de qua retorsione an ea permissa, dispiciendum. Sic v. g. quaeritur, si aliquis debitor obaeratus 54
calamitosis innumerorum fere creditorum querelis quotidie defatigatus, impetraverit a principe inducias seu privilegium aliquod, quod sc. intra certum temporis spacium non possit ad exsolvenda illis debita compelli, et hic pariter habeat debitores, a quibus interea pecuniam sibi debitam velit exigere: anne hi quoque se excusare possint, retorsione, sc. dicendo, privilegium, quod ratione debitorum tuorum adeptus es, in te retorquemus, ita, ut eum tu intra certum tempus de debitis tuis conveniri non possis, nec nos tibi interim de nostris satisfacere teneamur, et quidem ex vulgata digestorum rubrica; quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur? Sane pro 55
hac quaestione decidenda dd. in diversas abeunt sententias, aliis pro negativa militantibus. Anton. Faber. *in cod. l.* 1. *tit.* 9. *def.* 19. Matth. Coler. *de proc. execut. p.* 1. *c.* 4. *n.* 14. Anton. de Freundeberg. *de rescriptis morat. tit.* 9. *concl.* 52. aliis vero affirmativam accerrime defendentibus Matth. de afflict. *decis.* 66. Card. Tusch. *pract. concl. tom.* 1. *lit. c. concl.* 489. *n.* 28. Matth. Brunus *tr. de cession. bonor. quaest.* 17. *Principal.* Berlich. *p.* 3. *concl.* 51. *n.* 10. Carpzov. *p.* 3. *const.* 38. *def.* 1. *n.* 17. Posteriores quidem 56
in summa antea allegatae rubricae aequitate se fundant, dicentes nihil magis huic esse consentaneum, quam ut quod quis alii fieri vult, sibi pariter quoque fieri patiatur, cum nemo id postulare debeat, cujus contrarium quis non esset petiturus *l. cum pecunia* 24. *c. de solut.* Reinking. *de regim. sec. et eccl. lib.* 1. *class.* 1. *cap.* 5. *n.* 49. Cravetta *cons.* 492. *n.* 2. Freundeberg. *de rescr. morat. concl.* 52. *n.* 4. ac conditio, quae mihi placet in alio, non sane displicere debeat in memet ipso, variis quoque sacri codicis textibus id ipsum confirmantibus, *Matth.* 7. *vers.* 12. *Luc.* 6. *v.* 31. *Tob.* 4. *v.* 16. Priores e contrario spe- 57
ciose saltem haec omnia pro debitoribus impetrans inducias dici, ac nihil minus quam aequitatem in se continere asserunt; si enim inspiciatur finis ob quem indultum fuerit moratorium, sane is nullus alius erit, quam ut debitor intra certum tempus a principe ipsi concessum non residua bona, quae adhuc habet, luxu consumat, sed de pinguiori fortuna, bonisque, ex quibus creditoribus postea praeterlapso sc. termino satisfacere possit, sibi acquirendis quam anxie sit sollicitus. Si inquiratur mens et intentio principis concedentis, pariter talis omnino fuisse praesumitur, ut scil. quovis modo vel parce vivendo vel proprio etiam labore atque industria ad pristinum suum statum redire, ac sic debitis suis se liberare possit. Ast quomodo et finem hunc obtinere et intentioni principis satis piae ex asse satisfacere poterit ipse debitor, si licentiam ipsi debitores suos de exsolvendis debitis sollicitandi denegare velimus; justissima sane media ac ipsam pene viam ad uberiorem fortunam perveniendi eo ipso illi praescinderemus, et sic aequitatem ipsam in summam transmutaremus iniquitatem. Quomodo quaeso finis alicujus rei particeps quis fieri poterit, si media ipsi ad illum perveniendi deficiant? Vulgata quidem, sed certissima sane philosophorum regula est: qui vult finem velit etiam media ad finem necessaria; hinc si voluit; princeps obaerato debitori inducias concedendo consulere, quaelibet etiam media

legitima ad finem obtinendum concessisse praesumitur. Et rubricam illam *ff. quod quisque juris in alterum*, quod attinet, haec proprie intelligenda de magistratu, quod sc. si hic iniquum jus in alterum statuerit, illud contra ipsum possit retorqueri; hoc vero casu neque contra principem, sed tantum contra privatum facienda retorsio, neque etiam de jure iniquo hic agitur, nihil enim aequius credendum, quam obaeratо et in totum fere bonis lapso debitori spatium temporis concedere, quo medio ipsi respirare et ad meliorem fortunam redire liceat.

58 Nos itaq; pro duabus hisce opinionibus conciliandis cum dn. Struv. *tr. de vindict. privat. cas.* 11. *aphor.* 15. distinguendum putamus, inter debitorem, qui casu ad inopiam redactus ea sibi intentione inducias concedi curavit, ut interea de modis solvendi cogitare, ac vires patrimonii recolligere possit; ac inter debitorem, qui sua culpa in paupertatem redactus in
59 fraudem creditorum inducias postea impetravit. Priori casu non dari retorsionem aequum existimamus. Quid enim privilegium induciarum ad extraneos privilegiati debitoris debitores? Exactio sane illa debitoris, quae jamtum per rescriptum moratorium ad aliquod temporis spatium suspensa, separata valde est ab exactione illa, quam debitor praedictus privilegiatus suos adversum debitores ne tantillum quidem privilegiatos exercere vult, imo *in l.* 6. *a. de ll.* eleganter satis dicitur; quod in favorem alicujus inductum est, non debere dotorqueri in odium ejus, Joh. de Carvalho. *tr. de quartis. p.* 2. *n.* 148. in favorem autem debitoris inducias esse concessas per se patet, iniquissimum proinde foret, si in odium ejus illae ipsae retorqueri possent, ut sc. debitores illius debitoris securi pariter intra tantum temporis sint, nec debitum ab illis exigi
60 possit. Et ex qua ratione debitor obaeratus intra tantum temporis, quantum moratoriis permissum, ab actionibus adversus debitores, quos sibi obstrictos habet, excludendus, cum tamen ex simili constet, haeredem pendente tempore confectionis inventarii bene posse debita sua ab aliis postulare, utut ipse interim a creditoribus vel legatariis suis inquietari vel in judicium vocari nullo modo possit *l.* 5. §. *donec. c. de jur. delib.* Mev. *p.* 5. *dec.* 354. *n.* 1. Freundeberg. *de*
61 *rescript. morat. cond.* 52. *n.* 28. Quod ultimum tamen dd. iterum dupliciter limitant, sc. (1.) In causis piis, (2.) Si conveniatur non ut haeres, sed tantum qua possessor, sic enim et pendente inventarii confectione conveniri poterit dn. Brunn. *ad l. fin. c. de*
62 *jur. delib. n.* 54. *ibique dd.* Limitatur quoque et prius, retorsionem sc. privilegii non esse permittendam, si vel ipse debitor ab eo, qui hoc privilegio munitus est, conventus absque sua culpa solvendo non sit, vel ipse creditor debitori isti privilegiato quicquam debeat, sic enim non tam per modum retorsionis, quam compensationis potius debita inter se invicem tolli poterunt. Modo debita talia sint, quae compensationem admittant; notum enim est, neque liquidum cum illiquido, neque speciem cum quantitate posse compensari. Po- 63
steriorem casum, quando scil. in fraudem creditorum inducias impetravit, quod attinet, etiam tunc retorsionem juste oppoui posse existimamus. Quaenam enim foret iniquitas, ejusmodi debitori solutionem quocumque modo tergiversanti adhuc succurrere velle; sane si liceret ipsi debita sua a suis debitoribus exigere, magis magisve defraudarentur creditores, cum non eo mente illa exacturus sit, quo creditoribus suis exinde satisfaciat, sed quo eo magis luxuriosam vitam agere possit.

Sic etiam si quis impetraverit rescripto quodam pri- 64
vilegium, quod non teneatur solvere sportulas vel litis expensas, vel etiam non tantas quantas alii, et ille me iterum conveniat, pari tunc privilegio contra ipsum uti potero. *l. fin. c. de fruct. et lit. expens.* Dn. Brunn. *ad d. l.* utut enim privilegia regulariter non egrediantur personam privilegiati, *l.* 1. *pr. ff. de const. princ.* interest tamen reip. ut servetur aequalitas in judiciis, et hinc privilegium uni ex litigatoribus datum, in alterius quoque persona locum habet. Christin. *decis. Belg. vol.* 5. *dec.* 120. *n.* 24. *seqq.* Dn. Brunn. *d. l. n.* 4. Enenkel. *de privil. l.* 2. *c.* 4. *n.* 9. sicuti pariter, si impetraverim privilegium, ut omnes, contra quos litigo, teneantur in persona comparere, contra regulam *l. fin. c. de procurat.* pari modo nec ego per procuratorem comparere possum, sed vi retorsionis me eo compellere poterunt, ut in judicio compaream, et causam meam agam. Item si ego per privilegium obtinuerim, ut causa mea agatur summarie, idem postea quoque futurum, si in eodem judicio ipse reconveniar Struv. *tr. de vind. priv. c.* 11. *aphor.* 19. Jason. *in l.* 3. *ff. quod quisque juris.* ob elegantem rationem quae redditur *in l. ult. c. de fruct. et lit. expens.* ubi dicitur: non esse ferendum, eos, qui praefatas praerogativas praetendunt, aliquid plus ab adversariis quaerere concedi, quam ipsi ab aliis pulsati facere patiantur. Haec tamen omnia et 65
his similia restringenda dicit Baro Enenhel. *d. l. n.* 97. ad privilegia motu non tantum proprio principis, sed et litis ordinandae causa concessa. Nam si privilegium litis decisionem concernat, non hoc communicatur alteri parti, nisi negotium tale sit, cujus ex natura concessio uni facta porrigitur ad alterum, ut restitutio in integrum *l un. c. de reputat.* aut nisi alter jus iniquum impetraverit. Dn. Brunn. *ad d. l. c. de fruct. et lit. expens. n.* 6. Pariter quoque haec limitanda, nisi de principis privilegium concedentis voluntate constet, non debere privilegii usum alteri nec retorsionis jure communicari.

CAPUT II.

De jure privilegiati contra privilegiato circa actus inter vivos.

SUMMARIA

Transitus. n. 1.
Contractus sunt de genere permissorum. n. 3.
Pupillus sine tutore contrahere nequit. n. 5.
Quid sit contractus claudicans? remissive. n. 7.
Minor non potest contrahere sine curatore. n. 8.
Explicatur l. 101. *ff. de v. o. n.* 9.
Minoris bona mobilia possunt alienari. n. 10.
Quid ad immobil. alienationem requiratur? n. 11. 12.
Quinam effectus, an actus ipso jure nullus, an rescindendus? n. 13.

An valeat contractus minoris cum minore? n. 14.
Distinguitur hic. n. 15.
Ubi remedium ordinarium adest, non opus est extraordinario. n. 16.
Minores quare dicantur privilegiati? n. 17.
Argumentum a minore ad filium fam. n. 18.
Quare inductum sct. macedon. n. 19.
Nec jurato huic scto renunciari potest. n. 20.
Rationes. n. 21.
An filiusfam. contra filiumfam. utatur exceptione scti macedon. n. 22.
Affirmatur. n. 23.
Limitatur. n. 24.
Quo casu cesset exceptio scti maced. n. 25.
Limitatur regula: privilegiatus contra privilegiatum non utitur privilegio. n. 26.
Quodnam dicatur potentius privileg. n. 27.
Privilegium aetatis praeponderat scto. n. 28.
An filiusfam. pro parte possit uti exceptione scti maced.? n. 29.
Privilegium non excedit personas. n. 30.
An privilegium dotis praeponderet scto.? n. 31.
Explicatur l. 9. *ff. de in rem verso. n.* 33.
Favor aequitatis major est favore dotis. n. 36.
An ob solum mutuum detur sctum? n. 37.
Limitatur. n. 38.
Privilegium filiifam. et civitatis ac ecclesiae quodamtenus conveniunt. n. 39.
Civitas ipso jure tuta, minores v. restituendi. n. 41.
Ratio. n. 42.
Cautela pro illo qui cum civitate contrahit. n. 43.
Non datur beneficium excussionis, si cum administratoribus civitatis contractum. n. 45.
An probanda versio, si duarum civitatum administratores mutuo sibi invicem dederint? n. 47.
Limitatur. n. 48.
Foemina si minori spoponderit pro alio an teneatur? n. 49. 52.
Avarus praesumitur sexus muliebris. n. 51.
Dato privilegiorum concursu standum juri communi. n. 53.
Limitatur. n. 54.
Favorabilior causa minorum quam foeminarum. n. 55.
Dubium obstare videtur. n. 56.
Decidítur illud. n. 57.
An foemina pro muliere dotem marito promittente intercedens obligetur? n. 58.
Limitatur. n. 61. 62.
In genere mulier pro quovis dotem promittente obligatur. n. 60.
Quod limitatur. n. 63.
Quare mulier pro marito non possit intercedere? n. 66.
Nequidem jurato. n. 67.
Foemina potest renunciare scto. n. 68.
Limitatur. n. 70.
Sublimitatur. n. 69.
Foemina nec pro mariti patre fidejubere potest. n. 73.
Ratio. n. 74.
Obstans dubium resolvitur. n. 75.
Ecclesiae jura minorum competunt. n. 77.
Ecclesia contra ecclesiam an possit restitui? n. 78.
Declaratur. n. 79.
An minor contra ecclesiam utatur suo privil.? n. 80.
Eccl. contra ecclesiam praescribit. 40. *annis. n.* 82.
Covarruviae opinio. n. 83.
Tiraquelli opinio. n. 84.
Quae in effectu conveniunt. n. 85.
Tutela munus publicum est. n. 87.
Ob privil. a tutela excusantur milites. n. 90.
Ratio. n. 91.
Miles an amittat legatum sibi sub conditione, si tutor erit, relictum? n. 92.
Non excusatur contra commilitonem. n. 93.
Quibusnam militibus hoc privilegium competat? n. 94.
Ad unam solum commilitonis tutelam obligantur. num. 95.
Limitatur. n. 97.
Privilegium militum an competat clericis? n. 98. 99.
Declaratur. n. 100.
A tutela liberat dignitas. n. 102.
Exemplum. n. 103. 104.
Excusantur a tutela minores. n. 105.
An minor minoris tutor esse teneatur? n. 106.
Excusat tandem a tutela absentia necessaria. n. 108.

Praemissis superioribus capite generalibus quibusdam de 1
privilegiis, eorumque concessione ac retorsione, ad materiam nostram jam nobis progrediendum erit, videndumque, si diversae personae privilegiatae, seu quibus certum aliquod a legibus indultum est privilegium, concurrant, quid juris in illis obtineat, an utrique privilegio suus constet vigor, an vero alterum altero impediatur? Quoniam autem non unius generis, sed 2
pro diversitate actuum varii quoque casus contingere solent, in quibus quilibet privilegium suum allegando a rigore juris communis se excusare cupit, ideoque et melioris ordinis servandi gratia in praesenti capite secundo regulam nostram *in cap.* 1. propositam, quomodo scilicet in actibus inter vivos illa procedat, examinare animus est, circa ultimas voluntates et actus judiciales competentia jura in sequentibus pertractaturi.

Contractus itaque seu actus inter vivos quod attinet, constat, hoc esse de genere permissorum, et sic a quolibet celebrari posse, nisi qui specialiter reperiatur prohibitus, uti servus de jure romano etc. Sunt 4
vero quaedam personae quae contrahere quidem, ast non valide possunt, sed ita, ut actus ab illis initus vel ipso jure nullus vel remedio aliquo rescissorio iterum sit dissolvendus. Sic pupillus de rebus vel bonis 5
suis sine auctoritate tutoris nil quicquam disponere valet, sed si forte illo inscio contractum aliquem inierit, plane non ad servandum hunc obligabitur, illum tamen, cum quo contraxit, perfecte sibi habet obligatum *pr. j. de auctor. tut.* ita ut pupillo electio competat, an velit stare contractui semel inito, et alterum ad implendum eum compellere *l.* 13. §. 29. *ff. de a. e.* Struv. *ad ff. tit. de auct. et consens. h. t.* 43. si sc. lucrum aliquod inde ad ipsum redundare possit. Meliorem enim suam conditionem semper et sine au- 6
ctoritate tutoris reddere potest, non vero deteriorem, et ejusmodi contractus dicitur claudicans, de quo *vid. disput. de contract. claudicante sub.* dn. D. Hoppio *habita.* An vero velit totum actum rescindere, exci- 7
piendo, non adhibitam fuisse tutoris auctoritatem, quod enim ita gestum, omnino non valet, sed est ipso jure nullum.

Idem etiam ex paritate rationis procedit in mino- 8

ribus; nam uti pupilli sine auctoritate tutoris res suas alienare nequeunt, ita nec hi absque curatoris consensu illud ipsum possunt; non obstante forsitan *l.* 101. *ff. de v. o.* ubi dicitur puberes sine curatoribus
9 suis ex stipulatu posse obligari. Haec enim lex intelligenda de obligatione mere personali, seu tali, quae nudam personam afficit, quippe quae cum curatori subjecta non sit, *l.* 20. *ff. de ritu nupt.* absque ejus quoque consensu valide ad factum aliquod sese adstringere poterit; quod secus in obligatione illa, ubi contrahendo minor id agit, ut res suas alienet, haec enim curatore non consentiente nulla est, nec pupillum obligat, *l.* 3. *c. de in integr. restit.* Cuj. *ad l.* 101. *ff. de v. o. et lib.* 19. *obs.* 33. Philipp. Matthaei *in l.* 2. §. 1. *n.* 14. *et seqq. de r. j.* Dn. Brunn. *ad d. l.* 3. *c. de restit. in int. et exerc. ad j.* 4. *tit.* 24. *n.* 5.
10 Uti igitur certum est, curatorem, exigente utilitate minoris sui, ejus bona mobilia, quae servando sc. servari non possunt, licite posse alienare, redactamque exinde pecuniam in emptionem praediorum vel reddituum collocare; *l.* 22 *c. de adm. tut. l.* 1. *c. de fid.*
11 *et jur. hast. fiscal.* Struv. *exerc.* 5. *t. l.* 30. Ita certissimi quoque juris, immobilia minorum bona, non minus ac mobilia pretiosiora et quae servari possunt, du. Brunn. *qu. ad* Wesenb. *tit. de reb. cor. q.* 3. *l.* 22. *c. de adm. Jul.* Mantic. *de tacit. convent. l.* 11. *tit.* 21. *n.* 2. non posse alienari, nisi ex evidente ratione urgente sc. aere alieno *l.* 12. *c. de praed. min.*
12 Dn. Brunn. *d. l. q.* 1. imo ad eorum alienationem non solum curatoris consensum sufficere, sed praevia causae cognitione insuper quoque magistratus decretum requiri. Gail. *l.* 2. *o.* 172. Ant. Fabr. *in cod. lib. tit.* 37. *def.* 1. Carpz. *p.* 2. *dec.* 195. *n.* 1. et hoc quidem ob maximum, quod inde minori oriri posset praejudicium, hinc omisso decreto alienatio est ipso jure nulla. Struv. *d. l.* Dn. Praeses *in cautel. contr. sect.* 1. *c.* 3. §. 18. *seq.* illo vero adhibito si nihilominus laesum postea se sentiat minor, non quidem ipso jure est invalida, sed demum per remedium juris, resti-
13 tutionem sc. in integrum, rescindenda. Et in hoc sane ratione praescriptionis actionis ingens latitat effectus, ut sc. si ipso jure actus sit invalidus, per 30. annos nullitas possit opponi; sin autem per restitutionem rescindendus, quadriennium tantum sit indultum, quo elapso exspirat omnis restitutio. *l. fin. c. de temp. in integ. verb.*

14 Quid si vero minor cum minore, et uterque quidem absque curatoris consensu contraxerit, validane ex hujusmodi contractu orietur obligatio? Non hic quaestio est, an alter contra alterum possit petere restitutionem, hi enim similesve casus in cap. IV. fusius nobis erunt tractandi; sed quaerimus saltem, an ejusmodi contractus subsistat propterea, quod uterque minorum sit privilegiatus; privilegiatus autem contra
15 privilegiatum non utatur privilegio? Et hic distinguendi erunt casus: aut enim uterque horum nullum plane habuit curatorem, aut habuit quidem, sed consensum ejus neuter adhibuit. Priori casu omnino validum contractum putamus, cum enim certum sit, subsistere contractum minoris curatore destituti cum majore quodam celebratum, salvo tamen beneficio restitutionis; nil obesse quoque poterit, quo minus et minor cum alio minore valide contrahat, et denegat Sfort. Odd. *de rest. p.* 1. *q.* 15. *n.* 60. ipsi antea dictum beneficium, quod tamen non sine limitatione admittendum, quam *in cap. seq.* proponam. Posteriori casu subsistere plane nequit contractus, et neuter horum exinde obligatur cum actus hic contra leges sit, actus autem contra ll. gestus ipso jure nullus est, *l.* 5. *c de ll.* et 16
sic nec hoc casu remedio extraordinario opus erit, cum ordinarium sc. querela nullitatis jantum sufficiat. Imo minores propterea plane non dicuntur privilegiati, 17
quod semper in obligandis bonis suis, vel celebrandis contractibus curatoris consensum implorare necessum habeant, sed ipsorum privilegium in hoc tantum consistit, quod laesi possint petere restitutionem, extra hunc casum vero jure communi utuntur, et sic nec hoc casu, dum de subsistentia contractus tantum, non de restitutionis beneficio quaeritur, privilegium allegari poterit.

Minor itaque uti adhibito curatoris consensu valide 18
ex quocumque contractu obligatur, ita et pari modo obligatur filiusfam. ut ratione solius mutui contracti privilegium exceptionis sc. scti macedoniani ipsi sit indultum, dn. Brunn. ad Wes. *tit. ad sct. maced. q.* 7. et hoc quidem primario ob magnum foeneratorum odium, ne scil. mutuo accepta pecunia corrumpatur juventus *l.* 1. *ff. ad sct. mac. l.* 40. *ff. d. cond. ind.* secundario vero ob favorem ipsorum parentum, 20
ut sic nec jurato exceptioni scti macedoniani a filiofam. renunciari possit. *arg. l.* 7. §. 16. *ff. de pact.* Aug. Barb. *ad l. fin. c. ad sct. mac. n.* 14. Lauterb. *ad d. tit.* §. 2. *th.* 10. Dn. Brunn. *ad l.* 1. *c. d. t.* Hier. de Caevall. *spec. comm. opin. q.* 776. Strauch. *exerc.* 13. *th.* 8. Enenckel. *de privil. parent. privil.* 12. *c.* 3. *n.* 15. Struv. *ad tit. ad sct. maced. th.* 56. Frenzk. *d. t. n.* 22. Zoes. *n.* 27. Mantic. *de tacit. convent. l.* 8. *t.* 7. *n.* 32. Haec enim renunciatio cum 21
per se non valeat, *arg. l.* 5. *c. de ll.* nec juramento confirmari poterit, cum omne juramentum contra ll. praestitum in foro civili plane non sit obligatorium, nec juri prohibitivo in alterius favorem introducto possit renunciari. Quamvis in foro conscientiae aliud dicendum, ubi omne juramentum, quod sine dispendio salutis servari poterit, servandum *c. quamvis de pact. in* 6.

An igitur filiusfam. paris privilegii exceptione se 22
tueri poterit contra aliam personam privilegiatam; pone: si filiusfam. mutuo dederit pecuniam alii filiofam. an creditor ille postea repetens suum debitum a debitore hoc repelli poterit exceptione scti macedoniani? Et omnino affirmandum putamus; utut enim 23
privilegiatus contra privilegiatum non utatur privilegio, et sic hoc casu uti filiusfam. debitor opponendo sctum contra quemvis debitorem se tueri poterit, ita et contra alium filiumfam. idem opponere possit, cum in pari causa melior sit ratio consummentis *l.* 11. §. *pen. et ult. ff. de minor.* Zoes. *tit. ad sct. maced. n.* 25. Attamen dicta regula temperanda, nisi alter fa- 24
ctus fuerit locupletior *l.* 34. *ff. de minor. l.* 11. §. 6. *d. t.* Mantica *de tacit. conv. l.* 8. *tit.* 7. *n.* 26. sic enim omnino ejus partes longe sunt favorabiliores, qui de damno vitando agit, quam qui circa lucrum captandum versatur; quod si tamen ille, qui mutuum 25
accepit, sit filiusfam. majorennis, dans vero adhuc minorennis, aliud dicendum esse, nec exceptionem scti maced. opponi posse putamus. Utut enim utrumq; horum, tam minorem quam filiumfam., privilegiatum

esse juris sit tralatitii, propterea que jus commune inter illos debere observari, exceptionem tamen scti hoc casu penitus cessare, ac opponi non posse, non minus aequitati quam stricto juri communi satis est
26 convenieus. Solemnis enim regulae nostrae est limitatio; privilegiatum non uti privilegio contra privilegiatum: nisi unius privilegium altero sit potentius.
27 Potentius autem dicimus illud, in quo major versatur utilitas: Leo Val. *dec.* 90. *n.* 2. 23. *et* 24. vel cujus causae sunt favorabiliores *l.* 11, §. *fin*, *l.* 12. *ff. de min.* Bart. *ad auth. quas actiones c. de ss. eccl.* Jam vero magnum quidem filiifam. hoc tamen longe majorem ipsius minoris esse favorem quis negabit? Magis enim interest minoris pecuniam mutuantis, ut pecuniam suam recipiat, quia in bona fide fuit, alter vero mutuum accipiens sibi forsitan hoc ipsum privil. competere non ignoravit, sicque in dolo ac animo alterum defraudandi versatus est, cui jura non succur-
28 runt, *l.* 2. §. 3. *ff. ad sct. vellej.* Imo privilegium aetatis longe praeponderat privilegio scti, illius enim causa est favorabilis, ut sc. minoribus lubrico aetatis lapsis subveniatur; hoc vero odiosum plane est, cum in odium foeneratorum juventutem data pecunia corrumpentium sit inductum, ac favorem liberorum secundario saltem ac per consequentiam concernat, paucis, privilegium aetatis est naturale, scti vero accidentale; ac idcirco, illud huic jure praeponderat.
29 Quodsi vero filiusfam. cum alio quodam nullo penitus gaudente privilegio mutuum accipiat, sicque correum debendi se constituat, an pro parte sua uti poterit exceptione scti maced.? Videtur quidem quod non, quia *in* §. 1. *j. de duob. reis. stipul.* expresse dicitur, promittentes singulos in solidum teneri; contrarium tamen hoc non obstante omnino verius, filiusque famil. pro parte sua exceptione scti tutus est; juris enim est indubitati, quod persona non privilegiata concurrens cum privilegiata nec gaudeat hujus beneficio, nec impediat hanc uti suo beneficio, Jas. *in l. hac consultissima* §. *ex imperfecto c. de testam.*
30 *n.* 12. Enenkel *de privil. l.* 2. *c.* 4. *n.* 92. quia privilegium nunquam excedit personas privilegiatas *l.* 68. *et* 169. *ff. de r. j.* Dn. Brunn. *ad l.* 8. *c. de ss. eccl. n.* 8. Solus ergo alter ad restituendum mutuum tenetur, quo et ipse creditor tenetur esse contentus *d.* §. 1. *j. de duob. reis.*

31 Privilegium quoque dotis privilegio scti macedoniani praeponderare aequum non minus est atque justum, ut sc. quando filiusfam. mutuam pecuniam sumpsit. quo exinde filiam suam dotaret, pater exceptionem
32 illam opponere non possit; cum enim sic in rem patris mutuum versum videatur, propterea quod pater alias filiam suam dotare teneatur. *l. fin. vers. neque enim ll. incognitae, c. de dot. prom. l.* 19. *ff. de rit. nupt. l.* 7. *ff. ad sct. maced.* ibique dn Brunn. Enenkel. *de privil. par. privil.* 12. *n.* 30. omnino quoque pater de in rem verso conveniri poterit, cum huic, filia constante matrimonio mortua, dotis quoque repetitio competat, *l.* 17. *ff. ad sct. maced.* Et quamvis *in l.* 9.
33 *ff. de in rem vers.* dicatur; si pater dotem daturus non fuit, in rem patris quoque versum non videtur; et hinc haec lex directo contrariari videtur; allegatis jam tum legibus, quibus onus dotandi patri simpliciter injungitur; in eum tamen casum *d. l.* 9. concipiendam puto, qua neptis in avum suum ingrate forte extitit; uti enim ob ingratitudinem ad alimenta civilia non tenetur avus, ita nec ad dotem, cum haec aeque ad commoditatem detur atque illa. Igitur si 34
nepte in avum ingrata existente pater filiusfam. nihilominus ad constituendam illi dotem mutuo acceperit, in rem avi versum non videbitur, cum nec dotare illam fuerit obligatus; sed numne hoc casu favor do- 35
tis tantae erit efficaciae, ut creditori propterea mutuo datae pecuniae deneganda sit restitutio, ac sic ille in damno constituatur, reliquis lucrum captantibus, quod omnino contingeret, si neque pater de in rem verso teneatur, neque filiusfam. ob sct. maced. conveniri possit. Et omnino putarem quod non. Nam 36
magnus quidem favor dotis, eo tamen longe major favor aequitatis, ut sc. suum cuique tribuatur, ac nemo cum alterius damno locupletetur, *l.* 14. *ff. de cond. indeb.* Hinc quamvis constante matrimonio ob dominium civile, quod marito in dote competit, ad sustinenda matrimonii onera, *l.* 20. *c. de jur. dot.* repetitio non detur, eam tamen dissoluto matrimonio *ex l.* 32. *ff. de reb. cred.* competere aequissimum putamus.

Numne vero hoc scto filiusfam, se tantum tueri 37
poterit, si mutuam pecuniam acceperit, an vero illi etiam locus est, si filiusfam. pro alio fidejusserit; et praesupposito filiumfam. ex omni contractu valide obligari, excepto solo mutuo *l.* 57. *ff. de judic. l.* 9. *c. quod cum eo qui.* Dn. Brunnem. *qu.* ad Wesenbec. *d. t. qu.* 1. Decisio quoque erit facillima, scilicet illud 38
ipsum sctum hoc casu penitus cessare, sub hac tamen limitatione, nisi hoc per fraudem factum, ut sub eo colore pecunia ad filiumfam. perveniat alio se obligante ut principali, et si mutuo dans ejus fraudis sit conscius, sic enim omnino ne fraus fiat legi, sctum quoque macedon. opponi poterit.

Quod privilegium jura concessere filiofam ut sc. ex 39
mutui contractu vi scti non obligetur, id quoque quadamtenus concessum videtur civitati atque ecclesiae, ut pariter non obligentur ex mutuo per administratores suos contracto, nisi probata fuerit versio. Dn. Brunnem. *ad l. civitas.* 27. *ff. de reb. cred.* Hartmann. Pistor. *p.* 1 *qu.* 37. Carpzov. *p.* 2. *c.* 6. *def.* 21. Klock. *cons.* 54. *qu.* 5. *vol.* 2. Mev. *p.* 3. *d.* 129. Menoch. *de a. j. q. cas.* 432. Mascard. *de probat. concl.* 1160. *n.* 1. *et* 2. et hac non probata non ipsa civitas, sed admi- 40
nistratores soli tenentur, *d. l.* 27. Mev. *p.* 5. *dec.* 387. Dn. Brunnem. *qu. ad Wesenb. tit. de reb. cred. qu.* 20. Struv. *d. t. th.* 14. *seq.* Wissenb. *ibid. th.* 14. ut sic idem obtineat in civitate, quod in pupillis et minoribus, qui nec per tutores vel curatores tenentur, nisi probata versione; hac solum existente differentia, quod civitas in tali casu sit ipso jure tuta, 41
minores vero restitutione egeant, et quidem ob hanc 42
rationem, quod civitas habeat corpus legale, ut verum naturalemque consensum habere nequeat, cum nimis foret arduum atque difficile, omnes omnino cives in civitate convocare, eorumdemque consensum explorare, quod longe aliter se habet in minoribus. Zoes. *ad tit. ff. de reb. cred. n.* 46. Quapropter utile et cau- 43
telae velut loco observandum, ut is, qui mutuo dat civitati, curet sibi illos obligari tamquam fidejussores, qui ejus nomine contraxere, hoc enim casu postea creditori electio competit, an contra civitatem agere velit, an contra contrahentes, nec provocari poterit

44 ad beneficium excussionis seu ordinis fidejussoribus alias competens, civitas enim cum aeque dicatur privilegiata atque ecclesia, haec autem de facili ob multa sibi competentia privilegia conveniri nequeat, Berlich. 45 *p. 2. concl. 24. n. 27.* Ideo quoque cessabit penitus beneficium excussionis, et omissa civitate statim contra administratores tamquam fidejussores actio move- 46 ri poterit. Per hos tamen administratores intelligimus illos, quibus solum reipubl. gubernandae cura commissa, quales plerumque solent esse consules et senatores; Coler. *de proc. exec. p. 2. c. 3. n. 337.* Carpzov. *p. 2. c. 6. def. 19. n. 7. et lib. 2. resp. 106.* Struv. *ad tit. de reb. cred. th. 19.* non vero illos, penes quos est τὸ πολίτευμα seu regimen totius civitatis, quales plerumque sunt tribuni plebis et collegiorum opificum magistri. Coler. *d. l. n. 347.* Donell. *ad l. 34. ff. de reb. cred. n. 1.* Richter. *dec. 71. n. 1.* Struv. *d. l. th. 18.* Mantic. *de tac. convent. l. 8. tit. 13.* Per hos enim universa civitas repraesentative contraxisse videtur, et sic non opus erit, priusquam illa conveniri possit probare versionem.

47 Quid si vero administratores alicujus civitatis mutuo dent alterius civitatis administratoribus certam pecuniae summam; teneturne postea illa civitas, si contra hanc ad repetitionem agere velit, probare prius versionem, an vero poterit altera alteram repellere exceptione paris privilegii? Et omnino posterius affirmandum putarem; cum enim privilegiatus contra privilegiatum non utatur privilegio, ideo quoque nec hoc casu civitas a civitate probationem versionis exigere valebit, sed utut haec probari haud possit, mutuum 48 tamen restituere tenebitur; quod si tamen civitas illa, cujus administratores mutuum acceperunt, liquido probare possit, pecuniam hanc non in suam, sed ipsorum utilitatem esse versam, ab actione quoque liberandam esse verius existimarem, quia si simpliciter ad restituendum teneretur, altera cum alterius damno locupletaretur, et sic de lucro captando certaret, potius ergo huic de damno vitando agenti erit prospiciendum.

49 Ob concursum quoque privilegiorum foemina non poterit uti exceptione scti vellejani, si minori pro debitore suo spoponderit, *l. 12. ff. de minor.* Struv. 50 *ad tit. ff. ad sct. vellej. n. 12.* Nam utut alias quovis modo contrahere, seque obligare valide possit, pro aliis tamen intercedere expresse ipsi legibus est interdictum, et quidem ob hanc rationem, quod mulierum genus admodum sit fragile *l. 2. §. 2. ff. ad sct. vellej.* Dn. Brunneman. *d. l.* et hinc facilis nimium praesumatur foemina in fidejubendo, dummodo in praesenti solutionem expedire non cogatur, in hoc enim nimium quantum deficere plerumque solent foe- 51 minae, et avarus semper imo avarissimus praesumitur sexus muliebris *l. 4. ff. ad sct. vellej.* ac miraculi loco habetur, si foemina quicquam donet. vid. Mascard. *de probat. c. 10. n. 29. dec. cons. 32. n. 5. v. 2. vol. 3.* Barbos. *lib. 11. c. 55. axiom. 2.* quapropter et donare libere permiserunt jura foeminae, quantumcumque etiam velit, interdicta solum fidejubendi facultate, et concesso simul favorabili aliquo privilegio exceptione sc. scti vellejani *l. 1. §. 1. ff. de const. pec.* Mantic. *de tacit. convent. l. 19. tit. 4. n. 6.* vi cujus ad solvendum id, quod intercedendo promisit, compelli non poterit.

Quod si ergo minor alicui pecuniam credidlerit, et 52 foemina fidejusserit pro debitore, an hoc postea non solvendo existente; et creditori minori contra foeminam agenti opponi possit exceptio sct. vellejani? Ratio dubitandi in hoc consistit, quod hic concurrant duo diversa privilegia restitutionis sc. quoad minorem, et scti quoad foeminam; unde foret dicendum, statuendumque, foeminam ex ejusmodi intercessione pro minore facta valide obligari ac exceptionem scti vellejani alias competentem hic penitus cessare. Utut e- 53 nim vulgatum sit, dato privilegiorum concursu standum esse juri communi *l. assiduis. 12. c. qui pot. in pign. l. verum. ff. de minorib.* Berous *cons. 48. n. 6.* et sic quoque hoc casu foeminam etiam contra minorem opponere posse sctum vellejanum; vulgatae tamen 54 regulae vulgata quoque constituta est limitatio, sc. concurrentibus duobus privilegiis neutrum valere, nisi alterum sit potentius; hinc quod paulo ante de minore cum filiofam. contrahente diximus, cessare sctum macedonianum, hic quoque repetendum nobis venit, ac cessare sctum vellejanum ratione foeminae dicendum, ob hanc quidem rationem, quod privilegium aetatis sit potentius, sicque scto praeponderet, favora- 55 bilior enim est causa minorum quam foeminarum, Sfort Oddo *de restitut. in integr. p. 1. qu. 4. n. 45.* Videtur quidem hic cessare ratio ista, quae in antea 56 dato casu magni momenti esse, graviterque pro minore contra filiumfam. pugnare videbatur, sc. quod privilegium restitutionis sit inductum in favorem minorum, et hinc admodum favorabile, privilegium vero scti macedoniani odium inprimis foeneratorum concernat, et hinc plane odiosum; hoc autem sctum vellejanum foeminis concessum, quoniam non minus favorabile atque ipsa minorum restitutio, cum in nullius odium, sed solum foeminarum favorem sit concessum, hinc etiam neutrum horum privilegiorum ae- 57 qualem favorem alteri praevalere debere; verum utut hoc nobis obstare videatur; dispar tamen plane hic ratio adest, nec aequalem favorem hisce tribuendum concedimus; privilegium enim aetatis, uti antea jam monuimus, cum sit naturale, scti vero accidentale imo causa privilegium concedendi minori longe sit favorabilior, quam foeminae, ideo quoque illud huic jure praeponderare ac exceptionem scti vellejani contra minorem ad restitutionis beneficium provocantem opponi non posse, nullum est dubium. *l. 12. ff. de minor.* Hering. *de fidejuss. c. 7. n. 465.* Supponendum tamen, uti fecimus ab initio, debitorem non solvendo esse, adeoque contra debitorem succurrendum esset minori Struv. *syntagm. tit. de minor. th. 12.* Dn. Brunnem. *comm. ff. d. l. 12.*

Quid vero juris; si foemina aliqua major pro mu- 58 liere nubente marito, ipsique dotem promittente, intercedat, numne exinde obligatur? Et hic sane decisio casus praecedentis repetenda, ac cessante exceptione scti vellejani validam ex tali promissione oriri obligationem erit asserendum; quod si enim non juvatur 59 scto, si pro servo, ut consequatur libertatem, intercedat, *l. 24. c. ad sct. vellej.* Dn. Brunnem. *ad d. l.* Prukmann. *in l. in multis. 9. ff. de stat. hom. p. 2. art. 15. n. 13.* Hering. *de fidejuss. c. 7. n. 437.* ex paritate rationis nec juvabitur, si pro dote tamquam pia causa fidejubeat. Imo generaliter verum est, mu- 60 lierem intercedentem pro alio principali debitore, qui

tenebatur ex causa dotis, efficaciter obligari favore dotis, quod expresse habetur *in l. fin. c. ad sct. vellejan.* ibique dn. Brunnem. Berojus *vol.* 1. *cons.* 48. *n.* 2. adjecta simul ibidem elegantissima ratione, non foreudum sc. esse, casu fortuito interveniente mulierem fieri indotatam, et sic a viro forsan repelli et distrahi matrimonium, quod tamen omnino posset contingere, si mulier tantum, quantum dotis nomine promisit, postea non inferat, sponsalia enim sub certa conditione, modo honesta, contracta semper matrimonium, donec illa impleatur, suspendunt, *c.* 5. *X. de condit. appos.* Carpzov. *jurispr. eccl. l.* 2. *def.* 22. Dn. Praeses *in not. ad inst. l.* 1. *tit.* 10. *p.* 50. Dn. Brunnem. *jur. eccl. l.* 2. *c.* 16. *n.* 15. imo si alter contrahentium conditionem postea implere nolit,
61 in totum poterunt rescindi. Uti autem nihil tam generaliter verum est, quod non aliquam patiatur exceptionem, ita et haec, quae jam diximus, certa quadam limitatione erunt restringenda, et primo quidem illud, quando diximus, foeminam pro alia muliere
62 intercedentem efficaciter obligari, notanter ita limitatur, nisi foemina ista ex hac intercessione ipsa remaneat indotata, Beroj. *d. l. n.* 6. Sic enim dato privilegiorum concursu standum erit juri communi, cum privilegiatus contra privilegiatum privilegio suo non utatur *per dd. in fin. cap.* 1. *alleg.* Imo proxima charitas, quoniam a se ipsa incipit, *l.* 6. *c. de servitut.* et jura neminem cum alterius damno locupletari volunt, *l.* 14. *ff. de condict. indeb.* durum quoque admodum foret, si hoc casu alteri foeminae pro alia fidejubendo omnis nubendi commoditas praescinderetur, inprimis hodie, ubi vix quis matrimonium contrahet, nisi pro qualitate suae personae ampla simul dos ips
63 speranda sit. Deinde quoque limitatur illud, quod diximus, foeminam scil. pro quovis, qui ex causa dotis tenebatur, efficaciter obligari, ut non procedat, si maritus virginem aliquam dotare promiserit, ac pro
64 hac obligatione uxor ejus intercesserit. Haec enim intercessio est ipso jure nulla, cum indubitati juris sit, mulierem pro marito suo nec fidejubendo, nec bona sua oppignorando obligari posse, per claram auth. *si qua mulier. c. ad sct vellej.* Bartol. *in l.* 21. *et fin. c. ad d. t.* Beroj. *cons.* 48. *n.* 5. Zanger. *de except. p.* 3. *c.* 11. *n.* 128 Rauchbar. *p.* 1. *qu.* 34. *n.* 11. Berlich.
65 *p.* 2. *concl.* 19. *n.* 56. Quia lex expresse resistit huic obligationi, etiamsi de favore publico agatur *per verb. d. auth. sive publicum sive privatum sit debitum.* qualis omnino causa dotis est, ut hinc etiam dicatur favorabilis, et privilegiata, *l.* 2. *ff. sol. matrim.* ibique
66 Bartol. Causa vero prohibitionis est metus reverentialis, qui a lege praesumitur, Brunn. *ad d. auth. n.* 1.
67 Beroj *d. l. n.* 7. Tiraquell. *de ll. comm. in pr. n.* 25. et tantae est efficaciae, ut ne quidem uxoris promissio pro marito facta juramento confirmari possit, tum, quia juramentum, uti quilibet alius actus, contra ll. praestitum est ipso jure nullum *l.* 5. *c. de ll.* tum, quia illa, quae favorem publicum concernunt, seu ob illum impediuntur, juramento firmari non possunt, Bartol. *in l* 57. *de ff. fidejuss. n.* 8. Beroj *cons.* 48. *n.* 11.
68 *seq.* et quamvis alias foemina, si de scti privilegio certiorata, eidem vel expresse possit renunciare *l. fin.* §. *pen. ff. ad sct. vellej.* Dn. Brunnemann. *ad d. l.* 57. Gail. 2. *obs.* 77. *n.* 1. Fachin. *l.* 2. *c.* 60. Joh. a Sande *l.* 3. *tit.* 11. *def.* 6. Dn. Lauterbach. *ad tit. ff. ad sct. vellej.* §. 2. *th.* 6. (ulut diserte contrarium statuat Berlich. *p* 2. *concl.* 19. *n.* 14. *seq.*) vel etiam tacite iterata sc. post biennium intercessione, cum sic contra illam militet praesumptio juris et de jure, et satis jam intra tantum temporis spatium deliberasse praesumatur, Menoch. *l.* 3. *praesumpt.* 12. *n.* 3. *vers. nec hoc casu requiritur.* Hering. *de fidejussor. c.* 7. *n.* 450. Baldus *in l.* 22. *c. de sct. vellej.* Berlich. *p.* 2. *concl.* 19. *n.* 44. hoc tamen non proce- 69
dit, si pro marito intercesserit; primum enim expressum adest jus prohibitivum, cui pro lubitu renunciare nequit uxor, cum non ipsius favorem respiciat. Deinde quoque nil facit consensus reiteratio, poterit enim et haec blanditiis maritalibus esse extorta, et affectio maritalis etiam ultra biennium sese extendere debet, Struv. *ad tit. ff. ad sct. vellej.* Franzk. 70
d. t. n. 26. Hoc tamen ita de stricto jure civili, ubi juramenti non major vis est, quam nudi pacti; de jure tamen canon. juratam ejusmodi scti renunciationem valere juris est indubitati *per c. quamvis X. de pact. in* 6*to.* Zanger. *de except. p.* 3. *c.* 11. *n.* 128. Dn. Brunnem. *ad l. fin. ff. ad sct. vellej. n.* 16. Ber- 71
lich. *p.* 1. *concl.* 19. *ex. d. l.* nec opus est, ut uxor renuncians beneficii sui ante moneatur, juramentum enim vim certiorationis supplere videtur, dn. Brunneman. *d. l. n.* 17. Zoes. *ad ff. d. t. n.* 20. Franzk. *ibid. n.* 28. et quamvis contrarium statuentes urgeant, quod juramentum ad incognita non extendatur, ac proinde nec comprehendat privationem beneficii a lege concessi. Verior tamen omnino prior manet sententia quod etiam non monita sui beneficii per juramentum ab eo excludatur, hoc enim juxta *d. c. quamvis.* simpliciter servandum est, cum alias committeretur per-
jurium. Huc facit, quod licet foemina in specie non 72
sciat, quae et qualia habeat privilegia, et sic in particulari non cogitaverit de hoc privilegio, in genere tamen ex ipso postulato juramento conjicere facile potuit, sibi competere beneficia, ut hinc etiam de aliquo sibi competente privilegio cogitasse censeatur, ne videatur temere jurasse dn. Brunnem. *d. l.* Zoes. *d. l.* Gail. *l.* 2. *o.* 24. *n.* 2. quod et confirmat *c. ex rescripto x. de jurejur.* Ubi mulier secundum intercessionem juratam simpliciter interpositam nulla facta mentione certiorationis cogitur satisfacere.

Non tantum vero prohibetur uxor vi hujus *auth. si* 73
qua mulier. fidejubere pro marito, sed pro hujus quoque patre, fratre, filio, alioque agnato, partim ne hoc 74
contemplatione mariti fecisse videatur, partim vero quia obligatio uxoris pro marito etiam multoties facta et repetita sapit donationem inter conjuges Bart. *in d. auth. n.* 2. *nam ratio hujus auth. est.* Berlich. *p.* 2. *concl.* 19. *n.* 67. quae cum simpliciter prohibita, per consequentiam quoque interdicta videtur donatio facta ab uxore illi cujus successionem et haereditatem maritus sperat, quia alias haec fieret in fraudem legis. Non obstat, *quod. d. auth. si qua mulier.* 75
contineat casum aliquem singularem de marito conceptum, singularia vero non sint extendenda ultra casum expressum *per l.* 23. §. 3. *ff. de fideicomm. libertat. c. quae a jure* 28. *X. de r. j.* Barbos. *l.* 17. *c.* 35. *ax.* 3. et per consequens nec decisionem *d. auth.* ad mariti agnatos, sed ad illum solum spectare. Respondeo enim casum singularem non esse extendendum ad similes, nisi casus ille alias prohibitus per diver-

sus solummodo circumstantias contingat, et sic fraus legi fiat, uti hoc casu, ll. enim expresse prohibuerunt donationem inter conjuges, idem vero esset, si uxor mariti patri quicquam donaret, ac si in ipsum maritum donatio fuisset collata, cum per consequentiam maritus patris sui haeres factus eamdem rem do-
76 natam consequatur; hinc nec regula alias vulgata; quod scil. multa valeant per consequentiam quae directo valere non possint, hic procedere poterit, jura enim, uti jam dictum, nihil quicquam in fraudem legis fieri permittunt.

77 Jura minorum ecclesiis competere, vulgo notum est, Everhardus *top. leg. loco a minor. ad eccles.* Quod ad omnia pia loca pertinet, quae per administratores regunter, Tiraquell. *de privil. piae caus. privil.* 138.

78 August. Barbosa *ad cap.* 1. *n.* 4. *x. de integ. restit.* Quaeritur itaque: si ecclesia cum ecclesia contraxerit, an beneficio restitutionis in integrum locus sit? Et puto idem dicendum, quod de minoribus, regulariter restitutioni locum non esse, nisi altera ecclesia in da-
79 mno haereat; et sic hic exemplum dari, ubi privilegiatus contra pariter privilegiatum utatur suo privilegio, asserit Willhelm. Redoanus *de rebus eccles. non alien. qu.* 78. *c.* 9. *n.* 7. ubi hoc ita declarat, quod videlicet ecclesia restituatur contra ecclesiam, quando concurrit solum unius ecclesiae privilegium; restitutio enim datur ecclesiae laesae, unde alia ecclesia, quae non est laesa in illo articulo, non habet in eo privilegium, secus autem quando privilegium unius concurrit super eodem, tunc enim conquassantur privilegia, et ambae ecclesiae seu personae privilegiatae utuntur jure communi. Add. Sfort. Oddo *de restit. p.* 1. *qu.* 18. *n.* 39.

80 Quid si vero minor cum ecclesia contraxerit, an sic minor suo privilegio utatur contra ecclesiam? Et hoc negandum videtur, ecclesiam enim magis privilegiatam dicunt quam minorem, Redoanus. *qu.* 78. *c* 2.
81 *n.* 13. Verum cum alias ecclesia et minor sequiparentur in omnibus, quantum ad materiam restitutionis, teste ipso Redoano. *qu.* 78. *c.* 9. *n.* 10. Inde et hoc casu attendendum puto, an minor an ecclesia de damno vel lucro certet, tunc enim succurrendum illi, qui de damno reparando agit contra captantem lucrum. Unde quae in capite 4. de restitutione minoris contra minorem dicta, ecclesiae quoque applicanda.

82 Qua occasione quaeritur: qua ratione salvari possit receptissima juris canonici et doctorum decisio, ecclesiam contra ecclesiam praescribentem non vulgari tempore, sed quadraginta demum annis praescriptionem complere, pariter quam si privatus contra ecclesiam praescriberet, *cap. ad aures.* 6. *et cap. illud.* 8. *X. de praescr.* Baldus *de praescript. p.* 1. *partis* 5. *principal. n.* 4. Surdus *de alimentis tit.* 8. *pr.* 61. *n.* 13. Bartol. *in auth. quas actiones. c. de ss. eccl.* Menoch. *lib.* 1. *cons.* 82. *n.* 4. Jason. *in j. d. auth. n.* 11. Covarruv. *p.* 2. *relect. c. possessor.* §. 2. *n.* 4. *vers. quod diximus.* Kirchov. *consil. varior. Jct. vol.* 3. *cons.* 10. *n.* 293. Enenkel. *de privil. l.* 2. *c.* 5. *n.* 23. Dn. Brunnem. *ad auth. quas actiones c. de ss.*
83 *eccles. n.* 3. Existimat Covarruvias hoc propterea fieri, quod illa ecclesia, contra quam praescribitur, utatur privilegio speciali; sed hoc obscurum videtur, cum privilegia hoc passu ecclesiis indulta, sint generalia, inde clarius hoc ex Tiraquello *de privileg. piae caus. priv.* 26. declarat Barbos. *ad cap.* 6. *n.* 3. X. *de praescript.* Quod scil. sola ecclesia contra quam praescribi- 84
tur, privilegiata sit, et in specie agat de usu et exercitio sui privilegii circa quadragenariam praescriptionem, ecclesia vero praescribens licet alias in genere privilegiata existat, ut nonnisi quadragenariam praescriptionem patiatur, nihilominus tamen, dummodo contra alium praescribat, non exercere possit suum privilegium, nec ullum jure concessum esse ecclesiae praescribenti, sed ei soli, contra quam praescribitur, ac subinde merito hanc contra illam privilegio uti posse, quia, proprie loquendo, cum non concurrant privilegia in specie, nec concurrant duo privilegiati, sed ille solus privilegiatus dicatur, qui privilegium ad actum reducit juxta *l. ult. ff. ex quib. caus. maj. l.* 12. §. *fin. ff. de min. c. auditis.* X. *de restit.* Verum in 85
effectu res eo redit, quod privilegiatus contra privilegiatum privilegio suo utatur, si hoc tendat ad damni aversionem, qua ratione etiam utitur Carpz. *p.* 2. *c.* 5. *def.* 2. *n.* 8.

Actibus inter vivos annumerare quoque fas est tu- 86
telae dationem, utut enim haec quodammodo etiam ad actus ultimae voluntatis pertineat, cum et testamento tutor dari possit, ac hic omnibus reliquis praeferatur, quadamtenus etiam ad actus judiciales spectet, quatenus scil. a judice tutor datur, vel a lege datus ab illo confirmandus est, hic tamen de illa commode satis tractari posse putavimus, quia et constitutio tutoris dativi et confirmatio legitimi actus inter vivos appellari meretur, non quidem, quo alias per tales actus contractus solemus determinare, sic enim tutela plane non esset hujus loci, quia est munus publicum, *pr. j. de excus. tut. l.* 2. *ff. de r. j.* Stranch. *exerc.* 5. 87
th. 7. hoc autem contractus dici nequit, sed secundum propriam verborum significationem illos capimus, qui sc. inter vivos geruntur. Non autem fusam in amplis 88
simos sane campos profluentem tutelae materiam hic pertractare animus est, cum nec ad institutum nostrum pertineat, sed paucis solummodo aliquot casus, ubi tutores justas licet excusationes habentes, tutelam tamen suscipere teneantur, subjiciemus. Dantur autem 89
plures causae excusationum a tutela, quas omnes his quatuor breviter includit Zoes. *ad tit. ff. de excus. n.* 19. Dn. Brunnem. *qu. ad Wesenbec. d. t. qu.* 3. sc. ut quis se excusare possit (1.) Ob privilegium, (2.) impedimentum, (3.) justam inhabilitatem, (4.) sinistram justam tamen opinionem. Privilegium quod at- 90
tinet, ob hoc excusari milites constat, *ex l.* 4. *c. qui tut. vel curat. dar.* ita ut nec possint esse tutores, utut maxime velint. *d. l.* 4. *et* §. 14. *j. de excus. tit.* Dn. Brunnem. *ad d. l.* 4. Strauch. *ex.* 5. *th.* 20. sive in testamento dati sint, sive tamquam legitimi proximi sc. sanguine ad tutelam vocentur. Enenkel. *de privil. milit. l.* 2. *privil.* 15. *n.* 1. idque ob necessitatem et utilitatem publicam *l.* 7. *c. de procurator.* Si enim 91
ullo alio negotio, sane tutelae administratione milites ab opera reip. praestanda abducerentur, cum pupilli commodis quovis modo invigilare teneantur, quo postea finita tutela ab omni tutelae actione securi esse possint; hinc ne salus publica ob privatam tutelarum occupationem deseratur, legibus juste satis cautum est ne milites tutores constitui possint, dn. Bruno. *ad l.* 4. *c. qui tut. l. curat.* Montan. *de tutel. c* 35. *reg.*

92 1. *n.* 155. Nec propterea miles, cui sub conditione, si tutor futurus sit, legatum relictum, illud ipsum amittit, utut postea sese excuset; non obstante *l.* 5. §. 2. *ff. de his quae ut indign.* Miles enim plane tutelae incapax est, et excusatio haec non voluntaria est sed necessaria §. 14. *j. de excus. tut.* imo videtur legatum hoc sub conditione plane impossibili relictum, ideoque et haec pro plane non adjecta habetur, et nihilominus legatum capit. §. 10. *j. de haered. instit.* Dn. Brunnem. *ad l.* 8. *c. de legat. n.* 3. Gutierez. *de tutel. p.* 1. *c.* 22. *n.* 10. Nolle enim non potest dicis, qui non potest velle Carpz. *p.* 4. *c.* 27. *def.* 1. *n.* 12. Barbos. *l.* 12. *c.* 13. *ax.* 1.

93 Utut igitur contra quemcumque regulariter obtineat excusatio militis, cessat tamen illa ipsa contra pupillus commilitonum seu alterius militis; hic enim ob aequale privilegium ad suscipiendam tutelam ipse miles tenebitur, cum privilegiatus contra privilegiatum non utatur privilegio *l.* 8. *ff. de excus.* Zoes. *d. t.*

94 *n.* 2. Et hoc privilegium non illis competit, qui actu in militia sunt, sed veteranis tantum seu militia missis, de his enim *d.l.* 8. non de actu militantibus loquitur. Illis privilegia sua honoris causa et praemii dantur: his multa non tam honoris, quam disciplinae ordinandae ergo. Illis excusatio tantum datur, qua si uti nolint, non coguntur; his omnino interdicitur id muneris, nec si velint, suscipere possunt, imo horum privilegium non ab ipsis, sed ab alia causa, utilitate scil. publica dependet, Enenkel. *de privil. mil. l.* 2. *priv.* 15. *n.* 5.

95 In tantum tamen et veteranis privilegium suum contra commilitones prodest, ut ad unam solum conveteranorum tutelam suscipiendam compelli possint, *l.* 2. *c. de excus. veteran.* Dn. Brunnem. *ad l.* 4. *c. qui dar. tut. vel curat.* Montan. *de tutel. c.* 35. *neq.* 1. *n.* 187. Nec extendendum illud ad nepotes eorum, qui olim milites fuerunt, filiorum enim appellatione nepotes proprie non continentur, *l.* 6. *ff. de test. tut.* Mantic. *de tacit. convent. l.* 22. *t.* 12. *n.* 2. Non ob-

96 stante *l.* 84. *ff. de v. s.* Ubi filiorum appellatione omnes liberos denotari dicit Jctus, haec enim lex procedit in favorabilibus, Dn. Brunn. *ad d. l.* 6. Hartm. Pistor. *l.* 2. *qu.* 19. *in fin.* Carpzov. *p.* 2. *c.* 45. *df.* 12. Zoes. *de test. tut. n.* 4. Tutelae autem administratio in totum sane est onerosa, et sic quoque odiosa, ac nimis quoque gravaretur miles, si et nepotum commilitonis sui tutor esse deberet, propterea que a propria verborum significatione recedendum non est, quod et expresse confirmatur in *l.* 8. *pr. ff. de excusat.* Haec autem, dicitur ibi, de filiis non de nepotibus eorum qui olim milites fuerunt, intelligenda sunt, nepotes enim eorum in eodem loco cum privati-

97 tis esse creduntur. Quamvis igitur miles a commilitonis filii tutela se excusare non possit privilegio militari, poterit tamen et contra hanc suscipiendam excipere, si forte aliam justam excusationis causam habeat, ut si v. g. numerus annorum vel infirmitas corporis adsit. Cum enim alias hisce se contra alios quoque tueri possit, quin etiam contra commilitonem procedat nullum est dubium.

98 Quae de militibus hactenus dicta, ex paritate quoque rationis procedunt in clericis, cum hi semper in militia spirituali versari praesumantur; et utut administratio tutelae inter opera pietatis atque charitatis referatur, *dist.* 87. *tot.* haec autem neminem magis quam clericos deceant, cum horum munus esse debeat, ut miserabilibus personis succurrant et auxilium praestent, nihilominus tamen *in can Cyprianus.* 21. *q.* 3. expresse cautum, ne quis clericum tutorem testamento constituat, propterea sc. quia tutela multo cum onere conjuncta, et sacrum ministerium frequenter impedire solet. Imo quamvis diserte in concilio 99
chalcedonensi exceptam tutelam legitimam, et ad hanc admittendos clericos referat dn. Ziegl. *de diacon. et diaconiss. c.* 13. §. 54. post hujus tamen concilii tempora imperator noster Justinianus *in l.* 32. *c. de episc. et cler.* Clericis indistincte ab omni, qualiscumque etiam sit, tutela immunitatem concessit. Haec immu- 100
nitas autem uti in militibus ita in his quoque se extendit tantum ad extraneos, non vero illos, qui pari privilegio gaudent, propterea que nec clericus se excusare valebit, si ipsi tutela filii alterius clerici tamquam commilitonis sui deferatur, gaudebit tamen et hoc casu privilegio veteranorum, ut sicuti hi ad plures conveteranorum tutelas suscipiendas compelli non possunt, ita et clericus unius tantum clerici filii tutor esse teneatur. Dictum enim antea, clericos pro- 101
pterea excusari, ne sc. sacrum ministerium impediatur, quod tamen omnino contingeret, si et illi tres commilitonum tutelas gerere debeant, ad plures enim non obligarentur, cum totidem regulariter excusationem praebeant, ob unicam vero tutelam non statim officio suo minus recte fungi praesumitur, nisi et haec forte ampla nimis sit atque diffusa.

Porro quoque ob privilegium a suscipienda tutela 102
liberat dignitas, §. 3. *j. de excus. l.* 41. *ff. d. t.* Dn. Brunn. *qu. ad Wes. d. t. qu.* 3. *l.* 17. §. 5. *l.* 16. *d. t.* Strauch. *exerc.* 5. *th.* 36. non quidem qua talis, sic enim proprie non escusat, sed qua quis praeter illam quadamtenus etiam imperandi potestatem habet: sic ex hac ratione non tenetur princeps tutor esse sui 103
subditi, vel nobilis sui rustici, quamvis e contrario principem alterius principis ac nobilem alterius nobilis tutelam suscipere debere, extra omne dubium positum existimemus, cum ob aequivalens hic privilegium immunitas nulla concedatur.

Immunitatem quoque a tutela tribuit dignitas pro- 104
fessionis, ut sic professores juris docentes in academiis juste se excusare possint, reliqui vero Jcti vel etiam illi, qui officio suo negligenter funguntur, minime excipiantur, per expressam *l.* 6. §. 12. *ff. de excusat.* Cum nullibi melius sacerdotio juris fungi posse praesumantur, quam in defendendis pupillis, hic enim amplissimus campus exercendae artis juris dn. Brunn. *d. l. n.* 4. quamvis nec professores adversus alterius professoris pupillos se excusare et privilegio immunitatis tueri possint.

Ob justam inhabilitatem impediuntur tutores esse 105
minores, qui quidem olim non prohibiti, §. 13. *j. de excus. tut.* hodie tamen per *l. nemo fin. c. de legit. tut.* non amplius admittuntur, dicitur enim in *d. l. fin.* foedam esse confusionem et nominis et rei, tutorem esse et adhuc sub curatela esse, quae confusio tamen hodie non semper observatur, cum moribus nostris viduam curatorem liis habentem tutricem simul liberorum suorum esse posse vulgo notum sit dn. Brunnem. *ad d. l. fin.*

Sed numne poterit pupillus cui minor dandus cura- 106

tor, si hic ad privilegium minorennitatis provocet, et sic immunitatem suam allegat, de pari privilegio exsipere, et sic ipsum nulla alia excusationis causa obstante ad munus tutelae subeundum compellere? Praesupponimus enim hic vocabulo minoris venire omnem illum, qui vigesimum quintum annum nondum implevit, et hoc significatu omnem pupillum minorem, non vero viceversa appellare licebit. Et videtur quidem primo intuitu, quod sic, quia uterque est privilegiatus, et sic secundum jus commune pronunciandum; quoniam tamen lex diserte contrarium statuit, et minores prorsus ad tutelam adspirare prohibet dn. Brunnem. *ad l. fin. c. de leg. tut.* nec hoc casu privilegium quicquam valebit. Non enim ad modum privi- 107
legii ipsis concessum, quod non teneantur suscipere delatam tutelam, sed expresse prohibitum, quod utut velint, non tamen possint esse tutores, cum aliis vix satis bene prospi ere videantur, qui ipsimet nondum plenam rerum suarum administrationem habent, et adhuc sub alterius curatela sunt.

Excusat et tandem a suscipienda tutela absentia ne- 108
cessaria, quae est Reip. causa §. 2. *j. de excusat.* Dn. Brunnem. *h. t. qu.* 3. Barbos. *in cod. lib.* 5. *tit.* 64. *l.* 1. ita ut si ille, qui quaedam gessit, et postea tamquam reip. causa abfuturus se excusavit, medii temporis periculo non obstringatur. Montan. *de tutel. c.* 35. *n.* 88. Gutier. *in simili tract. p.* 1. *c.* 21. *n.* 6. Molina *de j. et j. tr.* 22. *disp.* 222. *n.* 3. Poteritne igitur ejusmodi absens se excusare, si alterius ex pari quoque causa absentis pupilli constituendus sit tutor, an vero tenetur ob aequivalens privilegium ejusmodi tutelam in se suscipere; et negato priori omnino posterius affirmandum putarem, si enim miles militis, clericus clerici pupilli tenetur esse tutor, quid obstaret, quo minus et absens reip. causa pariter privilegiato possit tutor constitui, cum sic dato interim pupillo curatore reversus ille tutelae administrationmne in se suscipere teneretur.

CAPUT III.

De jure privilegiati contra privilegiatum circa actus ultimae voluntatis.

SUMMARIA

Libera cuivis de bonis suis disponendi facultas. n. 1.
Quibusdam personis remissae sunt solemnitates testamentorum. n. 3.
Militis testamentum privilegiatum est. n. 4.
Quinam milites intelligantur? n. 5.
Receditur a sententia Baron. Enenkel. n. 6.
Ratio. n. 7.
Quot testes in castris degentes adhiberi deb.? n. 8. 12.
Quotnam in hybernis et praesidiis positi? n. 9.
An testes ad testamentum militis rogandi? n. 10.
Explicatur l. 24. *ff. de test. milit. n.* 11.
Miles commilitonem haeredem instituens an testetur jure militari? n. 12. 13.
Ratio dubitandi. n. 14.
Deciditur. n. 15.
Limitatio regulae nostrae. n. 16.
Miles plura testamenta condere poterit. n. 17.
An prius tollatur per posterius? n. 18.
Negatur. n. 19.
Privilegiatum est testamentum patris inter liberos. num. 20.
An liberi possint inaequaliter institui? n. 21.
Affirmatur. n. 22.
Quadamtenus etiam privilegiatum testamenti coeci. num. 23.
Quomodo testari debeat caecus si haeredem privilegiatum instituat? n. 24.
Etiam statui imperii remissa sunt solemnia. n. 25.
Imo et liberis ejus. n. 26.
Quomodo princeps, principem instituens testari debeat? n. 27.
Dos an praeferenda legitimae? n. 31.
Affirmatur. n. 32.
Filia dotata non potest conqueri, licet dos minor legitima. n. 34.
Gravato haeredi datur remedium l. falcidiae. n. 36.
An haeres privilegiatus contra legatarium privilegiatum detrahere possit falcidiam? n. 38.
Negatur. n. 40.
Limitatur. n. 41.
Idem obtinet in legato alimentorum. n. 42.
Ratio. n. 43.
Persona turpis contra turpem an utatur exceptione turpitudinis? n. 44.
Exempla. n. 45. 46.

Cum non solum in actibus inter vivos seu contra- 1
ctibus, sed ultimis quoque voluntatibus libera cuivis bonorum suorum concessa sit dispositio, similem etiam modum ut in illis, ita in his quoque non habiles solum, qui testamenta scil. condere possint, requiruntur Dn. Brunnem. *ad l.* 1. *c. de ss. eccl.* Inhabilis 2
enim eo ipso, quod ultimae voluntatis liber sit stylus, non habilitatur. Clarus. §. *testament. qu.* 5. *n.* 2. *et qu.* 6. *n.* 2. Tiraquell. *de retr. consang.* §. 1. *gl.* 7. *n.* 26. Barbos. *ad l.* 1. *c. de ss. eccl. ibique dd.* Sed ulterius quoque debitae a legibus praescriptae solemnitates adhibeantur necesse est, quibus omissis vix ullas vires capere poterit quodvis ultimum elogium; dantur 3
tamen et quaedam personae, quibus solemnitates alias ad formalem testamentorum subsistentiam pertinentes remissae, et quarum ultimae voluntates, utut illis non adhibitis, suam tamen validitatem habent, dicunturque eapropter privilegiatae. Inter has primum fere 4
locum sibi vindicant milites; constat enim de his, nudam eorum voluntatis declarationem habere vim ultimae voluntatis, quod in Paganis ob defectum solemnium non procederet, *l.* 40. *ff. de test. milit.* §. 1. *j. eod.* dn. Brunnem. *ad l.* 1. *n.* 1. *ff. d. t.* Hahn. *ad d. t.* Enenkel. *de privileg. milit. lib.* 2. *privil.* 16. *n.* 6. Et hinc eleganter satis in *l.* 15. *c. de test. milit.* dicitur: si quid in clypeo aut vagina literis sanguine rutilantibus scripserit miles, stabilem hujus voluntatem esse oportere; quod tamen intellectum volumus 5

6 de iis, qui in acie vel expeditione sunt; hinc ab illa sententia quam defendit Baro Enenkel. *de privil. milit. l.* 12. *privil.* 16. *n.* 12. plane recedendum putamus, ubi statuit, non illis solum, qui in hostili regione vel ipso discrimine belli versantur, sed reliquis quoque, qui in castris, stativis praesidiis atque hybernis positi sunt, privilegia militum, et sic liberam quoque testandi facultatem competere. vid. dn. Brun-
7 nem. *ad l.* 17. *c. de test. milit.* Quae enim ratio horum privilegiorum militibus concessorum? Sane nulla alia, quam ut in compensationem quasi praesentissimi periculi, cui ad promovendam patriae vel principis sui salutem sese subjecere, liberam habeant potestatem liberis suis vel aliis haeredibus extraneis bona sua pro lubitu relinquendi; imo clara satis sunt verba finalia *l.* 15. *c. de test. milit.* Notanter enim ibi dicitur: si nomen haeredis in pulvere inscripserint gladio suo ipso tempore, quo *in praelio* vitae sortem derelinquunt, istud testamentum valere, ut hinc nulla ratione ad alios extra praelium seu periculum constitu-
8 tos extendi possit hoc ipsum privilegium. Nam qui in castris degunt, nulla premuntur necessitate testandi, hinc quoque facile testes possunt convocare, quamvis hic non septem ut alias requirantur, sed duo ad minimum sufficiant, dn. Brunnem. *in memor. leg. cod. tit. de test. mil. qu.* 11. Idem *in comm. cod. d. t. l.* 15. *n. fin.* Gail. 2. *obs.* 118. *n.* 17. Carpz. *p.* 3. *c.* 4. *def.* 26. *rec. imp. de an.* 1811. *tit. Von testamenten* Dn. Richt. *dec.* 88. Et quamvis Baro Enenkel. *de privil. mil. l.* 2. *c.* 16. *n.* 64. nullos omnino testes in testamento militis admittere velit, ejus tamen opinionem de casu illo explicandum putamus, ubi miles in acie testatur; si enim in castris, duos omnino testes adhibere tenetur, per clarum *informat. notar. Maximil. J. de an.* 1512. *et arg. l.* 15. *c. et* §. *j. de test. milit.* Hahn. *ad d. t. l.* 40. *pr. ff. d. t.* Roman. *cons.* 306. Donell. *ad d. l.* 15. *c. eod:* Schneidew. *ibid. n.* 14. Gail. *l.* 2. *c.* 98. *n.* 12. 17. Strauch. *ex. ad j.* 9. *th.* 30.

9 Qui in stativis praesidiis atque hybernis collocati sunt, multo minus militaribus gaudebunt privilegiis, cum enim cesset hoc casu omnis periculi metus, jure quoque communi, adhibitis sc. septem testibus ac reliquis solemnitatibus, testari necesse habebunt *l. pen. c. de test. mil.* §. 3. *j. eod.* Gail. *l.* 2. *obs.* 117. *n.* 17. Mynsing. *decad.* 3. *resp.* 46. *n.* 5. *et* 6. Wesenb. *ad tit. inst. de test. mil.* §. 1. *n.*
10 5. Et exinde statim patet, illorum sententiam, qui statuunt, rogationem vel convocationem testium necessariam esse in testamento militis, Mascard. *de prob. concl.* 1361. *n.* 5. quique se fundant in hac ratione, quod si non praecessisset convocatio vel rogatio non possemus esse certi de seria voluntate militis, restringendam esse ad illum casum, ubi in castris testatur miles, dn. Brunnem. *ad l.* 15. *c. de test. mil. n.* 7;
11 pariter sicuti §. 1. *j. d. t. et l.* 24. *ff. eod.* ubi testium praesentia in testamento militis requiri videtur, explicandam putamus de illo casu, quando miles in acie literis sanguine rutilantibus in vagina ultimam suam voluntatem exponit, quod tunc testes requirantur, qui viderint illum scripsisse, cum alias facile alius aliquis vaginae alterius nomen suum inscribere, et sic fraudulenter haereditatem alienam ad se rapere posset: testes igitur hoc casu requiruntur non ad solemnitatem, sed voluntatis tantum probationem. Quod si tamen et illi, qui in castris, praesi- 12
diis, vel hybernis positi sunt, inopinatos semper irruentium hostium impetus metuere necessum habeant, quin tunc libere quoque testari possint, nullum est dubium. Carpz. *p.* 3. *c.* 4. *def.* 28. Finckelth. *obs.* 46. Struv. *jurispr. for. tit. de test. mil.* §. 3. Sed numne 13
poterit miles etiam in acie libere ac jure militari testari, si alium commilitonum suorum instituat haeredem? Ratio dubitandi esse videtur, quia uterque 14
est privilegiatus, hic autem contra pariter privilegiatum privilegio non utatur et sic ipsum jure communi adhibitis omnibus solemnitatibus testari debere? Affirmativam tamen nihilominus amplectimur. Cum 15
enim leges simpliciter, uti supra jam monuimus, in compensationem quasi periculi concesserint militi liberam de bonis suis disponendi facultatem, nulla quoque constituenda erit differentia, an pariter an minus privilegiatum instituat haeredem; imo impossibile plane videtur, a milite in praelio testante exigere velle solemnitates juris communi. Unde enim tantum temporis, quod convocationi atque rogationi testium non minus ac impositioni sigillorum sufficiat. Vix sane furor hostilis cuncta solemnia tam accurate observare permittet, propterea; etiam illa ipsa caute satis a ll. militibus sunt remissa. Ex quo resultat limitatio regulae nostrae: quod quoties utrumque pri- 16
vilegium compatibile, unum non impediat exercitium alterius. Inde notanter regula concepta est: privilegiatus contra privilegiatum non utitur privilegio; sed privilegiatus cum privilegiato concurrens non excluditur privilegio, si privilegia se mutuo adjuvent, et favorem negotii augeant. Quoad militis testamentum 17
illud adhuc monendum occurrit, quod plura testamenta condere possit, ita ut unum per alterum non rumpatur *per l. quaerebat.* 19. *pr. ff. de test. mil.* Quaeritur itaque, si diversi haeredes ex diversis te- 18
stamentis concurrant, ita ut unusquisque privilegium vi testamenti militaris praetendat, an non ita redeatur ad jus commune, ita ut ultimum testamentum tantum valeat? Et hoc negandum puto; haeredes enim 19
ex sua persona privilegio nullo gaudent, sed ex persona testatoris; testator vero, si a priori voluntate non recesserit, utrumque haeredem voluisse censetur, nec ex jure communi, sed militari voluntas ejus explicanda; Mantica *de conject. ult. vol. l.* 6. *t.* 1. *c.* 23.

Post testamentum militis maxime privilegiatum est 20
testamentum patris inter liberos, de quo constat, quod sola voluntas patris sufficiat, sine ulla alia solemnitate *auth. ex imperfecto c. de test.* Inde disqui- 21
ritur, an in eo inaequaliter institui possint liberi? Negant hoc aliqui ob hanc rationem, quod privilegiatus contra privilegiatum non utatur privilegio; et hinc filius, cui major pars in tali testamento relicta, non potest illam petere ex privilegio contra fratrem, cui minus relictum, cum hic eodem favore dignus. vid. Tiraquell. *de privil. piae caus. qu.* 4. *n.* 4. *et seqq.* Verum recte respondet Card. Mantica *de conjectur.* 22
ult. volunt. l. 6. *t.* 2. *n.* 23. *vers.* 4. Privilegium illius testamenti non liberis indultum, sed parentibus, ut sc. pater pro lubitu sine solemnibus possit disponere; si hoc, inaequaliter etiam, salva tamen legitima, liberos, instituere valebit, de quo vid. prolixe

Mantica *de conj. ult. volunt. l.* 6. *t.* 2. *n.* 20. *et seqq.*

23 Inter privilegiata quoque testamenta certo modo referri meretur testamentum caeci; hic enim cum ob defectum sensus necessarii ineptus videatur ad testandum, remedio quodam ipsi consultum voluit imperator, ut octavum testem adhibeat. *l.* 8. *c. qui test. fac. poss.* Quaeritur itaque, an ad dispositionem d. l. recurrere necesse habeat, si haeredem summe privilegiatum, e. gr. piam causam instituat? Videbatur hoc negandum, cum privilegium piae causae faciat, ut coecus utatur jure communi. Alii dd. generaliter negant, illam legem ad testamentum ad pias causas pertinere, et ita duos testes sufficere putant, Tiraquell. *de privil. piae caus. priv.* 8. *in fin.* Verum cum hic privilegiatus contra privilegiatum praecise non concurrat, dicendum existimo, non quidem coeco denegandam esse facultatem ad pias causas testandi, ita tamen, ut non praecise octo testes requirantur, sed tres sufficiant, uti enim videntium testamentum ad pias causas valet coram duobus testibus, ita coecorum coram tribus. Blasius Michalorius *de caecis surd. et mutis. c.* 11. Gilkenius *in comm. cod. ad d. l.* 8. *n.* 14.

25 Aequalem fere, quem militi jura tribuerunt favorem, tribuunt quoque principi seu statui imperii, quoad remissionem scil. solemnitatum; uti enim testamentum alicujus privati coram principe factum sine omni alia solemnitate subsistit, *per l.* 19. *c. de testam.* Dn. Rhetius. *in inst. jur. publ. l.* 2. *t.* 34. §. 1. quoniam princeps tot plerumque stipatus est consiliariis, quot alias ad solemne testamentum requiruntur, ita pariter ipse quoque princeps coram se et sine solemnitatibus valide testari poterit; solet tamen hoc testamentum reponi postea in cancellaria principis, ut ita quasi ad acta videatur relatum; imo poterit quilibet, etiam inferior jurisdictionem habens, hoc modo coram suo judicio testamentum insinuare v. gr. Nobilis coram Sculteto et cahinis, Berlich. *p.* 26 3. *concl.* 4. *n.* 44. Imo et liberi statuum imperii, si ejus aetatis sint, ut testamenta condere possint, eadem ratione coram consiliariis suis testari poterunt, cum tamquam illustres personae privilegiis parentum in omnibus utantur, Myl. ab Ehremb. *de stat. imp. c.* 26. §. 6.

27 Quid si vero principes inter se testamenta condere, et alter alterum haeredem instituere velit, numne sic etiam ejusmodi testamentum validitatem suam habebit, si omissis solemnitatibus fuerit confectum? Affirmat hoc inter alios Myler. *d. l.* §. 3. meri namque juris gentium solemnitates principes adhibuisse, ac jure militari elogia sua conscripsisse sufficere statuit, *arg. l.* 3. *ff. de adopt.* quam opinionem quoque amplectitur Besoldus, ac pro illa stabilienda aliquod adducit praejudicium *p.* 4. *cons.* 150. *n.* 24. scil. testamentum Caroli austriaci, Marchionis Burgaviensis, etiam omnibus testibus destitutum, a facultate tubingensi juridica pro valido et legitimo fuisse declaratum.

29 His tamen non obstantibus, negativae magis inhaerendum putamus: infallibilis enim manet regula, in concursu duorum privilegiatorum obtinere jus commune, et ita hoc quoque casu a principe solemnitates alias necessarias esse adhibendas; nam principes et status inter se utuntur jure communi, et illa eminentia principum tantum territoria et subditos respicit.

In omni vero testamento quoniam secundum *nov.* 30 115. liberi et parentes a se invicem vel ex justa causa exhaeredandi vel necessario instituendi sunt, hoc est, non omnia ipsis bona, sed legitima ac legibus determinata portio relinquenda, ideo quoque non immerito quaerimus: si dos testamento relicta, an haec 31 praeferenda legitimae; ponamus casum: moritur pater relinquens filium et filiam, haec velut foemina masculo existente non succedit vigore certi statuti, et sic nec legitima huic debetur sed saltem dos, quam pater testamento ipsi legaverat, et hac occasione dicitur creditrix a parte relictae haereditatis, et quidem, in specie ratione dotis sibi legatae. Anne ergo hoc casu dos prius detrahenda, an vero legitima, cum et dos privilegiata sit, ut et legitima, et sic res privilegiata concurrat? Et prius omnino affirmandum putamus, 32 legitima enim cum debeatur ex bonis defuncti, bona autem non intelligantur nisi deducto aere aliene *l. Papinianus.* 8. §. 9. *de inoff. testam.* ideoque etiam hoc casu dos relicta filiae tamquam debitum ex haereditate prius exsolvenda, ac postea etiam filii legitima computanda. Quod si vero legitima prius esset 33 deducenda, sane filius locum captaret cum damno filiae, ac propterea hujus partes longe essent favorabiliores, cum jure damnum vitantibus non lucrum captantibus. Notandum tamen hic est, filiam dotem 34 postea conqueri non posse, utut dos minor sit legitima, cum enim pater vi statuti ne quidem legitimam relinquere teneatur, liberum quoque ipsi est dotem quantamcunque velit, legitima quamvis longe minorem, relinquere. Menoch. *de a. j. q. cas.* 140. *n.* 8. ibique auctor. alleg.

Liberum autem testatori est, legitima portione haeredi relicta de reliquis suis bonis pro lubitu disponere, atque legatis vel fideicommissis illa ipsa in quamvis extraneum transferre. Quod si vero legata dodrantem haereditatis excesserint, ut ita quarta salva haeredi non maneat, promptissimum jus ejusmodi haeredi gravato concessere remedium, ut sc. deducta prius falcidia sua reliqua legata exsolvat *p. r. j. ad l. falcid.* Dn. Brunnem. *qu. ad Wesenb. d. t. qu.* 1. partim quo haeres spe lucrandi eo facilius haereditatem adeat, partim vero quo testatoris voluntas exitum habeat, cum hic malle praesumatur, ut aliquid detrahatur de legatis, et ita salvum maneat testamentum, quam ut nihil detrahatur et ita illud corruat. Et hoc indistincte de omnibus haeredibus et de omnibus quoque legatis etiam piis videtur asserendum *per l.* 1. §. *ad municip. ff. ad l. falcid.* Hoc tamen de jure digestorum 37 tantum ita generaliter statuendum. Jure vero codicis et novellarum tunc demum deneganda falcidia videtur, si mora in legato pio solvendo haeres commiserit *auth. similiter. c. ad leg. falcid. nov.* 131. *c.* 12. *pr.* Dn. Brunnemann. *qu. ad Wesenb. d. t. quaest.* 19. Faehin. *lib. 5. contr. c.* 17. Carpz. *p.* 3. *c.* 1. *def.* 26.

Quid si ergo haeres in testamento institutus, ac is 38 etiam, cui quid legatum, paribus gaudeat privilegiis, anne tunc eadem decisio obtinebit? Finge: ecclesia vel alia pia causa haeres in testamento est instituta, et alii ecclesiae eodem testamento legata dodrantem haereditatis excedentia sunt relicta, poterit ne hoc casu ecclesia haeres tamquam privilegiata contra ecclesiam

legatariam pariter privilegiatam quartam falcidiam detrahere? Sane multi hic dd. sunt, qui affirmativam sequuntur, fundantes se in regula generali, sc. privilegiatum contra privilegiatum privilegio suo non uti *l.* 12. *c. qui pot. in pign.* Ut hanc etiam sententiam communem dicat dec. *in c. praetentia X. de probat.*
39 *n.* 52. Negativa tamen cum juri magis videatur conformis, merito hanc nostram facimus. Uti enim superius jam aliquoties modo dictam regulam non simpliciter veram esse monuimus, propterea quasdam illius limitationes jamdudum adduximus, ita et hoc in casu restringenda illa erit, et limitande, sc. nisi aliter eorum in specie sit privilegiatus in ea causa, de qua agitur, sic enim hic omnino privilegio suo contra alterum utetur Bartol. *in auth. quas actiones c. de ss.*
40 *eccl.* Jam vero ecclesiam legatariam hic magis privilegiatam esse quis negabit? In specie enim illa in ll. reperitur privilegiata, cum jure novo legatis piis privilegium concessum reperiamus, quod falcidia de illis non possit detrahi, *per supr. alleg. auth. e. ad leg. falc. et nov.* 131. *c.* 6. haeredis autem mentio nullibi facta videatur, jure ergo alteri ecclesiae haeredi de-
41 tractio falcidiae denegatur. Nisi tamen aliud a testatore dispositum, cum enim libere potuisset poenitere, et legatum locis piis relictum omnino revocare, quin tunc etiam detractionem falcidiae haeredi testamente concedere possit nulli dubitamus, sancte enim et illibata debet esse quevis ultima voluntas, et hinc stricte quoque servanda. Covarruv. 2. *part. relect.* 2. *possessor. de reg. jur. in* 6. §. 2. *n.* 4. *vers. ex quibus.* Pari modo si relinquatur alicui pauperi vel egeno
42 testamento legatum alimentorum, utut excedat illud dodrantem haereditatis, tamen falcidia non detrahitur, quia legatum est pium. *d. auth. similiter. conf. l. decem. ff. de fideicomm. libert.* Tiraquell. *de privil. piae caus. privil.* 26. Et quidem sive mediate, e. g. Titius haeres esto, Mevio lego centum, et Mevius hos centum restituat ecclesiae, sive etiam immediate piae causae relinquatur, dummodo certitudinarie ad piam causam sit perventurum. Et nulla hic constituenda differentia, an pauperibus in genere, an vero uni personae pauperi legatum ejusmodi relictum, in utroque enim eadem militat ratio. De hoc tamen le- 43
gato alimentorum falcidia non detrahitur, propterea quod pium sit, sed quia agitur de sustentanda hominis vita Surd. *de alimentis. tit.* 8. *privil.* 18. *n.* 5. Per se enim alimenta pia non sunt, sed eo ipso, dum pauperi, qui alias unde vivit, non habet, illa legantur, et sic vita ejus conservatur, pia dicuntur, cum his forte non relictis ipsi fuisset pereundum; si ergo de ejusmodi legato quicquam detrahere liceret, pietas omnino laederetur, hinc nec pia causa haeres instituta de legato alimentorum falcidiam detrahit, quia privilegium hoc est speciale, Surd. *d. l. n* 7. Tiraquell. *d. l.*

Occasione exhaeredationis inversa nobis occurrit re- 44
gula, quod persona turpis contra turpem non uti possit exceptione turpitudinis, seu quod leges contra turpes latae hoc casu cessent. e. gr. Si maritus adulter et 45
uxor adultera, de repudio agere nequit maritus, *ea enim lege, quam ambo contempserunt, neuter vindicandus*, uti optime respondit Papinianus *in l. viro.* 39. *ff. solut. matrim.* Unde si filius mimus fuerit vel 46
arenarius, ut ita exhaeredationem mereatur, non tamen obtinebit exhaeredatio, si pater ejusdem vitae generis fuerit; non enim pater improbare poterit mores filii, quos ipse in se probat, *l. cum mulier.* 47. *ff. d. t.* Et exceptio vitii non potest opponi ab eo, qui ipse simili vitio laborat, *c. cum apostolicae X. de except.* Dn. Brunn. *in comm. ad l.* 11. *c. de inoff. test.*

CAPUT IV.

De jure privilegiati contra privilegiatum circa actus judiciales.

SUMMARIA

Introitus. n. 1.
Agere posse in judiciis est de genere permissorum. num. 2.
Personae miserabiles superiorem statim adire possunt. n. 3.
Quaenam illae sint? n. 5.
Virgines divites an tales sint? n. 6.
An persona miserabilis aliam talem statim coram superiore convenire possit? n. 8.
Negatur. n. 9.
Ratio. n. 10.
Privilegiatus in specie praefertur privilegiato in genere. n. 12.
Quando privilegiatus in specie uti possit privil. adversus pariter privilegiat? n. 14.
Limitatur. n. 19.
Inter paria privilegia praevalet illud, quod juri communi est convenions. n. 22.
Personae miserabiles etiam coram inferiore se sistere possunt. n. 24.
Ratio. n. 25.
Privilegium personis miserabilibus indultum est mere personale. n. 26.
Casus datur, ubi ob impedimentum ab agendo rem otus speciali favore admittit ur. n. 28.
An minor contra minorem restituendus? n. 31.
Negatur. n. 32.
Limitatur. n. 33.
An et minor adversus mutuo sumptam ab alio minore pecuniam et ludendo amissam restituatur? n. 35.
Distinguitur. n. 36.
Subdistinguitur. n. 37.
Etiam minor restituendus, si adversarius ejus sit mulier. n. 38.
Dissentit Sfort. Odd. n. 39.
Quid in reliquis personis privilegiatis juris sit? n. 41.
Minor contra promissam dotem restituendus. n. 42.
Dubia obstantia resolvuntur. n. 44.
Major favor minoris quam dotis. n. 46.
An puella minor restituatur contra excessivam quantitatem dotis marito datam? n. 47.

Explicatur l. 12. c. de praed. min. n. 48.
Quomodo laesio ex dotis constitutione contingere possit? n. 49.
Impetet sibi *cuinam possit opponi? n. 50.*
Restiones eorum, qui restitutionem contra dotem non admittunt. n. 51.
Refutantur illae ipsae. n. 52.
Contra matrimonium non datur restitutio. n. 54.
Quae de dote dicta, procedunt etiam in donatione propter nuptias. n. 55.
Maritus, si uxor ad repetitionem dotis agat, habet beneficium competentiae. n. 58.
Limitatur. n. 59.
Absens contra absentem restitui poterit. n. 62.
Restitutione facta res omnis in pristinum statum redigitur. n. 64.
An restitutione minoris annulletur hypotheca in feudo agnati constituta? n. 65.
Deciditur. n. 66.
Privilegiatus actu utitur privilegio contra privilegiatum potentia. n. 71.
Dos et fiscus si concurrant, quis praeferatur? n. 76.
Si moto concursu duae concurrant uxores dotem repetentes, quaenam praeferatur? n. 79.
An per statutum derogari possit privilegio dotis? n. 82.
Exemplum. n. 83.
Aliud exemplum. n. 86.
Quid inter creditores personalia privilegia habentes juris? n. 88.
Quodnam privilegium piae causae de jure Saxon. ratione usurarum competat? n. 90.
An eodem piae causae uti possit contra piam causam. n. 91.

Suum cuique tribuendum esse non solum jure naturae omnibus injunctum hominibus, sed praeter id leges quoque civiles illud ipsum stricte satis observatum volunt, ac hunc in finem industa sunt judicia, in quibus omnes causae litigiosae ad obtinendam justitiam legitime tractari et dijudicari possint. In judiciis itaque agere posse puto esse de genere permissorum, ut sc. cuivis liceat, nisi qui specialiter reperitur prohibitus, qualis v. g. minor absque curatoris consensu. *l. 1. et 2. c. qui legit. pers. stand.* Ad legitimum autem judicium constituendum non solum requiritur actor et reus tamquam personae principales, sed hic quoque accedere debet judex competens, qui sc. super justitia causae cognoscat, ac suum cuivis adjudicet. Cum vero non unus solum detur judex competens, sed pro varietate judicorum alius sit inferior, alius vero superior, sciendum quoque, nemini licere regulariter neglecta prima instantia seu judice inferiore statim adire superiorem, cum alias ejus jurisdictio non imminui solum, sed tota fere exspirare videatur; nisi cui illud ipsum expresse per privilegium est concessum, ut puta personis miserabilibus, qui omisso inferiore sive ipsimet agant, sive conveniantur ad superiorem statim provocare possunt. Strauch. *exerc. 20. th. 19.* Sunt autem personae miserabiles pupilli *l. 239. ff. de v. s.* Viduae, quorsum et virgines pertinent *l. 242. §. 3. ff. d. t.* licet divites, cum lex non distinguat, ac divites semper majori periculo expositae, du. Brunneman. *ad l. un. c. quand. imper. inter pupill.* Hillig. *in Donell. l. 17. c. 20. lit. b.* Carpz. *l. 2. resp. 19. n. 19.* Hinc contrarium statuentium sententiam ad eum casum restringendam putamus, quando quaeritur, anne his subveniendum expensis publicis ad litis prosecutionem, quin enim tunc divites excipiantur nullum est dubium; Covarruv. *pract. quaer. lib. 1. c. 6. n. 2.* Non tamen comprehenduntur luxuriose viventes, et quamvis etiam virginem majorennem parente destitutam excipiat Carpzov. *d. l.* nec huic tamen privilegium istud denegandum putarem, cum ratio *d. l. 24. d. v. s.* sc. consilii inopia, imbecillitas sexus, et mariti a quo defendatur carentia, non minus hic quam in aliis militet, Trentacinq. *l. 2. tit. de citat. resolut. 2. n. 16. et quos allegat* Hillig. *in. d. l.* Porro tales sunt laborantes morbo pontico, Menoch. *lib. 2. a. j. q. cas. 66. n. 13.* Trentacinq. *d. l. n. 28.* Mascard. *de probat. concl. 1064.* Studiosi pauperes, aliive plures, qui ut plurimum arbitrio judicis aestimandi. Non inelegans igitur sese jam offert quaestio: anne vidua sc. pauper, pupillus, et similes hisce possint ad curiam principis quoad primam causarum audientiam et cognitionem vocare aliquem ex his, qui simile privilegium habent? Et omnino non videtur permittendum, privilegiatus enim contra privilegiatum non utitur privilegio, sed hoc casu standum juri communi, *l. 8. ff. de excus. l. verum. §. pen. ult. ff. de minor.* Du. Brunnem. *ad l. un. c. quando imp. jur. pupill. n. 18.* Salgado *in labyr. p. 1. c. 7. n. 46.* Bartol. *in auth. quae animadvers. c. de ss. eccles. n. 3.* Covarruv. *pract. quaest. l. 1. c. 7. n. 4. ibique dd.* praesertim cum constet, utrumque, tam actorem quam reum, habere idem privilegium non in genere, sed in specie in hac causa, quod se. non possit extrahi a proprii domicilii foro, et possit ipse quemlibet ad summum statim judicem vocare; vulgo autem notum est, non posse quem uti suo privilegio contra habentem par privilegium, ubi utrumque privilegium concurrit in eadem causa. Imo nec propterea actoris privilegio contra reum pari gaudentem locus esse poterit, quia utrumque privilegium procedit ab eadem causa nempe miserationis. Conf. *cap. cum causam. 36. X. de praehend. ibique Panorm.* Aliud tamen esset, si alter privilegiatorum esset privilegiatus in specie, alter vero in genere.

Hoc enim casu specialiter privilegiatum contra privilegiatum generaliter privilegio suo uti posse nulli dubitamus, et ex parte jam supra deduximus. Et quamvis Matth. de Afflict. *in constit. neapol. l. 1. rubr. 66. n. 35.* quem allegat Covarruv. *d. l.* statuat, pupillum proprio suffultum privilegio in judicium ad principem quoad primam causae cognitionem vocare posse viduam vel pauperem, nec a reo hoc forum exceptione paris privilegii recte posse declinari, fundans se in hac ratione, quod habens privilegium in specie uti possit privilegio adversus par privilegium habentem ex eadem causa speciale, ubi prioris privilegii ratio potior est aut fortior; *l. verum. §. fin. ff. de minor.* ibique Bald. pupilli autem privilegium hoc casu potentius esse probare vult eximie, quia causa aetatis tamquam naturalis debeat praeferri accidentali ex paupertate vel viduitate constanti. Nos tamen regulae nostrae saepius jamdum allegatae firmiter inhaeremus, ac pupilli privilegium hoc casu una cum viduae vel pauperis penitus cessare, secundum jus com-

mune pronunciandum statuimus, moti cum *Covarruvia* sequentibus ratiociniis. (1.) enim majorem favorem pupilli quam viduae esse penitus negamus. Quae enim causa concessi privilegii? Sane nulla alia quam sola commiseratio? Non enim aetas hoc casu est causa impulsiva, ob quam privilegium sit indultum, uti supra c. 2. in casu ubi foemina non potest uti exceptione sctI vellejani contra minorem, si huic pro debitore spoponderit, ibi enim omnino aetas tamquam causa naturalis praevalet scto tamquam accidentali. Hoc vero casu nostro, uti jam diximus ob solam commiserationem hoc privilegium indultum. Nulla proinde ratio dari poterit, quare pupillus majori favore prosequendus, quam ipsa vidua vel pauper, forsan enim ille dives est, et tutorem habet, quo destituta est vidua, et hinc cum fidejussores plerumque dari soleant pupillo, qui rem hujus salvam fore promittant, tutior quoque hujus causa et propterea minori potius miseratione dignus censebitur. (2.) Bartoli, Baldi, aliorumve conclusionem, nempe privilegium speciale obtinere contra par speciale, ubi prioris ratio major, tunc procedere putamus, quando utrumque privilegium est diversae speciei, et hunc in modum etiam omnes dd. ita statuentes sunt intelligendi. Nos vero hic agimus de duobus privilegiis, quae ejusdem prorsus sunt speciei; forum enim concernunt, et ab eadem causa procedunt saltem generali, nempe a commiserationis causa proveniat; regula ergo ista nullum sibi locum vindicare poterit, sed juris communis obtinebit decisio. (3.) Vulgata et aliquoties supra jam adducta regulae nostrae est limitatio, privilegiatum sc. contra privilegiatum non uti privilegio, nisi alter de damno, alter de lucro certet, sic enim illius privilegium praevalet. Hoc casu vero cum uterque de damno vitando agat, et pupillus quidem ceu actor, ne teneatur comparere in foro rei, vidua vero vel pauper tamquam reus, ne extra proprium domicilium litigare cogantur, cessabit quoque ratio *l. verum ff. de minor.* et secundum rigorem juris communis erit pronunciandum. Imo quoniam privilegium actoris derivat a jure communi, ejusve regulis, rei vero privilegium illis ex esse convenit, cum regulariter semper reus in proprio domicilio conveniendus, et actor ejus forum sequi teneatur, inter paria autem habentes privilegia praeferatur is, qui habet privilegium juri communi conveniens, ergo etiam reus miserabilis persona habens privilegium, quod non possit extra proprium domicilium conveniri, cum hoc sit juri communi magis consonum, praeferendus erit actori habenti privilegium contrarium juri communi, ut sc. quemvis possit ad curiam principis seu primam instantiam vocare. vid. Bald. *in l.* 3. *ff. ad sct. syll.* Ex hisce igitur rationibus difficile satis apparet, personas miserabiles se invicem non statim coram principe, sed judice prius inferiore ceu ordinario convenire posse. Quod si tamen pupillus vel pauper conventus et ad petitionem actori ad cameram principis vocatus, judicem inferiorem in prima instantia agnoscere velit, actor sane reum coram illo convenire, ibique causam suam pertractare tenebitur Covarruv. *lib. 1. pract. quaest. c. 7. p.* 548. Num quoties reus habet plures judices ex jure communi, toties electio est actoris, quem sc. sibi ad actionem prosequendam eligere velit, *dd. in l. fin. c. de jurisd. omn. jud.* Bald. *in l. 25. c. de episc. et cler. n. 1. cap. cum sit generale. 8. de foro comp.* Covarruv. *lib. 1. var. resol. c. 18. n. 6. ibique auctor.* Quoties vero reus plures habet judices ex privilegio, ut hoc in casu, toties rei est electio, coram quo se sistere velit, auctore Baldo *in d. l. 25.* Matth. de Afflict. *l. 1. rub. 37. n. 18.* aliisque quos allegat Covarruv. *d. p.* 548.

Probe tamen hic notandum privilegium hoc indultum personis miserabilibus esse mere personale, nec personam privilegiatam excedere, ut hinc si vidua vel pupillus debitum, quod ab alia ejusmodi persona exigere poterat, per donationem vel cessionem in alterum minus privilegiatum transtulerit, cessionarius ille omne quidem jus cedentis quoad debitum nactus sit, absque tamen illius privilegio, ut sc. non statim possit adire superiorem, sed modo ordinario in prima instantia coram inferiori ipsum convenire, cessumque debitum petere debeat. 26

Diximus supra, quemlibet agere posse in judiciis, nisi qui specialiter reperiatur prohibitus. Non deficit tamen casus, ubi ob certum aliquod impedimentum ab agendo remotus, ex speciali favore admittitur; talis est, e. gr. advocatus fisci, hic enim, quamdiu est in officio, alienas causas contra fiscum agere expresse prohibetur, cum enim ad hoc sit constitutus, ut fisci jura defendat, ejusque commodis invigilet, turpiter sane ageret, si aliorum causas contra ipsum fiscum peragendas susciperet. Hoc tamen limitatur; nisi iste advocatus suam forte vel parentum vel liberorum eorum causas proponat, vel etiam sit simul tutor alicujus pupilli, quin enim tunc etiam contra fiscum agere possit nullum est dubium, nemini enim officium suum debet esse damnosum, et sine dubio pupillus de damno vitando ageret, omnino ergo hujus privilegium tamquam favorabilius privilegio fisci praeponderabit, id quod colligunt dd. *ex l. 13. c. de advocat. div. jud.* Dn. Brunnem. *ad d. l. 13. n. 8.* Peregrin. *de jur. fisc. lib. 7. tit. 2. n. 8.* Imo expresse habetur *in l. 10. ff. de postul.* et probari etiam potest, *ex l. 6. ff. eod.* 27 28 29

Minorem personam habilem standi in judicio non habere supra dictum *per l. 2. c. qui legit. pers. stand. in jud.* Si enim laesus esset, restitutionem peteret, et ita elusorium redderetur judicium. Hoc privilegio restitutionis enim semper et in omni negotio gaudent minores, modo laesionem probare possint, quod procedere putamus, si minor cum majori vel alia minus privilegiata persona negotium gesserit. 30

Quid si vero minor cum minori in judicio litem susceperit, neuter alteri minorennitatem opposuerit, et ita judex utrumque admiserit, unus vero ex processu laesum se sentiat, numne sic restitutionem petere poterit? Et omnino ob concurrens hic ab utraque parte sequale privilegium dicendum quod non. Unusquisque enim eorum aequali privilegio gaudebit, unde concurrentia illa duo se invicem exsiprare faciunt, *per allegat. supr. in fin. cap. 1.* Nisi tamen alter eorum de damno, alter vero de lucro captando certet, hoc enim casu ille tantum dicitur privilegiatus, et hinc etiam privilegium suum contra alterum allegare poterit. Dn. Bruno. *ad l. 11. ff. de minor. n. 11.* Bartol. *in auth. quas actiones. c. de ss. eccl. Sfort. Odd. de restit. in integr. p. 1, qu. 18. art. 4.* Dn. Brunnem. *qu. ad Wesenb. tit. de minor. 25. ann. qu. 21.* Si uterque de damno vitando agat, obtinebit decisio communis. 31 32 33

34 Cum vero, quando minor etiam in extrajudicialibus negotiis laesus, ipsa tamen restitutio in judicio petenda, et ibi admittenda vel non, cognoscendum; inde sub hoc capite recensebimus aliquot exempla, ubi ob concurrentem privilegiatum cum privilegiato, restitu-
35 tio videbatur deneganda. Unde quaeritur; an minor adversus mutuo sumptam ab alio minore pecuniam et ludendo postea amissam, possit in integrum restitutionem petere? Et pro hac decidenda distinctione opus erit; aut enim minor missam pecuniam plane non
36 recuperavit; aut recuperavit; illo casu minor qui pecuniam dissipavit, omnino audietur, nec restituere tantumdem tenebitur, utut is, qui mutuo dedit, pariter quoque minor sit; quamvis enim hoc casu mutuo-dans videatur de damno certare, nihilominus tamen et alter minorum, mutuo sc. accipiens, circa illud ipsum evitandum versatur; nam si pecuniam mutuatam et ludendo perditam restituere teneretur, haud vulgare sane damnum incurreret, cum nullum adhuc commodum ex ista pecunia perceperit, hinc quoniam uterque privilegiatus de damno vitando agit, in concursu quoque privilegii aetatis is praevalebit, cui pecunia mutuata est, *l. si minor.* 43. *et l.* 11. *ff. de minor.* 25. *ann.* Cum in pari causa melior sit ratio consumentis *d. l.*
37 34. Hoc casu, quando scilicet pecuniam recuperavit, subdistinguendum; aut enim recuperavit eodem tempore, sc. eodem ludo et instanti, seu antequam a ludo discesserit, et sic adhuc locupletior factus, nec perdidisse illam censebitur minor, propteresque etiam ad restitutionem obligabitur, cum alias cum damno alterius locupletaretur, *l.* 14. *ff. de condict. indeb.* Si recuperavit ex postfacto, aliud forte obtinebit, cum sic semel revera amissa fuerit, quod vero ex postfacto recuperet, ex accidentali saltem et singulari fortunae
38 fato contingat, et hinc nec restituere tenebitur. Odd. *d. l. qu.* 6. Porro quoque restitutio non deneganda minori si adversarius ejus sit mulier; de quo jam supra *cap.* 2. prolixius actum, ut sic restitutio exspirare fa-
39 ciat exceptionem acti vellejani. Sunt quidem qui contrarium asserant, inprimis Sfort. Odd. *p. t. q.* 18. *art.* 8. qui actum restitutioni praevalere asserit, ex hac ratione, quod restitutionis privilegium saltem sit generale, acti vero speciale circa omnes actus, in quibus decipiantur foeminae, speciale autem deroget ge-
40 nerali. Quomodo vero actum vellejanum speciale, restitutio vero generale saltem dici possit privilegium non video. Uti enim restitutio omnibus minoribus et omnibus casibus, ubi laesio ipsis contigit, datur, ita pariter quoque act. vellej. omnibus mulieribus et omnibus laesionum temporibus concedítur, ut alterum altero specialius haud esse, sed utrumque potius generalis privilegii appellationem mereri videatur.

41 Proinde etiam quae de restitutione minoris contra mulierem jam dicta sunt, ex paritate quoque rationis procedunt in reliquis personis privilegiatis, ut hinc minor contra filiumfam. exceptionem acti macedoniani habentem, contra ecclesiam jure minorum gaudentem, contra universitatem etc. et hae personae iterum contra se invicem possint in integrum restitui, non quidem regulariter, cum uterque sit privilegiatus, sed tunc, si unus in damno haereat.

42 Cum vero dos summopere privilegiata, quaeritur, an minor contra dotis promissionem restituatur? Ponamus itaque casum: minor aliquis promisit sorori suae a patre jam dotatae adhuc aliam dotem, ad hanc quidem exsolvendam de jure non obligabatur minor, cum haec dotatio praeter necessitatem fiat, et hinc sapiat aliquam donationem, quae non subsistit, licet magistratus decretum et curatoris accesserit consensus, *per l.* 22. *ff. de admin. tut. l.* 1. §. 1. *ff. de tut. et rat. distr. l. ult. c. si major. fact. l. praelia c. de praed.* Menoch. *cons.* 813. *n.* 6. Admittamus tamen praeter veritatis praejudicium, hoc casu ipsum fratrem teneri, si nihilominus immodicam dotem promiserit, quae e. g. vel dimidiam congruae dotis excedit, vel ultra dimidiam facultatum suarum est, o
mnino restituetur minor. Obstare quidem videtur (1.) 43
quod dotem dare sit opus pietatis *leg.* 32. §. 2. *ff. de condict. indeb.* sive illa constituatur sorori suae, sive cuilibet extraneae, opus autem pietatis exercere in abundantia non solum non est imprudenter agere, sed abundando in opere bono prudentius agere, et hinc si non restituitur minor contra opus pietatis modicum, multo minus restituetur, si magnum illud ipsum sit. Deinde quoque magnus favor dotis restitu 44
tionem impedire videtur; sed his non obstantibus 45
priorem sententiam tamquam firmiorem amplectimur. Primum enim quod attinet, non quidem negamus, dotis constitutionem esse pietatis opus, sed illo saltem casu concedimus, si detur foeminae ejusmodi, quae alias ob paupertatem nubere non potuisset; si enim illa jam bona ad dotem marito suo inferendam sufficientia habeat, liberalitatis magis, quam pietatis opus erit, ut dicit Bald. *in l. illud. coll.* 1. *c. de ss. eccl.* Quando autem in actu exercendae liberalitatis modus excedítur; magis vitii, quam virtutis hoc esse dicitur, et ideo quoque imprudenter agitur, si in dotando modus excedatur, Menoch. *d. cons.* 813. *n.* 6. Odd. *qu.* 59. *art.* 5. *n.* 26. Favorem deinde dotis quo attinet, magnum quidém esse, hoc tamen longe majorem favorem minoris nemo negabit, utpote qui de damno vitando tractat, cum foemina e contra circa lucrum captandum occupata sit. 46

Pari quoque modo decidenda venit quaestio: an 47
puella minor possit restitui contra excessivam quantitatem dotis marito suo datam? Superflua quidem et inutilis prorsus primo intuitu videtur haec quaestio, quoniam certum est, puellam minorem nec cum nec sine decreto judicis posse alienare praedia, nisi ob aes alienum, *l. ob aes* 12. *c. de praed. min.* Et sic cum nulla sit dotis constitutio, quia fit nulla causa urgente, sed ex sola liberalitate, superflua quoque videtur restitutio adversus illam, *l. siquidem c. d. t.* Verum 48
d. l. 12. intelligendam putamus non solum ob aes alienum alienationem minoris esse permissam, sed etiam ob omnem aliam causam similem, qualis omnino est dotis datio, quia piae causae aequiparatur, uti habet Gloss. *in d. l.* 12. et clare hoc asserit *l.* 22. *c. de adm. tut.* Odd. *qu.* 59. *art.* 3. Cum ergo jam liqueat, praedia in dotem dari et sic quadamtenus alienari, transferendo sc. utile dominium, posse, nullum quoque dubium est, restitutionem contra laesionem ex immodica dotis constitutione ortam posse impetrari. laesio 49
autem ejusmodi contingere poterit, non si puella pauperior marito ditiori aut alias bene merenti, aut tanta dote non indigno, omnia sua bona in dotem dederit, sic enim eo amplius dotalitium a marito ipsi iterum est constituendum, sed tum demum laesa poterit di-

ci mulier, si secundo marito nubens omnia sua bona dotis nomine in eum transtulerit, neglecta sobole prioris matrimonii, dn. Brunnem. *ad l. un. c. si adv. dot.* Mauritius *de restitut. c.* 209. *n.* 3. Vel etiam quando pactum fecit de lucranda dote, vel aliud sibi nocivum *l.* 48. §. 2. *ff. de minor.* Vel tertio quoque, quando mulier egregia, nobilis, atque dives marito ignobili, pauperi vel alias male merito omnia vel etiam majorem bonorum suorum partem in dotem dederit;
50 utut enim hoc casu sibi imputare debere videtur mulier, quod non melioris conditionis virum sibi elegerit, hoc tamen, cum imprudentiae mulieris, non fato et eventui adscribendum sit, restitutio quoque ex hoc capite juste admittitur, imo vulgaris haec oppositio sc. *imputet sibi* non procedit in minoribus, sed tantum majoribus opponi potest, propterea enim jura concessere minoribus privilegium restitutionis, ut non tantum si dolo alterius, sed si propria quoque imprudentia, errore, vel lubrico aetatis labantur, nullum exinde damnum incurrant, sed ad pristinum statum totum negotium reducatur.

51 Dissentientes ab hac nostra opinione, restitutionem sc. contra dotem haud admittendam esse, non pauci sunt, qui duobus sed levibus admodum nituntur argumentis. Primo enim dicunt, laesam non posse dici mulierem, quae omnia sua bona marito in dotem dedit, quia ita faciendo prudenter egisse censetur. Dando enim illa in dotem videtur consuluisse dignitati et honori mariti, cum ipsa mulier ab honore mariti honorata dicatur, et splendeant semper foeminae radiis suorum maritorum *l.* 8. *ff. de senator.* Secundo dicunt, dotem sequi naturam matrimonii, *cap. prudentiam X. de donat. inter. vir. et uxor.* hinc uti contra matrimonium nulla permittitur restitutio, ita
52 nec contra dotem. Sed quam facile corruant haec ipsa argumenta nemo non videt. Ad primum enim jam respondimus paulo ante, sc. laesioni ex imprudentia
53 mulieris contingenti restitutionem non esse denegandam; alterum vero quod attinet, in aliquibus concedimus, eamdem esse naturam dotis quam matrimonii, exinde tamen non sequitur ergo in omnibus, con-
54 tra matrimonium enim restitui qui nequit, partim quia a momento promissi matrimonii vinculum *Deo* quaesitum est, partim vero quia hanc restitutionem nemo concedere potest nisi judex; quod vero *Deus* conunxit, homo ne separet, haec autem minus commode ad dotem applicantur, certissimam proinde sententiam nostram adhuc putamus, puellam sc. contra excessivam dotem marito datam restitutionem juste petere posse.

55 Quae hactenus de dote diximus, ob aequalem quaque favorem procedunt in donatione propter nuptias, cum haec fiat propter dotem, imo de haeredibus quoque uxoris nulli dubitamus, quin et illi postea restitutionem petere possint, per expressam *l. un. c. si adv. dot.* Est enim hoc beneficium restitutionis reale, hinc cum persona non exspirat, sed ad haeredes transit. *l.* 6. *ff. de rest.* Dn. Brunn. *ad d. l. n.* 2. *l.* 18. *in fin. ff. de minor. l.* 24. *pr. ff. eod. l.* 75. *ff. de adm. tut. l.* 20. §. 1. *ff. de tut. et rat. distrah.* Dn. Strauch. *ex.* 26. *th.* 14.

56 Uti autem maritus dotis dominium saltem civile habet, naturale vero penes uxorem remanet, ita et mortuo marito plenum ad illam dominium revertitur, ut tunc juste quoque eam repetere possit, ita si ma- 57
ritus ad inopiam redactus in paupertate ita decedat, jura marito privilegium circa restitutionem dotis concessere, ut scil. non ultra teneatur, quam quidem facere potest, seu ut habeat beneficium competentiae, deductis videlicet alimentis sibi necessariis; quod pri- 58
vilegium ipsi competere ait Baldus eo casu, si uxor dives sit et habeat unde vivat; alioquin enim si et haec 59
pauper. sit, nullum quoque est dubium, dotem illam a marito etiam egeno posse exigere, quo exinde percipiat alimenta; potentius enim hoc casu est privile- 60
gium uxoris, quippe quae de damno vitando tractat; Covarr. *p.* 2. *relect. c. possess. de reg. jur.* §. 2. *n.* 4. *in fin.* Carpz. *l.* 2. *t.* 2. *resp.* 37. *n.* 19. Imo generaliter verum est, nulli debitori competere beneficium competentiae, si creditor ipsemet egeat, Anold. de Reyger. *in thes. lit. c. n.* 163. Coler. *proc. exec. c.* 3. *n.* 120. *et* 26. Non enim ferendum est, ut in pari paupertatis causa melior sit conditio debitoris, quam creditoris *l. verum* §. *item quaeritur ff. de minor.* Cum durum ac crudelitati fere proximum foret in necessitate aliquem creditis suis privari, quibus alter nutriatur; charitas enim proxima regulariter incipit a se ipsa *l.* 6. *c. de serv.* Carpz. *asyl. debit.* §. 77. *n.* 380. Quod pariter in vassallo contra feudi dominum agente obtinet, ut beneficium competentiae cesset, si ipse vassallus sit inops. Schrader. *de feud. p.* 2. *c.* 3. *n.* 93. Dn. Praeses. *in exam. jur. feud. c.* 23. *qu. ult.*

Non autem sola aetas minorennis justam causam 61
praebet restitutioni, sed praeter illam aliae adhuc plures dantur causae, inter quas etiam refertur justa absentia, ne sc. ignorans et non meritus quis suo jure privetur, dn. Brunn. *qu. ad Wesenbec. tit. ex. quib. caus. maj. qu.* 1. Quodsi ergo quis reip. causa absit, 62
ne ab adversario suo interim damni quicquam patiatur, restitutionem juste petere poterit, utut ille pariter quoque reip. causa absit, notanter autem diximus, si damnum incurrat; deficiente enim laesione deficit 63
omnis restitutio, et utut uterque privilegium, ex quo si laesi sint, restitutionem petere possint, habeat, ille tamen, qui jam indiget auxilio restitutionis, privilegium habet speciale et in exercitio, (seu causam habet, ob quam concedatur restitutio,) quia jam actu laeditur alter vero cum laesus in eadem causa non fuerit, privilegium quoque suum allegare et restitutionem alterius impedire haud valebit, Bald. *ad l. fin. ff. de ex quib. caus. major.* Jason. *in* §. *rursus. j. de action. n.* 56. Kircher. *cons. varior. Jct. vol.* 3. *cons.* 20. *n.* 292. cum simul etiam alter de lucro, alter de damno vitando agat.

Impetrata jam a judice competente legitimo modo 64
restitutione, res omnis in pristinum statum reducitur, dn. Brunnem. *ad l.* 24. *ff. de minor. n.* 7. Idem *in qu. ad Wesenb. tit. de rest. q.* 1. Menoch. *cons.* 883. *n.* 28. *et in remed.* 10. *recup. possess. n.* 5. Carpz. *jurispr. eccl. l.* 2. *def.* 51. *in fin.* Et hinc etiam nihil aliud nec plus sc. nec minus restituitur, quam quod quis habuit ante laesionem. Odd. *de rest. p.* 1. *art.* 4. *n.* 45. Dn. Brunn. *d. l.* Klock. *vol.* 2. *cons.* 51. *n.* 31.

Quid si vero aliquis in minorennitate adhuc consti- 65
tutus jus simultaneae investiturae ob non petitam renovationem in feudo agnati sui amiserit, sententia declaratoria super amissione jam publicata, postea vero

agnatus feudi possessor creditori suo, pro certa pecuniae summa mutuo ab illo accepta, feudum consensu domini oppignoraverit, numne minori illo in integrum postea restituto, ac jure simultaneae investiturae ei per sententiam adjudicato, hypotheca ista in feudo constituta subsistit, an vero ob defectum consensus illius minoris per restitutionem annullatur, cum juris sit certissimi haud subsistere hypothecam in feudo sine consensu simultanee investitorum constitutam, nec iisdem praejudicare quem casum in facto
66 contigisse refert Carpz. *dec.* 76. *n.* 1. Et quamvis posterius (annullari sc. hypothecam) affirmandum videatur ex antea dicta ratione, quod omnia in eum statum rediguntur, in quo antea fuerunt, nihilominus tamen subsistere illam ac firmam esse verius existimamus; licet enim restitutio omnia reponat in pristinum statum, hoc tamen non procedit in praejudicium tertii, *cap. quamvis.* 8. X. *de rescr. in* 6. Dn. Brunnem. *ad l.* 24. *ff. de minor. n.* 11. Carpz. *d. dec.* 76. *n.* 8. *ibi-*
67 *que dd.* Quis autem non videt creditori maxime praejudicari per annullationem hypothecae, quam semel in feudo legitimo modo acquisivit, aut restitutio, quae in aequitate fundatur *l.* 1. *ff. de minor.* nequaquam debet operari iniquitatem, quae committitur per inversionem juris alterius. Deinde quoque fateri quilibet necessum habebit, jus hypothecae in feudo nequaquam ex laesione minoris immediate creditori fuisse acquisitum, nec propter hoc jus restitutionem factam, sed saltem ob amissionem simultaneae investiturae pro-
68 pter non factam renovationem. Cum enim laesio non fuerit causa illius acquisitionis ac restitutio non plus restituat quam quod laesio abstulit, nec restitutio quoque extendi poterit ad acquisitionem hypothecae, Bald. *in l. ult. c. de sent. pass.* Odd. *q.* 44. *art.* 4. *d.* 5. *n.* 32. per consequentiam enim tantum ex oppignoratione feudi intermedia minori damnum accedit, quod in restitutione non attenditur. Multa enim per consequentiam admittuntur, quae principaliter non concederentur, *l.* 6. *ff. de rest. l.* 7. *ff.*
69 *de quct. tut. l.* 3. *c. dejud.* Carpz. *d. l. n.* 14. Et si tandem minor ad annullandam hypothecam hanc in feudo constitutam allegat suum privilegium aetatis seu minorennitatis, creditor sane ipsum jure repellere posset privilegio prioritatis, quod per oppignorationem in feudo obtinuit, juris enim est expediti, privilegiatum contra privilegiatum non uti privilegio, per allegata
70 superius. Quin et potior hoc casu ratio est prioritatis quam minorennitatis. Creditor enim ille hypothecarius actu est privilegiatus, minor autem saltem habitu sed potentia, nec ullum ex simultanea investitura commodum sentit, priusquam feudum ad ipsum fuerit de-
71 volutum. Exinde ergo sequitur creditorem actu privilegiatum privilegio suo uti posse adversus minorem potentia privilegiatum, et hinc per restitutionem minoris non annullari hypothecam alteri tertio in feudo constitutam.

72 Haec de privilegio restitutionis, quando scilicet illud minoribus ac reliquis personis privilegiatis competat, dicta sunto, jam paucis quoque quid ratione privilegiorum creditoribus quibusdam modo concursu competentium obtineat, videbimus. Non totum quidem concursus processum hic percurreret vel omnium omnino creditorum jura ac privilegia inquirere animus est, cum non nostri sit instituti, sed aliquos solummodo casus, quando scil. privilegiati creditores contra se invicem privilegio suo uti possint vel non, subjiciemus.

Notum autem est, si ejusmodi concursus moveatur, 73
omnium prius creditorem jura examinari antequam distributio fiat, et postea cuivis pro prioritate vel potiori privilegio suum cuivis adjudicari. Cum itaque sen- 74
tentia concursus concipienda, certae prius classes creditorum constituuntur, secundum quas postea ordine proceditur *de quibus prolixe* dn. Brunnem. *in proc. concurs. cred. cap.* 4. Hinc nullum dubium est, creditores primae classis praeponi omnibus in reliquis classibus positis, cum ex eo jam potentius eorum videatur privilegium, quod primae classi fuerint inserti, et hinc prioritate prae reliquis gaudeant. Si vero cre- 75
ditores concurrant, qui ob paritatem privilegiorum ac jurium in eadem classe sunt constituti, ut sic alter altero se magis privilegiatum appellare non possit, et hinc etiam nullam praelationem praetendere, aliter quoque videtur dicendum. Exemplum hujus esse pote- 76
rit, si fiscus et dos moto concursu inter se invicem de prioritate contendant, uterque enim horum creditorum paribus gaudet privilegiis, et sic neuter eorum praelationem ex suo privilegio petere poterit, sed temporis potius hic attendenda ratio, ut hinc qui prior tempore, prior quoque ac potior sit jure, *l.* 2. *c. de privil. fisc. l.* 9. *c. de jur. dot.* Dn. Brunnemann. *ad d. l.* 9. *n.* 1. Speciale tamen est in fisco, quod licet 77
hic sit creditor posterior, in quaesitis tamen post contractum fisci bonis praeferatur omni etiam priori creditori, dn. Brunnem. *d. l.* et hinc quoque doti pariter et augmento dotis *l.* 28. *ff. de jur. fisc.* Carpz. *p.* 1. *c.* 28. *def.* 103. *lib.* 4. *resp.* 13. Barb. *in l.* 1. §. 2. *ff. sol. matr. n.* 16. Dn. Brunn. *de conc. cred. c.* 5. §. 28. Cum tamquam accessorium dotis ejusdem sit naturae, cujus est principale seu ipsa dos, Barb. *l.* 1. *c.* 85. *axiom.* 2. Dn. Brunn. *ad l.* 8. *c. de jur. dot. n.* 8. Jus enim fisci ex contractu futura etiam bona afficit, ut hinc in bonis postea adquisitis omnibus praeferatur. Extra hunc casum vero, uti jam diximus, in puncto juris dos et fiscus aequalia habent privilegia, ut hinc eorum praelatio ex prioritate temporis aestimanda. *d. l.* 2. *c. de privil. fisc. et l.* 9. *c. de jur. dot.*

Ex pari ratione idem quoque videtur dicendum, si 78
maritus mortua prima conjuge ad secunda vota transeat, et moto postea concursu decedat, sic enim non tantum haeredes primae uxoris, sed superstes quoque vidua ad repetitionem dotis agent. Quaenam dos vero 79
hoc casu praeferenda? Probe sane hic distinguendum, an res in dotem datae adhuc extent, an non. Priori casu prioris vel posterioris dotis ratio non habetur, sed res jure dominii ad illius uxoris haeredes revertitur, quae intulit, sive illa fuerit prima sive secunda conjux. *auth. si quid c. qui pot. in pign. nov.* 91. *c.* 1. *l. in rebus c. de jur. dot.* Mantic. *de tacit. conv. l.* 11. *t.* 26. *n.* 42. *seqq.* Posteriori vero casu, ubi sc. 80
res illatae non amplius extant, certum est in concursu duarum mulierum dotem repetentium conquassari privilegia, et praelationem ex privilegio dotis nullius esse effectus, quandoquidem privilegiatus contra privilegiatum non utatur privilegio, videatur Rodriquez. *de concurs. cred. art.* 1. *n.* 91. prioris proinde uxoris dos tamquam prior praeferenda omnino erit doti secundae ac posterioris conjugis. *c. qui prior. X. de reg. jur.*

in 6. modo tamen dotis constitutio ac vera illatio a prima conjuge probetur.

81 Quoniam itaque certum est, dotis favorem magnum imo fere maximum esse, ut hinc uxori ratione illius tacita hypotheca non minus ac jus praelationis in bonis mariti competat, *l. assiduis.* 12. *c. qui pot. in pign.* non inutile etiam erit quaerere, an per statutum aliquod
82 derogari possit privilegio dotis, ita ut debitum aliquod minus privilegiatum dotі praeferatur. Sic statutum
83 breslaviense esse refert Carpz. *decis.* 103. ne quisquam creditorum praeferatur in concursu debito civitatis; si debitor haud solvendo sit, numne generalibus hisce verbis speciali mulierum privilegio derogatum, in tantum ut et debitum civitatis debito dotis anteponatur? Et primo loco videtur quidem quod sic, quia verba statuti nimis sunt generalia, et hinc alium excludunt, ac dispositio generaliter quoque intelligi debet, *l.* 8. *ff. de publ. in rem act. l. ult. c. de haered. vel. act.*
84 *vend.* Nihilominus tamen privilegium dotis adhuc praevalere putamus; generalitas enim illa statuti non sane comprehendit casum specialem, et ante conditum statutum jam privilegiatum *l.* 3. *c. de Silentiar.* Imo expeditum jam est apud dd. ea, quae speciali jure et aequitate concessa sunt, per verba universalia non excludi, sed specialem et expressam derogationem desi-
85 derare, Carpz. *d. dec.* 103. *n.* 22. ibique dd. Imo cum privilegiatus contra privilegiatum privilegio non utatur, sed jus commune obtineat, nulla quoque ex ratione civitas privilegium suum allegare poterit contra dotem utpote pariter privilegiatam; sed observandum jus commune, secundum quod privilegium dotis, tamquam antiquius, praevalet debito civitatis, per statutum tantum privilegiato.

86 Pari modo quoque ejusmodi statutum reperitur Gorlitii, ut sc. debita tutelae ante omnia sint exsolvenda, et hinc pupilli et minores reliquis creditoribus praeferantur, verba statuti ita esse habere refert Carpz. *dec.* 3. *n.* 4. *dass der Unmündigen Foderungen allen andern. Glaeubigern vorgehen*, ubi iterum graviter disputatum fuit, an vidua dotalia sua illata repetens cum pupillis, quorum tutelam gesserat debitor, con-
87 currens adhuc praeferatur his ipsis. Et omnino etiam affirmative decisum dicit Carpzov. *d. l.* quam sententiam et nostram facimus. Est enim haec eadem ratio quae casus prioris, cum statutorum a jure communi recedentium interpretatio ita semper moderanda, ut quam minimum de jure communi demant, Schrader. *de feud. p.* 10. *sect.* 20. *n.* 168. quod certe non faceret, si viduae, quae ratione dotis creditoribus etiam tacitam hypothecam habentibus adeoque pupillis et minoribus praefertur *l.* 12. *c. qui pot. in pign. l. un.* §. 1. *seqq. c. de rei uxor. act.* ex sinistro statuti intellectu jus praelationis denegaretur.

88 Quod si tandem ad creditores mere personalis privilegia habentes deveniamus, dicendum est, hos inter se tamquam pariter privilegiatos nullo gaudere privilegio, nec habere alterum prae altero prioritatem, sed concurrere illos pro rata et in tributum, *l. privilegia* 32. *ff. de reb. aut. jud. possident.* Dn. Brunnemann. *de process. concurs. credit. c.* 5. §. 60. Carpzov. *p.* 1. *c.* 28. *def.* 149. Berlich. *p.* 1. *concl.* 70. *n.* 27. Richter. *de privil. cred. disp.* 11. *p.* 315. Koppen. *dec.* 28. *n.* 40. Gail. *o.* 25. *p.* 15. Non enim prioritas temporis, sed causa debiti attendenda, adeoque si plures ex eodem titulo debiti agant, omnes simul sunt admittendi. Wesenbec. *in paratit. de privil. cred. n.* 4. *seqq.*

Si tandem omnium omnino creditorum jura legiti- 89
me fuerint examinata, concepta super iis sententia prioritatis, tunc cuivis de jure civili non solum debitum suum, sed praeter id usurae quoque cum sorte simul addicuntur, Dn. Brunnemann. *de concurs. cred. c.* 5. §. 72. quod secus de jure sax. electorali, ubi prius omnibus crediloribus de sorte, et postea cuivis etiam de usuris satisfaciendum. Non minimum proinde 90
concessum de jure sax. privilegium piae causae, quod sc. in concursu creditorum non modo sortis, sed et usurarum ratione pro jure prioritatis suae aliis creditoribus praeferatur, Carpzov. *dec.* 277. *n.* 9. Haud dubii enim expers est, anne et pia causa contra piam causam e. gr. ecclesia contra ecclesiam uti possit hoc ipso privilegio? Et secundum vulgarem regulam nostram, quae sc. duo privilegiati concurrunt omnino dicendum est quod non, quia una ecclesia altera non magis videtur privilegiata; sed cum hoc casu paris prorsus ac ejusdem conditionis utraque sit ecclesia, regula quoque inter pares satis nota, quod scil. prior tempore potior sit jure, obtinebit, *c. quia prior. X. de r. j. l.* 2. *l.* 8. *et* 12. *ff. qui pot. in pign. l.* 2. *l.* 12. *c. eod.* Carpzov. *d. l. n.* 14. et hinc ecclesiae priori non de sorte solum, sed usuris quoque satisfaciendum antequam altera ecclesia etiam de sorte quicquam capiat, et regula communis, quod privilegiatus contra privilegiatum non utatur privilegio, fallit et hoc casu, ubi disparitas rationis adest, consistens sc. in prioritate temporis, cui et ipsum ecclesiae privilegium accedit, ut hinc altera ecclesia duplici proprio sc. qua ecclesia est, et proprietatis privilegio munita alteri soli suo privilegio insistenti praeferatur, ac ita etiam pronunciatum refert Carpz. *d. dec.* 277.

Haec sunt, benevole lector, quae tam pro temporis ratione, quam pro tenuitate ingenii de eleganti hac materia colligere licuit, favorem tuum mihi promitto certissimum, quod si huic utilissimae materiei non satisfecero, multaque quae hic referri poterant, omisero, ea benigne sis excusaturus et suppleturus. *Deo* autem ter optimo maximo pro clementissima studiorum direction e gratias nuncupo immortales.

FINIS.

DISPUTATIO SEPTIMA

DE CIVILITATE NOCIVA.

AD DIEM XVI. SEPTEMBR. ANNO MDCLXXXIV.

RESPONDENTE

GABRIEL. KORBMACHER, MINDA-GUESTPHAL. UNIVERSITAT. VIADRINAE SYNDICO.

PRAEFAMEN.

Nihil fecisse benigne; cedro sane digna Catulli sunt verba, cum quod nervose, tum quod non absque momento prolata. Beneficii enim accepti quanta sit apud mortales oblivio, me monitore non egebit. Dies id satis edocet, ac cognovisse hoc ipsum suo jam tempore Diogenem, exinde patescit, cum is aliquando cuidam, quid apud homines omnium celerius senesceret, quaerenti non inepte regessit, *beneficium*. Ita enim sunt teste comico, omnes nostri cives, si quid benefeceris, levior pluma gratia est, si quid peccatum sit, plumbeas iras gerunt. Accipientium animos si intueare, beneficiorum maxima pars perditur, ut non dedisse te, sed effudisse eadem, conqueri jure majori necessum habeas. Ut vero quicquam benignitatem tuam tibi profuisse gaudere queas, tantum abest, ut maximo potius, tuo detrimento te cuncta fecisse dolendum sit. Alii quippe beneficiis tuis obstricti eorum oblivione non solum se relaxabunt, sed et injuriis atrocissimis ea pensare studebunt; utut vero cessent injuriae, non tamen cessabunt querimoniae, dum multi nondum exsatitati etiam de benefactoribus suis queri non erubescunt iniquum sane! Ast commune adeo, ut vix de hostibus crebriores moveri possint querelae. Legimus inde apud Senecam *de benef. lib. 2. c. 27.* de Augusto, ob benignitatem ac clementiam suam satis laudato, querentem Lentulum; apud Lucanum vero *Pharsal. l. 8. v. 438.* de Pompejo Photinum. Et si antiquitate neglecta modernam temporis intuemur faciem, reperiemus orbem universum lamentis ejusmodi refertum. Quid? quod nonnulli beneficiis tamquam instrumentis utantur ad nocendum. Unde et quamplurimus sub specie boni atque auxilii mutui, obligationisque aliis gratificantes, spe sua cecidisse ac errore se ductos sensisse, indiesque sentire cernimus, ut cum beneficia inter alios seminassent, nil nisi ingratam mentem et odia messuerint, hostes experiundo, quos amicos ante habuerant, ita ut viverent deinde ac morerentur infelices. Testis (*Aeneas Sylv. in Panormit. de dictis et factis Alphonsi l. 2. n. 35. p. 124.*) hujus rei insignis est Fridericus II. Imperator haud sine causa saepenumero dicere solitus, se ex iis, quos extulisset, quam paucissimos vidisse gratos, idque ex muneribus suis sibi unice datum esse, ut ex fidelibus redditi sint infideles. Id quod exemplo quoque suo, ut taceam alia innumera, quam maxime probatum dedit Julius Caesar, Sueton. *in Julio cap. 75. 82. et 83.* quem moderatione ac clementia cum in administratione, tum in victoria belli civilis admirabilem extitisse, historici probatae fidei referunt; quod tamen ipsi ne in tantum quidem profuit, ut a Bruto, quem in secundis haeredibus nominaverat, tutus esse potuerit, ut potius inter aliorum parricidarum et hujus violentas experiri manus necessum habuerit. Quinimo quotidiana testatur experientia, quam saepius ipsi nos perdiderimus atque una amicum, dum afflictae illius fortunae ultro nec considerate satis remedium afferre studuimus, quem ingratum nihilominus pro tanto experti sumus beneficio; ut ita quam verissime dixerit supra laudatus Poeta:

Desine de quoquam quicquam bene velle mereri,
Aut aliquem fieri posse putare tuum:
Omnia sunt ingrata, NICHIL FECISSE BENIGNE.

Non miraberis haec tecum pensitans, lector benevole, *civilitatem nocivam* cur in publicum producere non dubitaverim. Enimvero ut laude sua civilitatem defraudandi ergo

id a me factum sit tantum abest, ut potius ex adverso illam tamquam ornatricem cujusvis boni civis omnibus de meliori commendandam censeam. Nec vero a benefaciendo atque officiis humanitatis alteri praestandis quempiam dehortandi animo sunt prolata, ut nimirum obsurdescat penitus et talpa coecior sit ad desiderium alterius, omnem prorsus occasionem proximo inserviendi fugiendo, atque ad utilitatem propriam animum semper reflectendo. Isthaec enim politica, ut cum Savedra. (*in idea princip. christiano-polit. simb.* 47.) sic loqui liceat, contraria foret obligationi christianae, humanae charitati et aliis pluribus honestissimis virtutibus, quae propius nos ad Deum faciunt accedere. Ista inquam politica omnem dissolveret civilem societatem, quae in eo posita, ut quisque et sibi vivat et aliis; multo magis illud stimulo sit, quod nobis ipsis debemus atque exemplum numinis infinite benigni, quod sua dispertit beneficia in eos etiam, quos vel maxime ingratos postmodum invenit. Quo nomine quoque laudem meretur (Laert. *lib.* 6. *cap.* 1.) Antisthenes, quando is, Platonem quondam male de se locutum percipiens, regie respondit, *regium est cum benefeceris male audire*; excelsi profecto animi est, ingratitudine hominum non deterreri a studio bene merendi de omnibus. Neque sum nescius, civilitati ac benignitati quanta ab ipso imperatore sacratissimo Justiniano attributa sint praemia, quae laudes atque encomia. E contra rusticitati ac morositati quae sint poenae; ast, cum nihil tanta venerandum sit laude, quin si abusus vel in excessu aut defectu vitium accedat, vacillare necessum sit, idque quam maxime in illarum virtutum exercitio, quae circa commodum alterius versantur, evenire soleat, ut plerumque aliquid periculi subsit aut damni, neque iis respondere soleant amicorum facta, sed ad exitium nostra nos saepius inducat obligatio propria; ita sane prae caeteris se hoc exerit in civilitatis exercitio nimio. Quo ergo medium circa hanc observetur, prudentia, quae gratiam ac modum virtutibus tribuit, opus est. Ad hanc vero acquirendam faciet sedula casuum in jure nostro occurrentium evolutio, eorumque secundum ll. decisio. Cui negotio equidem ante aliquot annos manum admovere in animum induxeram: fama autem ad aures perveniente, materiam hanc jam ab aliis elaboratam atque in lucem editam, ne Iliada post Homerum scriberem, destiti a proposito hucusque, donec certior redditus, non famam illam, sed rumorem fuisse, omnis veri expertem. Quare in praesenti speciminis inauguralis loco non ignobilem hanc materiam exhibere libuit. Civilem mihi ubique exoptans lectorem; qui si modeste monendo me in diffusa hac materia errantem in viam ex deviis reduxerit, credat sibi non nocivam, sed mihi proficuam fore hanc civilitatem. A Numine vero benignissimo clementissimam laboris benedictionem exoro.

CAPUT I.

De civilitatis nocivae generalibus.

SUMMARIA

Ingressus. n. 1.
Civilitatis derivatio. n. 2.
Origo germanica. n. 3.
De voce urbanus. n. 4.
De voce rusticanus. n. 5.
Civilitatis acceptio praesens. n. 6.
Varia significatio. n. 7.
Civilitas pro politica. n. 8.
Civilitas pro jure civitatis. n. 9.
Differt a domicilio. n. 10.
Quotuplex hoc casu jus civilitatis? n. 11.
Vox civilitas non occurrit in jure. n. 12.
Civile quotupliciter dicatur? n. 13.
Alia significatio. n. 14.
Incivile, inciviliter. n. 15.
Applicatur ad hanc materiam. n. 16.
De urbanitate. n. 17.
De humanitate. n. 18.
De comitate. n. 19.
De voce nociva. n. 20.
Vocis nocivae synonyma. n. 21.
Civilitatis nocivae descriptio. n. 22.
Descriptionis explicatio. n. 23.
An quis alteri prodesse debeat cum suo damno num. 24.
Rationes pro affirmativa. n. 25.
Dilectio proximi quousque se extendat? n. 26.
Supponit officia, quae sine damno praestari possint. num. 27.
Ratio desumpta ex communi cognatione. n. 28.
An quis ad civilitatis officia obligetur? n. 29.
An civile vinculum hoc casu subsit? n. 30.
Negatur jus compellendi ad officia humanitatis. n. 31.
Explicatur l. 2. §. 5. *ff. de aq. pluv.* n. 32.
De jure innoxiae utilitatis. n. 33.
Explicatur locus Ciceronis. n. 34.
De transitu innoxio. n. 35.
Ad patientiam quis in gratiam alterius compelli potest, non ad factum. n. 36.
Quid si levi damno magnum alterius commodum promoveri possit? n. 37.
Quid si meo leviori damno alterius grave damnum declinari possit? n. 38.
Omissio officii quandoque culpam continet. n. 39.

Modo praecedat obligatio ad factum. n. 40.
Sui defensionem omittens peccat. n. 41.
Defensio vitae est juris praeceptivi. n. 42.
Quid de invasore impio? n. 43.

1 §. 1. Ut methodi receptae legibus satisfaciam; generalia praesentis materiae in antecessum exponere lubet, quo facilius ad penetralia ejus mihi pateat aditus. Generalia vero vocis et rei significatum exhibebunt, cui subjungendum veniet, qua ratione alter alteri ad humanitatis officia et promovenda ejus commoda obligetur.

2 §. 2. Originem vocis *civilitas* quod attinet, eam haud dubie debet voculae *civis* (unde et civitas) quae forte ex coivis, ut ejusdem sit originis, ac coetus, quae vox et ipsa a coeundo. Cum primum fuerit coitus. Quod civis etymon secutus quoque Isidorus *lib.* 19. *cap.* 4. Cives, inquit, vocati, quod in unum coeuntes vivant, ut vita communis et ornatior; possis tamen eapse de causa *civis* deducere a Κεω, quod est eo, vado, quod nempe in unum veniant coetum et sub legibus iisdem vivant, vel a cio sive cieo, quia vocati in unum corpus ut nempe latinis a ciendo, concio ἀπὸ τοῦ καλεῖν κλητοί et εκκλησια Voss. *etymolog. latin. lingu.*

3 §. 3. Quemadmodum ergo Germanis *civis* dici solet *ein Bürger*, *civitas eine Bürgerschafft oder Gemeine*, sic consequenter *civicus* vel *civilis* primitus dici receptum fuit *bürgerlich*, quo sensu et *civica corona dicitur*, quam civis civi, a quo servatus erat in praelio, testem vitae salutisque perceptae dabat, fiebatque e fronde querna et ilice. vid. Gell. *lib.* 5. *cap.* 6. Civile bellum *der Bürgerliche oder innerliche Krieg*, et civilitas *die bürgerliche oder ehrbarliche Zucht.* Garth. Lexic. Latin. Germ. *pag.* 106.

4 §. 4. Pari fere modo ut urbicus, urbanus et urbanitas derivantur ab urbe; unde occupationes urbicae, pecus urbicum *Plauto*. Vita urbana *Terentio*. Otium urbanum. *Ciceroni*. Praedia urbana *Tacito*, nec non ratione horum competentes servitutes urbanae ipsis
5 *Jctis* audiunt; non secus ac rusticitas rusticanus et rusticus sive adjective sive substantive sumpto vocabulo a rure; quod rustici colent exercentque, ortum sumpsere. Unde instrumentum, quo ad colendum rus opus est, rusticum nominatur. *Ita res rusticas vel fructus vel delectationis causa invisere; Die Dorff. Haushaltung entweder von des Geniesses oder von Lustwegen besuchen*, Ciceroni *de Orator. lib.* 1. nec non *Rusticationis* (*das Baureleben*) vocabulum eidem *lib. de amicit.* usitatum est. *Praedia* vero *urbana* indeque existentes servitutes urbanae Jctis, de quibus integri tituli tam in inst. quam ff. habentur.

6 §. 5. Interim tamen nemini ignotum erit: *civilitatem* germanis alio quoque nomine venire, quae scilicet vocetur *die Höfflichkeit*, et civilis, *höfflich*, a voce *Hoff*, non quidem rusticorum villis, sed principum aulis, et *Lich*, quod qualitatem quamdam seu proprietatem denotat, cui si addatur syllaba *Keit*, oritur substantivum; sicuti semper haec voculaaddita adjectivo cuidam, denotat vel nomen virtutis aut vitii, aliusque qualitatis, ut *Freundlichkeit*, *Holdseligkeit*, *Auffrichtigkeit*, et sim. vid. Schottel. *Opus de lingua German. pag. m.* 360. *et seq.* Quo significatu Gallis usitata vocabula civilité, unde passim prostat libellus, *nouveau traité de la civilité qui se practique en France* inscriptus. Sicut et *civil, civilement*, pari modo et sensu apud illos frequentatur, ut, *c'est un homme fort civil. Il m' a parlé trescivilement.* Quamvis et in ea significatione, quam primo voci *civilitas ac civilis* juxta latinorum usum attribuimus, ut et aliis, apud eosdem reperiatur; veluti *Guerre civile*, *der Bürgerliche oder innerliche Krieg*, *droit civil das Weltliche Recht*, de quo pluribus vid. *Lexica gallico-latino-german.*

§. 6. Esse autem vocem *civilitas* classicis auctori- 7
bus non insuitatam, non solum ex supra dictis colligi potest, sed et subsequentia pluribus id docebunt. Accipitur tamen illis non uno eodemque semper significatu. Alio enim modo *I. civilitas* est et dicitur hodie ea virtus, quae ad convictus et consuetudines civiles pertinet, quae omnem vultum, habitum et gestum corporis, quin orationem ipsam ad quamdam decori ac elegantiae rationem, qua placeat probeturque, dirigit et moderatur, *rusticitati* contraria. Quo spectant verba illa Wendelini *in philos. moral. lib. cap.* 19. *Moderatio externorum morum dicitur* civilitas, *quae omnes mores ac gestus ad naturae convenientiam exigit.* Qua de videri possunt Guazzi *de civil. conversat.* et Erasmi Roterod. *tr. de civilit. mor.* Alia rursus est *II. virtus* hoc appellatur nomine, quae non in elegantia ac venustate posita ad familiares congressus; sed ad actus et vitam publicam pertinet, atque in gravitate quadam et molestia constituta est superbiaeque ac crudelitati opposita. Qualem civilitatem Augusto Svetonius tribuit, et cum clementia constringit; eamdemque in Trajano *Plinius* atque *Eutropius* commendat, et iste quidem cum moderatione copulat. Ab hac *civilem animum* Svetonius dixit in Caesare *cap.* 75. pro aequo et moderato: ita in Claudio *cap.* 1. Civilem animum ambitioso et gloriae cupido opponit. Atque hoc et priori sensu civilitas sumpta nostrae potissimum conveniet tractationi.

§. 7. Quandoque vero civilitas III. idem est, quod 8
πολιτικὴ sive tuendae ac conservandae civilis societatis prudentia, qua ratione hac voce usus est Quintilianus *l.* 2. *c.* 15. de quo pluribus vid. Fabr. *thesaur. sub voce civilitas.*

§. 8. Alio denique significatu *civilitas* usu venit 9
Jctis, ut nimirum denotet jus seu conditionem singularem differentem a generali nomine *civis*, in quo generali nomine alias omnis plebeja gens continetur, per text. *in* §. 4. *inst. de jur. nat. gent. et civ.* Ita ut aliud sit civilitas, aliud vero incolatus vel domicilium simplex, per *alleg.* §. 4. *inst. et l. plebs.* 238. *de v. s.* junctis *l. cives.* 7. *c. de incolis. libr.* 10. Secundum 10
quos text. facilius acquiri *domicilium* in aliquo loco, quam *civilitatem* specialem alicujus loci, cum quaedam conditio ac praeeminentia a juribus appellatur, tradit Laurent. Kirchov. *tom.* 3. *consil.* 10. *n.* 152. *et* 153. Ubi et Venetorum esse prohibitionem, quod nemo civilitatem in illa civitate sanctissima, nisi prius eam inhabitaverit per quindecim annos, consequi possit, refert. Quo sensu et eum, qui civilitatem acceptat, non liberari ab oneribus civium, sed ea subire teneri dicit Surd. *l.* 1. *cons.* 42. *n.* 5.

§. 9. Distinguiturque jus illud civilitatis in *plenum* 11
vel *minus plenum* seu partiale, ita ut *illud* secundum quorumdam locorum observantiam dicatur *das grosse Burger Recht*, *hoc* vero *das kleine Bürger-Recht*, teste

Arumaeo *de jure publ. vol.* 2. *discurs.* 9. *n.* 79. Besold. *in synops. polit. lib.* 1. *part.* 2. *cap.* 15. *n.* 8. *et* 9. Quomodo et partiale seu semiplenum jus civilitatis attribuitur illis, qui saltem sunt *incolae*, h. e. qui in aliquam regionem, sine intentione discedendi, domicilium, i. e. larem, rerumque ac fortunarum suarum summam *d. l.* 7. *c. de incol.* contulerunt et vel in oppido morantur, vel in oppidi finibus ita agrum habent, ut in eum se quasi in aliquam sedem recipiant, *l.* 239. *ff. de v. s.* Hic enim saltem emunt, vendunt, contrahunt, foro, balneo, spectaculis utuntur, festosque dies celebrant, prout loquitur Ulpianus *in l.* 27. *ff. ad municip.* ac proinde veri ac pleni cives non sunt, sed iis opponuntur *d. l.* 7. *c. de incol.* Idem est in illis, qui dicuntur *privilegiati.* Cum enim hi proprie non sint cives, quia quoad onera civium conditionem non subeunt Mev. *p.* 3. *dec.* 268. *n.* 1. *et* 4. *et p.* 3. *dec.* 184. Philipp. Hippol. de Marsil. *singular. opin.* 519. Decius *consil.* 283. *n.* 2. *et* 457. *n.* 15. pleno jure civilitatis gaudere dici nequeunt.

12 §. 10. Quamvis autem ipsa vox *civilitas* in corpore nostro juris non reperiatur, atque ipsis doctoribus in significatu ultimo, jam a me tradito usitatior sit, quam quatenus nostrae inservit tractationi; vix tamen aliam saepius occurrentem videas voce *civilis* vel *civile et civiliter.* Uti vero *civilitatis* non una datur significatio, ita et harum vocum in jure nostro longe majorem dari homonymiam, neminem, licet non dudum salutaverit sacram Themidem, fugiet.

13 §. 11. Sic, qua ratione *civile* opponitur ei, quod *naturale* dicitur, satis patescit ex distinctione illa omnium primo ab imperatore sacratiss. tradita inter jus *naturale, gentium* et *civile.* Deinde inter vinculum seu cognationem *naturalem* et *civilem.* Inter obligationem naturalem et civilem; inter solutionem seu liberationem ab obligatione naturalem et civilem. Inter possessionem naturalem et civilem, possessionisque ac praescriptionis interruptionem naturalem et civilem. Sic *diem* naturalem a civili distingui in hoc, quod *ille* a solis ortu et occasu *hic* vero a media nocte hora 12. incipiat, in sequentemque noctem mediam finiat, innuit. *l. more romano.* 8. *ff. de feriis.* Pari modo *civilis* causa sive actio differt a *criminali*, quod *illa* sit, cum poena pro delicto commisso imposita parti laesae concedatur; *haec* vero, quando poena fisco defertur. Robert. *lib.* 4. *sentent. jur. cap.* 9. Quomodo *civile* opponatur voci *militare, ecclesiasticum*, et similia, cum non sint hujus loci, rectius praetereo.

14 §. 12. Alio et quidem non multum alieno a scopo nostro significatu sumitur in jure vocabulum *civile* pro eo, quod ad officium civis alicujus pertinet, vel civilis moris est, indeque studia institutaque civilia h. e. ad civium societatem, civilitatisque statum pertinentia, quo sensu, mores civiles, civiliterque quid fieri a Cicerone *lib.* 1. *offic.* dictum: cum autem civitatis status tuendi ratio inprimis exposcat, ne quid contra ea, quae publicae utilitatis sint, fiat; id, quod ita factum est, *civile* vocari invaluit; quod vero contra utilitatem publicam, civilique societati exitiosum foret, *incivile* dictum est. Calvin. *Lexic. sub voce civile.* Unde in *l. civile.* 8. *c. de furt.* dicitur civile esse, si quis a te exigit, ut rei, quam tu possides aut habuisse fateris, auctorem seu venditorem a quo eam habes, exhibeas: cum si a transeunte et ignoto te emisse dixeris, non conveniat volenti evitare suspicionem bono viro alienam; sed si hoc sufficeret dixisse, intervertendarum propriarum cujusque rerum occasio maxima praeberetur, quod civitati maxime perniciosum est. Quamobrem *civiliter* agere dicitur, qui contra utitur, simulque suam et publicam tuetur utilitatem.

§. 13. E contra vero *inciviliter* illum agere sive *in-* 15
civilem rem desiderare dicunt imperatores Severus et Antoninus in *l. incivilem.* 2. *c. d. tit.* qui rem mihi furto ablatam, postquam eam a fure emit atque furtivam agnovit, restituere denegat, antequam pretium a me persolutum; eam publice interest, alienarum rerum interceptoribus praecludi viam, qua rerum ablatarum pretium consequantur, et cum pecunia inde redacta facilius effugiant. Quo ita, si ab aliis quam notis et spectatae fidei hominibus emere nemini sit tutum, cautius quisque negotiari discat. Pari ratione et ab Ulpiano *medicorum* illud reipublicae haud dubie perniciosum factum nominatur *incivile*, quando nonnulli illorum aegrotantis infirmitatem consulto, sed conscientiae suae male consulentes, protrahunt, vel periculum majus per adversa medicamina inferunt, quo aegroti loculos exhauriant, et eo amplius quid corradant. *l. si medicus.* 3. *ff. de extraord. crim.* Paulo convenientius adhuc scopo nostro Celsus utitur vocula *civiliter. in l.* 9. *ff. de servit.* ubi: si cui simpliciter via per fundum cujuspiam cedatur vel relinquatur, in infinito (videlicet per quamlibet ejus partem) ire, agere licebit; addita limitatione hac solemni, *civiliter* modo, sive ut, Brissonio teste, alii legunt, *civili modo* h. est cum aliquo temperamento; prout verba legis id satis innuunt, quod scil. quaedam in sermone tacite excipiantur, si quidem non per villam ipsam, nec per medias vineas ire agere sinendus est. cum id aeque commode per alteram partem facere possit, minori servientis fundi detrimento.

§. 14. Licet igitur non in totum hoc significatu con- 16
venire videatur cum eo, qui nostrae est tractationis, dum a dd. communiter civilis hic modus capitur pro benigna rei alicujus, contra simplicem verborum sensum, interpretatione, secundum eos, quae subintelligi debent, seu quando quaedam tacite (benignitatis intuitu) excipiuntur; in tantum tamen coincidit, quatenus et ille, qui non civili modo via sibi in alterius fundo concessa ex praescripto *legis cit.* 9. utitur, contra civilitatem impingere et incivilis dici potest.

§. 15. Neque hoc sensu a *civilitate* differunt aut cer- 17
te inter cognata referenda 1. *urbanitas*, quae plerumque ethicis dicitur virtus moralis in conversatione civili, jocando modum observans; imo ab ipso Wendelino *in philos. moral. lib.* 1. *c.* 19. inter species civilitatis refertur. Licet proprie saltem primitus lepiditatem sermonis urbis Romae non aliorum oppidorum urbanitatem denotasse, quemadmodum Atticismus elegantiam sermonis Athenarum, tradatur in *not. turnebi ad Quintil. inst. orat. lib.* 6. *c.* 3. Jatis quoque non inusitatum est vocabulum *urbanitatis*, eo sensu, quo nos civilitatem capimus. Sic ipse Gothofredus *ad l.* 5. §. 2. *c. de necess. serv. haered. inst* ex ibi allegato Baldo asserit; quandoque aliquid ex *urbanitate* (h. e. civilitate) praestandum esse, quod obligationis necessitate quidem non debetur.

§. 16. Pari modo 2. Vocabulum *humanitas*, quae 18

alias dicitur virtus moralis in conversatione seria oblectando modum observans, indeque illa virtus, quae propria hominis erga hominem, ut civilitas civis est erga civem, *civilitatem* quandoque denotat. Quemadmodum enim homines in mutuum adjutorium nati sumus, et alter alteri Deus esse debet, si suum officium facere velit, ei latissime patent fines; ita, misereri alterius, levare adversam fortunam, consulere inopiae, adjuvare labores et opem ferre; studere assidue, ne quem offendas, aut laedas temere, ac parcas potius ac serves, nec quicquam in quempiam statuas temere, quod tibi ipsi nolis fieri; deinde ferre aliorum errores: peccatis ignoscere, recordando, te quoque hominem et obnoxium talibus esse, id erit diceturque *humanitas;* atque sic non differet a *civilitate*. Quomodo *Alexander Macedo* legatos a Corinthiis missos invitatione aliaque humanitate prosecutus dicitur, Senec. *lib.* 1. *de benefic.* et Pompejus, quod tanta fuerit *humanitate*, ut difficile dictu sit, utrum hostes magis virtutem ejus pugnantem timuerint, an mansuetudinem victi dilexerint, Ciceronis *orat. pro Manil.* Ita et hospites in civitate *humaniter* tractandos, non oneribus gravandos tradit Mev. *ad jus lub. lib.* 1. *pag.* 113. Quamvis in jure nostro vocab. *humanitas* frequentius etiam pro eo sumatur, ut idem denotet quod *aequitas* seu *benignitas*, prout videri licet ex. *l.* 9. *c. de impuber. et al. substit.* Item ex *l.* 16. §. 1. *ff. de compensat.* Ubi debitum sub die vel conditione suspensum, quod alias non potest adduci in compensationem juxta *l.* 7. *ff. eod.* compensari potest, si dies saltem *humanitatis* gratia est adjecta.

19 §. 17. Sicut vero inter *humanitatem* et *comitatem* magna intercedit cognatio, et saltem in hoc differre dicuntur, quod humanitas tristior, comitas vero non nisi laeta et suavis esse possit, Jovian. Pontan. *libr.* 1. *de sermon. cap. ult.* indeque communiter jungi soleant; prout apud Cornel. Nepot. dicitur in Miltiade fuisse cum summam *humanitatem*, tum miram *comitatem*, ut nemo tam humilis esset, cui non ad eum aditus pateret. Ita et *comitatis* vocem pro *civilitate* quandoque usurpari non inusitatum est. Qua ratione et fabro is dicitur *comis*, qui in omni sermone ac cultu vitae facilis, jucundus atque amoenus est. Veluti *Svetonius* de Vespasiano refert, quod super coenam et semper alias commissus multa joco transegerit, in *Vespasiano cap.* 22.

20 §. 18. Sed haec circa vocem *civilitas* monuisse sufficiat. Paucis nunc quoque de voce *nociva*; quam verbo *nocere* natales suos debere, nemo in dubium vocabit. Per hoc vero nihil aliud indigitari, nisi damnum inferre, pariter notorium est. Sic *non licere alteri commodi sui causa nocere* ipsi Ciceroni *de offic.* usitatum est. Ita et Seneca *epist. libr.* 1. dicit: *errat si quis putat Deos nocere posse.* Et *libr. de tranquill. Serpunt vitia et in proximum quemque transiliunt et contactu nocent.* Et, quod factum alterius non debeat nocere ei, qui nihil fecit, traditur in *l.* 5. §. 5. *ff. de oper. nov. nunciat.* Unde et participialiter usurpatum toties quoties occurrere, non minus certum est. *ex. l.* 5. *ff. de poen.* Ubi, *satius esse dicitur impunitum relinqui facinus nocentis*, (licet ibi idem denotet, quod sontem seu reum) *quam innocentem damnare*, atque ex aliis locis. Quomodo et Seneca *lib. de constant. sapient. cap.* 7. satis prudenter asserit; nocentem quempiam fieri posse, licet non noceat. Pari modo *nocivum* inde dici illud, ex quo alicui damnum existere potest, atque sic *civilitatem nocivam* nominari posse, si quis illam in sui nocumentum adhibeat, nemo ambiget.

§. 19. Synonyma vocis *nociva* sunt, *damnosa detrimentosa*, *noxia*, ut quae ab hoc dicta, quod damnum, seu detrimentum aut noxia inde nobis inferatur. Quamvis vocula *noxia*, si substantive capiatur, idem sit quod culpa seu delictum, quomodo Terent. *in Eunuch. act.* 5. *scen.* 2. Unam hanc noxiam mihi mitte, seu remitte. Cui in jure opponitur *noxa*, sive corpus quod nocuit §. 1. *inst. de noxal. act.* licet haec differentia non sit perpetua; cum quandoque idem sit, quod poena delictum subsequens, qua ratione in jure illud quod nocuit noxae dedere dicimus *l.* 1. §. *interdum ff. si quadrup. l.* 2. *et* 17. *ff. de noxal. act.* 21

§. 20. Ex illis quae hucusque circa vocabulorum explicationem separatim proposui, in obscuro esse non credo, quid per *civilitatem nocivam* hic loci velim intellectum; quodsi nihilominus descriptionem thematis nostri quis urserit, hanc sufficere posse credo: quod sit *officium humanitatis bona intentione alteri prompte exhibitum, sed in exhibentis damnum vergens.* 22

§. 21. Membra hujus descriptionis per se patent. Per *officium humanitatis* descripsi; ubi non praecise per *officium* necessitatem aliquam praestandi, vel faciendi indigito, prout vox illa capitur in *l.* 2. *ff. de inoff. testam. l.* 38. *ff. de relig. et sumpt. funer.* Quorsum et referenda acceptio Dn. Pufend. *de offic. homin. et civis juxta leg. natur.* Sed spontaneam exhibitionem illius, ad quod humanitas me adducebat, etiam citra ullum vel civile vel naturale vinculum. Dixi porro, *exhibitionem debere esse factam bona intentione;* nam si quis fraudulenter, sub colore civilitatis, commoda sua promovere velit cum incommodo alterius, si ex eventu in ipsum redundet laesio, non civilitati suae hoc adscribet, sed fraudulentae machinationi; ut hinc damnum, quod tali sua civilitate sentit, ne quidem sentire intelligatur. *argum. l.* 203. *ff. de reg. jur.* Adjeci ultimo loco, quod *exhibitio illa civilitatis in damnum alterius vergat*, quod evenit interdum vel ex natura negotii, ubi quis inconsiderata civilitate se immiscet rebus alienis cum suo incommodo, quo casu pariter culpae annumeratur immiscere se rei ad se non pertinenti, per *l.* 36. *ff. de reg. jur.* Interdum vero ex perversa interpretatione vel aliorum, vel etiam illius, cui civilitatem exhibemus. Quorsum apprime facit monitum illud Jcti: quod quaedam sint talia, ut statim facto suo noceant, quaedam talia, ut inpraesentiarum quidem nihil noceant, in futurum autem nocere debeant. *l.* 2. §. 31. *ff. ne quid in loc. publ.* 23

§. 22. His circa indolem civilitatis nocivae praemissis, antequam ad speciales juris nostri casus me conferam, praejudiciale thema quoddam mihi necessario enucleandum esse video: *an si quis alteri officiis suis prodesse possit, sibimet ipsi vero hoc nociturum cognoscat, officia sua alteri praestare obstrictus sit?* Seu brevius; et quod ad idem recidit: *an quis occasione oblata, cum damno etiam suo alteri inservire aut prodesse necesse habeat?* 24

§. 23. Ad decisionem hujus quaestionis quod atti- 25

net, pro affirmativa absolute amplectenda egregia quidem, quod fateor, facere videntur verba Senecae tamquam ethnici satia pia, quae protulit *lib.* 3. *de benef. cap.* 15: Generosi animi et magnifici est, juvare et prodesse; qui dat beneficia, Deos imitatur, qui repetit, foeneratores. Quae verba eo majori sunt veneranda dignitate, quo magis conveniunt cum sacra pagina. Adstipulatur enim iisdem Paul. *ad Galat.* 5. *v.* 13. *et* 14. dicendo, *per amorem alter alteri inserviat, et diliges proximum tuum sicut teipsum*: adeo ut in hoc *omnem impleri legem* asserat ibidem. Quod jam antea aliquoties inculcaverat ipse Salvator, ut videri potest *Matth. c.* 5. *in fine*; *et c.* 19. *v.* 19. et alibi.

26 §. 24. Sed cum grano salis haec et similia loca plura capienda, nec ita simpliciter ac sine distinctione admittenda esse reor. Enimvero verba ista Pauli nihil aliud intendere, nisi ut charitatem ac benignitatem erga proximum quovis modo ita nobis inculcent et suadeant, ne sc. laedatur proximus, nullo afficiatur damno, ne lites aut rixae absque causa ipsi moveantur, neque otiosi calamitatum ipsius simus spectatores aut dissimulatores, sed eidem data occasione pro posse inserviamus, evidentissime patescit, cum ex allegato *cap.* 5. *ad Galat. v.* 13. tum aliis sacrae Scripturae locis. Minime vero ut proximo ita prodesse tenemur, quo inde nobis aliquod damnum inferatur. Unde dn. Puffend. *de j. n. et g. lib.* 2. *c.* 5. §. 14. verba illa Sacrae Scripturae explicanda dicit, non tam de gradu dilectionis, quam de ejusdem sinceritate, quod nemo seipsum ficto aut fucato amore prosequatur.

27 §. 25. Ex eo tamen non sequitur: si dilectioni propriae et dilectioni proximi simul non possit satisfieri, illam huic cedere debere; potius tunc amor sui praeferendus amori alterius, modo sine injuria ipsius fiat, h. e. sine juris quaesiti ereptione. Dn. Schilter. *in Manud. phil. Moral. ad veram jurisprudentiam cap.* 5. §. 15. Quo facit monitum illud non contemnendum Gregor. *in Hom.* dandum scilicet esse ita, quod nec alteri nec tibi noceat. Et verba illa Senecae. *lib.* 2. *de benef. cap.* 15. Nunquam in turpitudinem nostram reditura tribuamus. Cum summa amicitiae sit, amicum sibi aequare, utrique simul consulendum est. Dabo egenti, sed ut ipse non egeam. Succurram petituro, sed ut ipse non egeam: nisi futurus ero magni hominis aut magnae rei merces. Ex qua ratione et alibi Seneca asseruit; neminem sibi ipsi beneficium dare, sed *naturae suae parere*, a qua ad charitatem sui compositus est, indeque eidem summam curam esse nocitura vitandi, pro futura appetendi. Unde nec liberalis dici potest, qui sibi donat, nec clemens qui sibi ignoscit, nec misericors qui malis suis tangitur. Quod aliis praestare liberalitas est, clementia, misericordia, id sibi praestare *natura* est. Beneficium res voluntaria est; at prodesse sibi necessarium est, *id. l.* 5. *cap.* 9. Videndum est igitur, ut ea liberalitate ac benignitate utamur, quae prosit amicis, nemini noceat. Cicer. *lib.* 1. *de offic. c.* 14.

28 §. 26. Accedit hoc, quod ipsa natura inter homines cognationem quamdam constituerit, teste Jcto florentino in *l. ut vim* 3. *ff. de just. et jur.* Quo ipso indigitari evidenter puto illud socialitatis vinculum inter homines, quo tamquam novo invento sibi haud pauci blandiuntur, cum tamen socialitas ex cognatione illa communi hominum oriatur, nec vinculum illud philosophorum principi ignotum fuerit. Supposito ergo arctissimo nexu ex socialitate illa fluente, id quidem sua sponte sequitur, quod alter alterius commoda promovere teneatur, non tamen cum incommodo proprio. Ordinata enim charitas a se ipsa initium capit, per famosam *l. praeses* 6. *c. de servit. et aqu.* Ergo quisque sibi proximus, nec cognatus a cognato exiget unquam, quod sine incommodo communicare nequeat. Unde illaeso socialitatis vinculo quis alteri non tantum denegat, quod sibi nocere valeat, sed et injuste auferenti resistere et vim inferre potest: stultus enim foret, propriaeque salutis ignarus proditor, qui hosti, quamdiu talis persistit et hostilia exerceat, parcit, et frustra perire quam perdere mavult; socialitas enim ad salutem universorum spectat; absurde vero societas inter homines fingeretur injurias perferendi et se libidini alterius exponendi. Conf. dn. Puffend. *dict. tract. lib.* 2. *cap.* 2. §. 3. *et seqq.*

29 §. 27. Pariter ad praeliminaria materiae nostrae pertinet. *An homo homini ex valida quadam obligatione ad civilitatis officia exhibenda teneatur*? Dum *validae obligationis* mentionem feci, non propositum mihi est, naturale hominis vinculum ad benefaciendum inquirere; haec enim humanitatis officia prudentissimus Romanorum Cicero jam abunde exposuit in *libris de officiis*, ad quos vid. clariss. dn. Rachelii *commentarium*. Optime in illam rem dn. Puffend. *lib.* 3. *t.* 3. §. 1. „ Enimvero parum est, alte„ rum non laesisse, aut aestimationem debitam ei non „ detraxisse, per quae justa dumtaxat odii causa re„ movetur. Boni quoque aliquid in alterum est con„ ferendum, siquidem arctiore adhuc vinculo animi „ hominum sunt conjungendi. Nec socialitatis debi„ tum exhausit, qui infesto aliquo, aut ingrato facto „ me abs sese non protelavit; sed aliquid proficui „ praestari debet, ut alios quoque naturae meae par„ ticipes in hisce terris degere gaudeam. Simulque „ necessitudo et cognatio, a natura inter homines „ constituta, mutuis officiis exercenda. Et magis ad scopum nostrum idem auctor. *d. l.* §. 3. sequentibus sententiam suam exprimit: „ Magis definite quis aliis „ inservit, si certis hominibus aliquid indulgeat, „ quod ipsis utilitatem quampiam possit afferre. Id „ quod saepe citra nostrum detrimentum, aut mole„ stiam, laboremque fieri potest. Quale quid alteri „ denegasse aut invidisse, detestanda malignitas et „ inhumanitas habetur. Et merito canibus ejusmodi „ homines comparantur, qui foeno incubantes, quo „ vesci nequeunt, boves eodem accessuros morsu a„ bigunt. Sic quae inhumanitas foret, si ego rem a„ liquam possidere non amplius velim, propter ni„ miam copiam, aut quia asservatio ejus mihi mole„ sta est; eam non potius integram relinquere, ut „ aliis usum praebere possit, quam eamdem corrum„ pere? „

30 §. 28. Id potius nobis propositum, indagare, *an civilis quaedam obligatio, utpote quae Jctis demum valida dicitur, hic concurrat, qua tandem in judicio conveniri possis, ut invitus quoque mihi benefacias?* Et hoc generaliter affirmari videtur a Paulo Jcto in *l.* 2. §. 5. *ff. de aqu. pluv. arcend.* Ubi primo labeonis sententia adducitur: *neminem cogi posse*

ut vicino prosit, sed ne noceat, aut interpellet facientem, quod de jure facere potest; Paulus tamen postea aequitate motus, deficiente directa, utili actioni locum facit, qua vicinus obstringatur ad id, quod mihi quidem prodesse poterit, alteri vero nihil nociturum est; subjecto solemni epiphonemate; *haec aequitas suggerit et si jure deficiamur*. Ex quo πολυθρύλλητον illud dd. originem cepit: *quod tibi non nocet, mihi vero prodest, ad hoc poteris compelli*. A quo non absonum illud Ulpiani in *l.* 1. §. 11. *ff. eod. prodesse sibi unusquisque dum alii non nocet, non prohibetur*. Huic quoque principio innititur aequissima illa *ad exhibendum actio*. Hac enim contra illum agitur, qui neque ex contractu, neque ex delicto nobis obligatus, interim tamen nobis ad exhibendum eapropter obstringitur, quod ipsi exhibitio non noceat, actori vero prosit. Dn. Brunnem. *repet. Wesenb. tit. ad exhibend. qu.* 3. Struv. *in syntagm. d. tit. th.* 31.

31 §. 29. Verum negamus, validum jus compellendi adesse in actore, quin in hoc solo se fundat, quod sibi prosit et alteri non noceat. Utut enim hic humanitatis officia expleat, commodum alterius sine suo nocumento promovendo; non tamen prodita eo nomine actio, qua ad id compelli possit. Sed potius pudori ejus hoc relinquitur, quod hoc passu boni viri officium non expleverit, uti de ingrato civilitatis aestimatore κτιδωρα praestare nolente asserit Sutholt. *Dissert.* 12. §. 17. *et* 18.

32 §. 30. Nec contrarium evincit *d. l.* 2. §. 5. *ff. de aqu. pluv.* si enim accuratius inspiciatur contextus, non ibi agitur de compulsione ad exhibitionem alicujus officii, vel praestationem facti, sed tantum de praestanda patientia, ut ego faciam quod mihi utile, et alteri non nocivum. Eo nomine enim ibi interdicto locum fore dicitur *ne facienti vis fiat*; non vero actioni, ut alter in nostri commodum quid faciat. Jura quippe facilius ad patientiam quam factum obligant; nec indulgent malitiae alterius, qui nostra commoda sine suo incommodo impedire cupit *l.* 38. *ff. de rei. vind.* unde et civilem usum servitutum commendant *l.* 9. *ff. de servit.*

33 §. 31. Et ad hanc patientiam referendum puto solemne illud *jus innoxiae utilitatis*, seu jus exigendi illa, quae petenti proficua, exhibenti vero non molesta. Haec enim, qua necessitatem juris continent, plerumq; in patiendo consistunt. Latius quidem illa extendit Cicero, quando *lib.* 1. *offic.* sequentia proponit; omnia communia hominum videntur ea quae sunt generis ejusdem, quod ab Ennio positum in una re, transferri per multas potest. *Ut homo qui erranti comiter monstrat viam, quasi lumen de suo lumine accendat facit, ut nihilominus ipsi luceat, cum illi accenderit.* Una enim ex re satis percipitur, ut quicquid sine detrimento possit commodari, id tribuatur cuique vel ignoto. Ex quo sunt illa communia: non prohibere aquam profluentem, pati ab igne ignem capere, si quis velit: consilium fidele deliberanti dare; quae sunt iis utilia, qui accipiunt, danti non molesta. Quare et his utendum est et semper aliquid ad communem utilitatem afferendum. Sed quoniam copiae parvae singulorum sunt; eorum autem, qui his egeant, infinita est multitudo: vulgaris liberalitas referenda est ad illum Ennii finem, nihilominus ut ipsi lucent, ut facultas sit, qua in nostros simus liberales.

§. 32. Verum quis non videt, Ciceronem illa quae 34
ex mera civilitate expediuntur, conferre cum illis, quae ex juris necessitate fiunt? *Illuc* refero facta ibi recensita: *huc* vero quae in patiendo consistunt. Si enim erranti viam monstrare nolis, impudentis ac rusticani genii labem contrahes; civili vero vinculo non obstrictus eris, nec inde actione quadam pulsari poteris. Non enim proditum alteri jus est, quo alterum ad virtutem compellat. E contrario si pati nolis, quod mihi proficuum, tibi vero non incommodum, mihi de facto contra patientiam jure illo usuro interdictum competet, *ne mihi vis fiat, arg. d. l.* 2. §. 5. *ff. de aqu. pluv.* Quorsum referri meretur decantata illa politicorum materies de *transitu innoxio* per alterius territorium, de qua an justam belli causam praebeat ejus denegatio, adeo prolixe controvertunt. Sed decisionem ex superioribus sumendam puto; si transitus omnino innoxius, ita ut alter nil quicquam praeter patientiam conferre teneatur, illum armis vindicari posse, de quo egit Grot. *de j. bell. et p. lib.* 2. *cap.* 2. §. 13. et commentatores ad illum locum. 35

§. 33. Satis exinde apparere arbitror, ad civilita- 36
tem vel officia humanitatis exhibenda regulariter alterum compelli non posse, nisi ut praestet patientiam, et promotionem commodi alterius non impediat; si vero non faciat, quae pudor, ut faceret exigebat, sua ipsum damnabit conscientia; sed in foro non dabitur juris remedium contra omittentem; nisi speciali quodam obligationis nexu mihi ad faciendum sit obstrictus: inde tutor, administrator, mandatarius et omittendo peccant et ob id in judicio conveniri possunt, quod speciali suae obligationi non satisfecerint. Et ad hoc pertinent proprie illa dd. themata; an quis in re aliena majorem diligentiam impendere teneatur, quam in sua; imo an ut diligentissimum se exhibeat, necessum sit, de quo praeter alios vid. Francisc. Bordon. *tract. de opin. probab. in concursu probabilior. c.* 7. *n.* 27.

§. 34. Ex his omnibus jam constare autumo, nullo 37
juris vinculo adstringi me ad hoc, ut alteri humanitatis officia exhibeam cum meo damno. Quamvis enim hic excipiant aliqui, videndum esse, an levi quodam damno magnum alterius commodum promovere possim, et tali casu ex amore erga proximum leve damnum subeundum, ut alteries insigne lucrum promoveatur. Verum minus caute hoc asseri credo. Aut enim proximus damnum mihi contingens sufficienter resarcire vult, aut non. *Illo* casu concedo sentiam affirmativam, sed ita damnum desinit esse tale, cum abunde mihi compensetur, et qui hanc compensationem admittere nolit, illum socialitatem omnem exuisse, et improborum civium consortio adscribendum esse credo. *Hoc* vero casu, si resarcire nolit, et tamen cum meo incommodo commoda sua promovere velit, penitus non obstringor, ut incommodum subeam, et ita ex mea civilitate damnum sentiam, quo fine iterum repeto, quod in *l.* 2. §. 5. *ff. de aqu. et aq. pluv.* cautum: neminem cogi posse, ut vicino prosit, sed ne noceat. Ergo nec alter captare lucrum debet cum meo damno, contra *l.* 206. *ff. de r. i.*

§. 35. Ibi forte dispar ratio foret, si casum conci- 38
piam non de proximo lucrum captante, sed pariter

damnum aliquod majus evitare cupiente; annon sic quis leve damnum in se suscipere teneatur, ut a graviori alter liberetur? Et hoc ex charitate christiana affirmarem, si damnum ratione mei exiguum sit, quod aliter reparari possit, alteri vero grave damnum, praesertim irreparabile, imminere viderim, quod tali modo praecaveri possit. Nondum tamen existimo, me juris vinculo obstrictum esse ad hoc faciendum, nec ulla actio hoc nomine prodita.

39 §. 36. Non ignoti quidem casus sunt, ubi quis et in jure nostro omittendo peccat, et ob omissionem ad damni reparationem alteri obligatur. Omissio enim culpae annumeratur. Unde culpam aliam commissionis, aliam omissionis vulgo statuunt dd. Dn. Struv. *dissert. de dolo et culpa thes.* 59. Sic conductor omittendo defensionem rei conductae obligatur *l.* 13. §. 7. *ff. locat.* Qui novit aliquid fieri, et prohibere potest, non tamen prohibet, tenetur arg. *l.* 50. *ff. de r. i.* imo omissio tituli honoris quandoque pro injuria reputatur Mev. *p.* 5. *dec.* 259. *n.* 4. Qui enim non facit quod facere debet, videtur facere adversus ea,
40 quia non facit *l.* 121. *ff. de r. i.* Verum nunquam omissio peccatum continebit, nisi aliqua praecesserit ad faciendum obligatio; quae in contractibus semper, salvis tamen diligentiae gradibus, occurrit. *vid. supr.* §. 33. In delictis vero non aliter, nisi vel pariter ex certo quodam vinculo prohibere teneat, vel lex prohibitiva adsit in contrarium, quae et omissionem poena dignam judicet. *vid. l.* 1. *c. de his qui latron. occultav. l.* 5. *c. ad l. jul. maj. l.* 3. *de sepulchr. viol. l.* 8. *c. ad l. jul. de vi publ.*

41 §. 37. Qui ergo omittit hoc, ad quod alteri non obligabatur, non peccat. Qui vero ex intempestiva quadam humanitate illud omittit, quod sibi ipsi debebat, in se ipsum omnino injurius est. Unde qui ex modestia et civilitate vim vi non repellit, quod omni jure permissum *l. ut vim.* 3. *ff. de instit. et jur.* ipse sibi nocet: quod praecipue tunc obtinet, si ex vi inferenda damnum irreparabile nobis immineat. Verissimam 42
enim puto sententiam, defensionem vitae suae esse juris naturae praeceptivi; ut qui eam omittit, contra jus naturae peccet, quia vitae suae conservationem negligit. Molin. *de i. et i. tract.* 3. *disput.* 13. Et talem hominem, qui ita patiens est, reum gehennae esse, dicit Marius Salomon. *repetit. l.* 3. *n.* 15. *ff. de i. et i.* Lederer. *de bello privat.* Conf. dn. Charisius, consul. Stralsundens. meritiss. *disp. de for. conscient. c.* 6. *n.* 76. Nec quicquam attendendum puto, an is qui 43
invadit, sit homo scelestus, invasus vero homo probus et in statu gratiae, ut loquuntur, constitutus. Quamvis enim non paucis hoc casu placeat, parcendum esse animae invasoris, utpote quae hac internecione certissime ad orcum ablegatur. Maxime tamen intempestivam et nocivam civilitatem existimo, hac ratione saluti alterius consulere velle, et vitam suam perdere. Incertum enim omnino est, an alter hoc pacto aeternae salutis particeps futurus; revera enim, si dicendum quod res est, in hoc cardo negotii consistit: an debeam permittere, ut homo scelestus homicidium committat, quo aeternae salutis compos fiat: numne potius ita cumulat peccata et auget sibi supplicium aeternale? Et quae tandem illa foret justitia, ut vitam innocentissime perdam, quo tantum nocentissimus homo servetur ad incertam adhuc conversionem? Conf. Celeberr. Dn. Ziegler. ad Grot. *l.* 1. *cap.* 3. §. 3. *verb. deinde morali judicio.* Fagundez. *ad decalog. l.* 5. *cap.* 3. *n.* 1. *seqq.* Idem juris esse reor, si vim pudicitiae inferendam sustinere malit puella, quam scortato rem occidere.

CAPUT II.

De civilitate nociva, circa statum personarum civilem.

SUMMARIA

Qua ratione circa statum hic locum inveniat civilitas? n. 1.
Status quotuplex? n. 2.
De jure vitae et necis dominorum in servos. n. 3.
De servo in crimine deprehenso. n. 4.
Civilitas dominorum erga servos nociva. n. 5.
Non tamen indistincte. n. 6.
De servo vendito ut durius tractetur. n. 7.
De jure dominorum in servos hodiernos. n. 8.
An hic civilitatis ratio habenda? n. 9.
De verberibus servis illatis. n. 10.
De domino ex civilitate plus mercedis solvente. n. 11.
An nobili in servos conductos idem liceat quod in subditos? n. 12.
Distinguitur inter contractum. n. 13.
Et delictum. n. 14.
De servo obtemperante domino in rebus turpibus atque illicitis. n. 15.
Rustici cauti sunt, ne civilitate sibi noceant. n. 16.
Cautio ne noceat civilitas. n. 17.
Successoribus nocet civilitas. n. 18.
Civilitas in non indicendo operas. n. 19.
De civilitate erga rusticorum liberos. n. 20.
Liberi parentibus ad omnem civilitatem tenentur. n. 21.
Nimia liberorum civilitas quandoque nocet. n. 22.
De vassallo non succurrente. n. 23.
Domino contra patrem. n. 24.
De parentum civilitate erga liberos, quandoque nociva. n. 25.
De civilitate nociva circa nuptias. n. 26.
Et quidem primo ante illas initas circa sponsalia. n. 27.
Sponsaliorum derivatio. n. 28.
An ex conversatione praesumantur sponsalia? n. 29.
De verbis amatoriis. n. 30.
An inde oriatur clandestina desponsatio? n. 31.
De promissione virginis ad nimiam instantiam facta. n. 32.
De filia ex civilitate tacente. n. 33.
Quid de silentio filiifamil.? n. 34.
Quatenus attendatur metus reverentialis? n. 35.
Actus civiles et amatorii post pubertatem an confirment sponsalia impuberum? n. 36.
Civilitas nociva in tutela. n. 37.
Nociva tutori civilitas, si se facile immisceat. n. 38.
Quid in agnato? n. 39.

An quilibet actus involvat tutelae susceptionem? n. 40.
De tutela promissa. n. 41.
Offerens se ad tutelam tenetur ad culpam levissimam. n. 42.
Affectata tutela non potest recusari. n. 43.
Nociva est remissio rationum tutelarium. n. 44.
An valeat? n. 45.
De remisso inventario. n. 46.
Tutor non sit nimium civilis in pupillum. n. 47.
An habeat jus castigandi? n. 48.
Naevi tutorum. n. 49.
In exactione nominum nocet civilitas. n. 50.
Urgendi debitores. n. 51.
Civilitas erga contutorem nociva. n. 52.
Quatenus tutor de facto contutoris teneatur? n. 53.
De divisa tutela. n. 54.
An obligetur tutor finito officio? n. 55.

1 §. 1. Non incommode quidem sub ingressu hujus dissertationis tractari posset, civilitas nimia quatenus in conversatione civili ac congressu familiari nocumento esse queat. Verum lubet in praesenti, methodo ab imperatore Justiniano nobis praescriptae insistere, qui in elementis jurisprudentiae proponendis primo personarum jus exponit, quatenus illud *statum* respicit, hoc est, condictionem hominis civilem ob quam diverso jure communi utitur. Verum cum alius status hominis *politicus* sit, seu conditio illa, ob quam alter altero in republica dignior est, aut in majori eminentia ac existimatione vivit, hic vero quam maxime noceat esse civilem, de hoc statu politico sequenti capite speciatim acturus sum.

2 §. 2. Statum vero *civilem* seu juris civilis quod concernit, vulgo distinguitur ille in statum *libertatis, civitatis et familiae.* Quapropter paucis, qua ratione civilitas vel humanitas nimia hic aliquando nocumento esse possit, proponemus.

3 §. 3. Primo itaque se sistunt, *domini et servi. Illis* tanta quondam in servos patuit licentia, ut et vitae necisque jus ipsi tribuerint veterum JI. conditores, quae dura conditio usque ad Antonini tempora duravit; ubi sub. l. Corneliae poena hoc jus dominis ademptum, de quo *in* §. 1. *et* 2. *inst. de his qui sui vel al. jur.* Quamvis existimem ego, per hanc Antonini constitutionem non penitus vitae jus dominis ademptum fuisse. Ipse enim imperator in *d.* §. 2. notanter dicit: *non licere dominis sine causa legibus cognita in servos supra modum saevire*; ex quibus apparet, saevire permissum esse dominis in servos,
4 sed non nimium. Ultra modum vero saevire licebit, si causa legibus cognita praecedat; huc refero, si servum in facinore deprehendat dominus *l.* 96. *ff. de v. o.* e. g. in adulterio *l.* 24. *pr. ff. ad l. jul. de adulter.* Nec est, quod dixeris: nihil singulare ita in servo fore, cum et non servum, extra dignitatem tamen constitutum in adulterio deprehensum occidere fas sit *d. l.* 24. Resp. enim, hoc interesse, quod in solo adulterio et certo modo in furto nocturno non servi occisio impunita sit; sed si servus fuerit etiam in alio crimine deprehensus, occidere eumdem castigando licebit. Relicta enim domino castigatio servi, nullibi vero majori castigatione dignus, quam si in flagranti crimine deprehendatur. Quod si ergo dominus tali casu servum castigare intendat, sed excedat forte et ita mors inferatur, nullum criminis metum servo mortuo sustinet. *l. un. c. de emend. servor.* Quod nec juri divino refragari puto, ob evidentem dispositionem *Exod* 21. *vers.* 18.

§. 4. Ratio rigidi juris dominici praecipue in eo 5
consistebat, quia servi conditionis suae pertaesi jugum hoc quocumque modo declinare cupiebant, adeo, ut nec ipsorum dominorum vita in servis tuta fuerit. Non ignotum enim vulgatum illud, *quot servi tot hostes.* Ob quam causam creditum, omnem civilitatem dominorum erga servos nocivam esse. Unde Plato *de ll. lib.* 6. castigandos et caedendos esse servos dicit, non vero ita monendos ut liberi, ne molliores fiant. Alloquio omnis ad servos quodammodo imperium sit, neque jocus ullus cum ipsis sive foeminis sive masculis habeatur; quod multi stulte facientes, dum delicatius eos nutriunt, difficiliorem vitam et sibi ad imperandum et illis ad obediendum reddunt. Et Plinius *lib.* 1. *epist.* 4. monet. Mitium dominorum apud *servos* ipsa consuetudine metum exolescere.

§. 5. Verum non omnes servi durae cervicis sunt, 6
quosdam bona verba magis movent, quam verbera: non pauci spontaneo obsequio lubentius res dominorum peragunt, quam si indigne se semper haberi videant. Praestabit ergo quandoque et servo se civilem exhibere, et benevolentia eumdem sibi devincire. Pium omnino monitum est prudentissimi Senecae *epist.* 47. quando sequentibus verbis rigorem dominorum ad humanitatem deducere intendit: *vis tamen cogitare, istum quem servum tuum nominas ex iisdem seminibus ortum, eodem frui coelo, aeque vivere, aeque mori? Tam tamen illum ingenuum videre potes, quam ille te servum. Contemne nunc ejus fortunae hominem, in quam transire dum contemnis, potes. Haec praeceptimei summa est: sic cum inferiore vivas, quemadmodum te cum superiore velles vivere. Vive cum servo clementer; comiter quoque in sermonem admitte, et in consilium et in convictum, colant potius dominum servi, quam timeant.* Id tamen hac occasione notamus, si dominus nimium civilis erga servum foret, et eumdem filium suum vocaret, quod dominus ita jure in servum excidat, et hic libertatem consequatur, quamvis filius espropter non fiat: §. *ult. inst. de adopt. l. un.* §. *simili modo. c. de lat. lib. toll.*

§. 6. Qua occasione hic non omittendum existimo 7
casum, si quis servum suum venderet, adjecta conditione, ut durius haberetur vel exportaretur; emptor vero ex humanitate seu civilitate servum hunc ut hominem civilius ac lenius haberet, anne tunc actio contra eum competat venditori? Id quod christiana penitus ratione negare Jctum Ethnicum *in l.* 7. *ff. de serv. exportand.* asserit illustr. dn. Rhetius. *sereniss. ac potentiss. elect. brandenburg. consiliar. stat. intim. in disp. de misericord. intempest. cap.* 3. *n.* 98. Cum viro bono ratio quidem habenda sit istius interesse, quod pecuniarium vel humanum est, non vero quod solum ex duritie vel crudelitate oriundum est. Addita tamen limit. nisi venditor ideo minori pretio vendidisset, cum ita interesse aliquod pecuniarium succedat, cujus merito habenda est ratio, juxta *l.* 6. *in fin. ff. de serv. export.*

§. 7. Servi nostri, quibus hodie utimur, cum ser- 8
vis romanorum nihil commune habent: sunt enim re-

vera liberi homines, qui operas suas tantum pro pretio nobis locarunt. Quod ergo juris alioqui inter locatorem et conductorem est, illud quoque inter dominum et servum hodiernum; non plus neque minus. Cujus regulae consequens, quod sicuti civilitate mutua sibi obstringuntur locator et conductor, ita quoque dominus et servus. Hoc tamen discriminis remanet, quod opera domino locata simul respiciat operas obsequiales, non semper fabriles. Conf. *l. operae.* 9. §. 1. *ff. de oper. libert.* Obsequiales vero in reverentia quoque et honoris exhibitione consistunt, ut adesse domino, eumdem comitari. Zoes. *comm. ad ff. d. tit. n.* 1. Quare vi contractus ad civile servitium servus domino
9 obligatur. Dominus vero, si illud a servo cupiat, jubendi licentiam habere debebit. Licentia tamen haec civilitatis limites excedere non debet, sed si id fiat, et dominus jure suo abutatur, non denegenda servo juris remedia. Quare si servus conductus ob saevitiam domini in fugam se conferat, non compellitur redire, si metuendi causam probabilem demonstraverit, nisi praestiterit dominus cautionem de non offendendo. Mev. *part.* 4. *dec.* 19. Imo et actionem injuriarum concessam esse ancillae honestae contra dominam, quod ipsam appellaverit *eine Schand Hure*, praejudicio comprobat idem dn. Mevius *ad jus lub. lib.* 3. *tit.* 8. *art.* 10. *n.* 16.

10 §. 8. Verum dicetes, quid frequentius, quam quod servi injuriosis verbis et verberibus afficiantur? Fateor si perversi mores jus faciunt, jam facultas verberandi servos in aprico erit. Sed nullum aliud quam contractus vinculum inter dominum et servum hodie esse, jam ante demonstratum. Atqui vero per contractum se aliquem ad verbera obligare posse, non admittit juris ratio, *arg. l.* 13. *ff. ad l. aquil.* Quamvis obligationem ad carcerem concedam esse licitam, cum Hillig. *in Donell. l.* 27. *cap.* 9. *lit. z.* et dn. Praeside *de cant. contract. sect.* 2. *cap.* 1. §. 39. Licet multos hic dissentire mihi ignotum non sit. Si ergo contractus ad verbera se extendere non valet, nullum facinoris sui habebit titulum dominus. Nec praesidii quicquam in *l. un. c. de emend. serv.* Haec enim sanctio cum servis nostris nihil commune habet; unde nisi educatio servi vel servae junioris forte a parentibus domino simul commissa, verberandi facultas cessabit; alioqui ex jure quasi cesso sibi vindicabit.

11 §. 9. Illud tamen hic adhuc monendum. Quod si forte magistratus loci vel princeps territorii ordinatione politica cavisset, ut omnes ejus regionis vel civitatis cives ad certam summam determinata mercede servos vel famulos conducerent, et cibo ac potu designato alerent; aliquis eorum vero suis mercedem augeret, et lautius eos haberet, illum hac civilitate sua nimia sibi in tantum nocere posse, ut in ipsum publice animadverti queat; cum politiae cura magistratibus incumbat, et ejusmodi dominus eatenus contra illum peccet, dum civilitate ac benignitate sua nimia annonam quodammodo afficit, atque disciplinam politicam incurrit; nec minus aliorum patrumfamil. rem facit duriorem, cum plerumque ad exemplum aliorum se componi velint, qui eadem serviendi conditione fruuntur, *arg. l.* 2. *ff. ad l. jul. de annona. l.* 1. *c. de offic. praef. urb.* Illustr. dn. Rhet. *d. dissert. de misèric. intemp cap.* 4. *n.* 74. *et seqq.*

12 §. 10. *Sed quid de illis, qui in ministerio domini nobilis sunt, annon in hos vi jurisdictionis dominus idem statuere possit, quam in subditos*, obiter disquirendum, occasione nobis suppeditata, quod in vicino quodam ducatu jam inter principem et ordinem equestrem illa controversia agitetur, ubi princeps concessam nobilibus jurisdictionem tantum ad subditos juratos *auff ihre geschworne Unterthanen* pertinere, et hinc si ministri nobilium conducti peccaverint, cognitionem ad principis fiscalem spectare, contendit. Ego distinguendum puto; an obligatio ejusmodi ministri conductitii descendat ex *contractu*, an ex *delicto*: 13
illo casu subdistinguo: an contraxerit in loco, ubi jurisdictionem habet nobilis an alibi. *Priori* casu forum omnino coram nobili sortitur, cum locus contractus indistincte forum tribuat, non attenta qualitate personae contrahentis. *c. romana.* §. *contrahentes de for. compet. in* 6. *l.* 19. *pr. ff. de judic.* Gail. *lib.* 2. *obs.* 8. *n. ult Si alibi* contraxerit, coram nobili forum non sortietur, quia causa, ob quam ipsi jus dicat, deficit. *Aut* conveniuntur ex *delicto*, et hic 14
indistincte nobilem judicem esse existimo; aut enim deliquit sub jurisdictione nobilis, et ita locus commissi delicti forum tribuit *l.* 1. *c. ubi de crimin.* Aut alibi deliquit, et forum sortietur coram nobili ex jure deprensionis, cum ubi delinquens deprehenditur, ibi forum sortiatur; dn. Brunnem. *process. inquis. c.* 3. *n.* 10. *et in comment. cod. ad l.* 1. *ubi de crimin.* Poterit ergo vi jurisdictionis supplicium ultimum praevio inquisitionis processu de servo sumere, et eatenus fundatam habet intentionem.

§. 11. Praeter haec, antequam ad reliqua me con- 15
feram, illud adhuc addendum: cum dictum sit §. *praeced.* servos hodie ad operas obsequiales et servitia civilia teneri; eosdem nimia sua civilitate atque obedientia sibi tunc nocere; si in iis, quae in se turpia alioquin atque illicita sunt, obsequium praestent. Cum ad haec domini potestas se non extendat. Unde noceret sibi servus quam maxime, si domino forte contra injuriantem quemdam ira incenso, ac ut cum injuriantis uxore adulterium servus committeret, suadenti ac mandanti ombtemperaret, delictum hoc exequendo; nec civilitatis atque reverentiae debitae praetextus eum a poena adulterii ordinaria liberabit. Qua ratione oratorem quemdam, qui defendendi liberti causa enunciaverat, stuprum in servo necessitatis, in liberto vero officii esse, risu exceptum testatur praelaudatus dn. Rhetius *d. l. n.* 90 *seq.*

§. 12. Ad rusticos progredimur, apud quos quidem 16
rara civilitas, nullibi tamen major cautio, quam apud hos, ne civilitate sibi noceant. Cum enim ipsis non ignotum sit, nobiles servitiis rusticis praecipue indeterminatis civiliter uti debere. Carpzov. *lib. resp.* 57. *n.* 2. ipsi satis inciviles sunt, ut quamvis possint, nulla tamen opera domino, utut civiliter roganti succurrant, si pensum suum absolverint. Facile enim advertunt, si aliquoties ex civilitate quid praestiterint, exinde tandem jus praetendere dominum. Unde non ignota rusticorum exceptio: *Juncker, wir wolten es gerne thun, aber wir befürchten uns, es werde eine Gerechtigkeit daraus.* Licet ille metus oriundi juris facile evitari posset, si dicerent, *se velle hoc ex civilitate, non vero ex debito facere.* Imo ubi 17
constat de solo animo civilitatem exhibendi, regulariter jus inde non nascitur. Actus enim facultativi et

urbanitatis non pariunt manutentionem. vid. Ludov. Post. *tract. de summariss. possess. obs.* 53. *n.* 10. Balb. *de praescript. p.* 1. *part.* 3. *princ. qu.* 10. *tot.* Unde si rusticus aliquis per multos annos nobili quotannis ex civilitate caponem offerret, sine ullo praecedentis obligationis vinculo, non obligaretur eapropter, ut imposterum quotannis caponem afferat, Menoch. *de arbitr. jud. qu. lib.* 2. *cas.* 160. *n.* 17. Besold. *part.* 3. *cons.* 118. *n.* 79. Ulterius, si domini molendino usi hucusque rustici, cum viderent hoc non ingratum domino futurum, non compelli possunt, ut praecise eodem molendino utantur, Cravetta *de antiqu. tem. p.* 4. *part.* 5. *principal. n.* 98. Thesaur.
18 *decis.* 16. *n.* 1. Praestat tamen hoc casu nimiae civilitati non indulgere, successu temporis enim, ubi illi mortui, qui primo ex civilitate talia servitia praestiterunt, successoribus difficilis redditur probatio, se ex civilitate vel precario, et non ex necessitate operas praestitisse. Precarii enim probatio rusticis incumbit, Carpzov. *p.* 2. *const.* 4. *def.* 3.

19 §. 12. Nobilibus ipsis nocet civilitas in non indictis operis. Vulgo enim notum est, operas non deberi, nisi indictas *l. cum patronus.* 22. *pr. ibi. cum poposcerit. ff. de oper. libert. l.* 7. *ff. de usufr. leg.* Quapropter, qui singulis septimanis ad operas determinatas adstricti sunt, si operae hae exactae non fuerint debito tempore, nocebit hoc nobili, quo minus illas postea exigere possit. Non tamen hoc nocebit ratione operarum futuris septimanis debitarum, non usu enim in futurum non amittuntur, cum in facto consistant, et ex die impositionis cedant *l.* 1. *ff. de oper. serv.* Manz. *ad d. tit. ff. n.* 12.

20 §. 14. Aliud civilitatis nocivae exemplum occurrit, si dominus nobilis eo favore prosequatur rusticum, ut patiatur filios ejus studiis liberalibus eruditi; et inde ad dignitates academicas vel ad officia reipubl. promoveri, tunc amittit jus proprietatis in ejusmodi liberis, nec eos ad servitia rustica revocare potest; exemplo liberti, qui si ad illam dignitatem pervenerit, ut inconveniens sit praestare domino operas, ipso jure hae intercidunt *l. interdum.* 34. *in fin. ff de oper. libert. l. fin. c. de agric. et censit.* Praxin tamen hujus rei in Germania non uniformem esse monet Mev. *Von Zustand und Abforderung der Bauren. cap.* 3. *n.* 125. licet postea *n.* 130. fateatur, permissionem domini pro tacita manumissione hoc casu habendam. Stamm. *de servit. personal. l.* 3. *c.* 27. *n.* 12.

21 §. 15. Transeo jam ad *familiae* statum, ubi se offerunt parentes et liberi. His quidem connatum illud vinculum, et a divino legislatore injuncta reverentia satis abundeque dictitat, civilitatem omnem parentibus esse exhibendam, uti prolixe demonstrat Baro ab Enenkel. *de privileg. parent. et liberor. pr.* 2. *c.* 2. *n.* 1. *seqq.* Quod et jus nostrum eousque probat, ut si vel injurioso quodam verbo erga patrem civilitatis et reverentiae leges excedat, exhaeredationem meretur, de quo Novell. 115. *c.* 3. *et ibi commentatores.*

22 §. 16. Non tamen deest casus, ubi nimia quoque reverentia et civilitas erga parentes liberis damno esse possit. Succurrit eo nomine famosus ille textus in *l. minime* 35. *ff. de relig. et sumpt. fun.* Ubi si pater ad delendam patriam venerit, et filius seposita omni reverentia, patrem occiderit, sine scelere talem filium esse, imo eum adhuc praemio afficiendum. Colligo inde ex contrario sensu; ergo si patrem tali casu ex filiali obsequio et civilitate non occidat, eum poena dignum esse, supposito tamen, quod ex omissa occasione patriae periculum grave contigerit. Majus enim vinculum est, quo quisque obstringitur patriae, quam quo patri. Confer. dn. Puffend. *dissert. de obligat. erga patriam.*

§. 17. Non dissimilis feudistarum controversia, *si* 23
domino feudi bellum oriatur contra vassalli patrem, et dominus vassallos suos omnes edicto generali ad praestanda servitia militaria evocet, filius autem ex 24
reverentia et civilitate, qua patri obstringitur, domino non succurrat; quaeritur: an haec civilitas ipsi in tantum nociva, ut feudo privari mereatur? Sane expeditum est, denegatam serviliorum praestationem sufficientissimam causam esse amittendi feudi Godofred. Anton: *disp. feudal.* 11. *th.* 8. Solemni enim jurejurando obstrictus est vassallus, se famam, vitam et bona domini salva illibataque conservaturum, in quorum alterutro si peccet, felloniae reus est, dignusque qui feudo privetur. Rosenthal. *de feud. c.* 10. *conclus.* 15. *n.* 1. Cum itaque hic nexus ad defensionem domini contra omnes ejus inimicos stringat, excepto tantum imperatore 2. *feud.* 7. et antiquiore domino: 2. *feud.* 28. §. *fin.* Utique etiam contra patrem injuste dominum invadentem sibi locum vindicabit, uti expressus textus adest 2. *feud.* 28. §. *fin. ib. contra omnes;* ubi licet verba, *et patrem*, in parenthesi ponantur, non tamen ea pro suppositiis habenda. Pater enim hostiliter invadendo illum, cui filius fidelitatis nexu obstrictus, non praetendere poterit jura ex civilitate et reverentia filiali fluentia. Dn. Struv. *syntagm. feud. c.* 11. *th.* 8. Quamvis si filius dubius haereat, annon pro patre invasore ulla militet justitiae ratio, tutius fecerit, si feudum refutando se a servitiis liberet. Kohl. *de servit. feud. part.* 3. *n.* 11. vid. etiam eleganter hac de re illustrem dn. Rhetium jam ante dict. *disput. de misericord. intempestiva. c.* 3. *n.* 144. *et seqq.*

§. 18. Parentes quod attinet, horum quoque tener- 25
rimus in liberos affectus est, et jura quoque nostra certo modo eos ad civilitatem erga liberos constringunt. Parentibus enim, irrationabile odium contra liberos habere, aut sine justa causa ingratos eos vocare, aut innocuos liberos injuria afficere, non concedendum credidit imperator in *l. cum apertissimi.* 10. *c. de secund. nupt.* Insunt enim patri naturales stimuli *l. amicissimos.* 36. *in fin. ff. de excus. tut.* quibus in commoda filii agitatur, adeo, ut semper optimum consilium pro eo capere praesumatur. *l. nec in ea.* §. *ult. ff. ad l. jul. de adulter. l.* 7. *pr. a. de curator. furios.* Quod pluribus exponit Baro ab Enenkel. *privil.* 2. *c.* 4. *n.* 8. *seqq.* Verum amor ille paternus et inde profecta civilitas saepius nociva liberis, quippe degenerat illa in indulgentiam blandam, et licentiam, quae deteriores plerumque natos reddit. Quod nemo magis Syracide inculcavit, qui hinc inde severiorem in liberos disciplinam commendavit. Verum et hic temperamento opus est: nocuit enim saepe magis saevitia quam indulgentia. Quare caute hic procedendum monet Seneca *lib.* 1. *de clementia c.* 14. Quando his verbis sententiam suam

exponit: „ parentes objurgare liberos nonnunquam „ blande nonnunquam minaciter solent, aliquando ad- „ monere etiam verberibus. Numquid alius sensus fi- „ lium ad primam offensam exhaeredat? Nisi magnae „ et multae injuriae patientiam evicerint, nisi plus „ est, quod timet, quam quod damnat, non accedit „ ad decreterium stylum. Multa ante tentat, quibus „ dubiam indolem et pejore loco jam positam, revocet; „ simul deplorata est, ultima experitur. Nemo ad „ supplicia exigenda pervenit, nisi qui remedia con- „ sumpsit. „

26 §. 19. Cum vero neque parentes neque liberi legitimi sint, nisi nuptiae praecesserint, patriaque potestas demum per nuptias constituatur *§. 6. instr. patr. pot.* methodi ratio efflagitabit, ut, quomodo circa easdem civilitas nocumento esse possit, evolvamus. Utut enim nihil quicquam sit, ubi civilitas atque humanitas majori studio colenda ac commendanda, non tamen deest occasio, et hic modum legitimum excedendi, idque non solum matrimonio constante, sed eo nondum consummato et adhuc ineundo.

27 §. 20. Cum autem nuptias praecedere soleant *sponsalia*, quia haec sunt *mentio ac repromissio futurarum nuptiarum l. 1. ff. de sponsal.* merito de iis primum erit dicendum. Sicuti autem extra dubitationis aleam positum, illa a *spondendo* ita dicta es-
28 se, cum quod spondere sit sponte promittere, atque ita in matrimonio ineundo quam maxime requiratur spontanea promissio, tum, quod mos esset antiquis, ut puella nuptum promitteretur viro a patre, vel hoc defuncto a tutore vel agnatis, uti ex A. Gell. *lib.* 4. *c.* 4. deducit Alciat. *lib.* 1. *parerg. c.* 2. et Varro *de lingua latina. lib.* 5. Ita consensum hic cum ipsorum contrahentium, tum quoque eorum, in quorum sunt potestate aut directione, necessarium esse constat. Posse vero circa consensum hunc eliciendum ex omni parte vel verbis, vel factis aut quoque signis limites excedi, civilitatemque nocumento fore, experientia quotidie testatur. Quamvis enim regulariter ex sola familiaritate ac civilitate virgini aut viduae exhibita obligatio ad sponsalia non statim oriatur, ipsaque verba complimentosa (ut ita cum vulgo loqui liceat,) magis adulatoria quam obligatoria a quovis sapiente habeantur. Mantica *de tacit. et ambig. convent. lib.* 2. *tit.* 4. *n.* 48. Parlador. *lib.* 2. *rer. quotid. c.* 3. *n.* 45. Pacian. *consil.* 153. *n.* 23. ubi illi monent, ea quae ex civilitate vel urbanitate fiunt, ob praesumptive iis inhaerentia mendacia nullo jure praejudicare juri publico nec privato, neque in petitorio neque in possessorio. Klock. *de contrib. c.* 7. *n.* 119. Indeque verba ac signa clara ad matrimonii seu sponsaliorum probationem requirantur. Ex nimia tamen familiaritate veram praesumptionem matrimonii colligit Petr. Gregor. *syntagm. jur. univ. lib.* 36. *c.* 12. *n.* 17.
29 Quidni et sponsaliorum? Modo ista conversatio fuerit diuturna, et conversantes se ut maritus et uxor, ut sponsus et sponsa tractaverint, et non tam civiliter quam familiariter inter se vixerint. Mascard. *de probat. conclus.* 1026. *n.* 1. *seqq.* Zoes. *ad ff. de rit. nupt. n.* 6. Wissenbach. *p.* 1. *disp.* 44. *th.* 17. Differre enim arbitror civilitatem a familiaritate, ut illa se etiam ad extraneum et tantum non ignotum extendat, haec vero tantum ad familiarem pertineat, et hinc ex sola conversatione civili nulla poterit oriri sponsaliorum praesumptio, nisi fabulis vulgi adhaerere velis, ubi decantatum est: *conversatur cum virgine et domum ejus aliquando frequentat, ergo sponsus est.*

§. 21. Ejusdem farinae est praesumptio pro spon- 30
salibus, quae elicitur ex alloquio adolescentis blando, et literis amatoriis ad virginem scriptis appellando illam saepius: *Mein Hertzgen, mein Schaetzgen, meine Allerliebste, ich verbleibe ihr biss in den Tod zugethan, keine soll mir lieber seyn als Sie.* Quamvis enim sponsalia mutuo constent consensu, et solus consensus etiam eadem absolvat; verba tamen debent esse clara, perspicua et certa. Cypraeus *de sponsal. p.* 2. *c.* 3. §. 1. *n.* 3. non obscura et flexiloqua. Carpz. *part.* 4. *c.* 20. *def.* 9. *n.* 8. Dn. Praeses *ad jus eccl. dn. Brunn. lib.* 2. *t.* 16. §. 3. quae potius in mitiorem partem explicanda, ita ut minimum nocent pronuncianti, eumque stringant *arg. l.* 47. *ff. de o. et a. l.* 9. *ff. de r. j.* Cur enim hic multum conjecturis indulgeamus, et violentis verborum interpretationibus in ejusmodi vincula loquentem conjiciamus, quae aperte non significavit? saue si voluisset teneri, apertius mentem explicasset; at dum obscura sunt verba, satis dissensum hactenus denotavit, aut ad minimum mentem ambiguam, et is, qui urget sibi factam matrimonii missionem, imputet sibi, quod non clariorem responsionem desideravit *l.* 99. *ff. de v. o.* praecipue, cum hic agatur non de glande legenda, sed de obligatione magni praejudicii inducenda.

§. 22. Praeterea licet ejusmodi literae et blanda 31
colloquia satis liquidam matrimonii promissionem exprimant, nondum tamen nocent spondenti, quia ut plurimum sine arbitris fiunt, et sine testium praesentia. Jam vero sponsalia clandestina sunt odiosa et regulariter prohibita *c.* 1. *c.* 30. *qu.* 5. ibique Gloss. Socin. *lib.* 1. *cons.* 17. cum non careant sinistra suspicione, et hinc etiam contra ea praesumitur. Paris. *lib.* 4. *cons.* 57. *n.* 4. Angel. *consil.* 10. Beust. *p.* 1. *de sponsal. th.* 13. Imo jure saxonico nullam omnino vim sortiuntur, nec inficiantem compellunt, licet expressa matrimonii promissio uno teste vel literis probari possit. Carpzov. *jurisprud. consist. lib.* 2. *def.* 32. *et* 33. Quod jure communi non peraeque concedere volunt, ubi contendunt partem etiam invitam cogi posse ad consummationem matrimonii, si sponsalia clandestina literis sufficienter fuerint probata *cap.* 2. *x. de clandest. sponsal.* ibique Panormitan. *n.* 2. Heig. *p.* 1. *qu.* 22. Gerhard. *tom.* 7. §. 143. *et* 145. Lauterbach. *ad tit. de sponsal.* §. *clandestina.* Dn. Brunnemann. *jur. eccles. lib.* 2. *c.* 16. §. 12. ibique dn. Praeses. Tales autem literae nondum satis probant, in quibus juvenis virginem appellitat sponsam suam, cum ex sola appellatione sponsae nemo fiat sponsa *arg. l.* 13. *c. de probat.* Cypraeus *de sponsal. c.* 9. §. 24. *n.* 1. *seqq.* Dn. Praeses *in responso facultatis allegato in jure ecclesiast. dn. Brunn. lib.* 2. *c.* 16. §. 12. *p.* 605. et in Disput. *de jure blanditiarum c.* 2. *n.* 44.

§. 23. At quid si in colloquio variis mellitisque 32
dictis tandem commoveatur virgo, ut ambienti et blandienti proco matrimonium, remotis arbitris, promittat, saltem ut pertinacia precum quibus a proco fatigata est, liberetur, an audienda erit virgo, si hanc causam alleget? Opinor audiendam esse, si solitudi-

urbanitatis non pariunt manutentionem. vid. Ludov. Post. *tract. de summariss. possess. obs.* 53. *n.* 10. Balb. *de praescript. p.* 1. *part.* 3. *princ. qu.* 10. *tot.* Unde si rusticus aliquis per multos annos nobili quotannis ex civilitate caponem offerret, sine ullo praecedentis obligationis vinculo, non obligaretur eapropter, ut imposterum quotannis caponem afferat, Menoch. *de arbitr. jud. qu. lib.* 2. *cas.* 160. *n.* 17. Besold. *part.* 3. *cons.* 118. *n.* 79. Ulterius, si domini molendino usi hucusque rustici, cum viderent hoc non ingratum domino futurum, non compelli possunt, ut praecise eodem molendino utantur, Cravetta *de antiqu. tem. p.* 4. *part.* 5. *principal. n.* 98. Thesaur.
18 *decis.* 16. *n.* 1. Praestat tamen hoc casu nimiae civilitati non indulgere, successu temporis enim, ubi illi mortui, qui primo ex civilitate talia servitia praestiterunt, successoribus difficilis redditur probatio, se ex civilitate vel precario, et non ex necessitate operas praestitisse. Precarii enim probatio rusticis incumbit, Carpzov. *p.* 2. *const.* 4. *def.* 3.

19 §. 12. Nobilibus ipsis nocet civilitas in non indictis operis. Vulgo enim notum est, operas non deberi, nisi indictas *l. cum patronus.* 22. *pr. ibi. cum poposcerit. ff. de oper. libert. l.* 7. *ff. de usufr. leg.* Quapropter, qui singulis septimanis ad operas determinatas adstricti sunt, si operae hae exactae non fuerint debito tempore, nocebit hoc nobili, quo minus illas postea exigere possit. Non tamen hoc nocebit ratione operarum futuris septimanis debitarum, non usu enim in futurum non amittuntur, cum in facto consistant, et ex die impositionis cedant *l.* 1. *ff. de oper. serv.* Manz. *ad d. tit. ff. n.* 12.

20 §. 14. Aliud civilitatis nocivae exemplum occurrit, si dominus nobilis eo favore prosequatur rusticum, ut patiatur filios ejus studiis liberalibus eruditi; et inde ad dignitates academicas vel ad officia reipubl. promoveri, tunc amittit jus proprietatis in ejusmodi liberis, nec eos ad servitia rustica revocare potest; exemplo liberti, qui si ad illam dignitatem pervenerit, ut inconveniens sit praestare domino operas, ipso jure hae intercidunt *l. interdum.* 34. *in fin. ff de oper. libert. l. fin. c. de agric. et censit.* Praxin tamen hujus rei in Germania non uniformem esse monet Mev. *Von Zustand und Abforderung der Bauren. cap.* 3. *n.* 125. licet postea *n.* 130. fateatur, permissionem domini pro tacita manumissione hoc casu habendam. Stamm. *de servit. personal. l.* 3. *c.* 27. *n.* 12.

21 §. 15. Transeo jam ad *familiae* statum, ubi se offerunt parentes et liberi. His quidem connatum illud vinculum, et a divino legislatore injuncta reverentia satis abundeque dictitat, civilitatem omnem parentibus esse exhibendam, uti prolixe demonstrat Baro ab Enenkel. *de privileg. parent. et liberor. pr.* 2. *c.* 2. *n.* 1. *seqq.* Quod et jus nostrum eousque probat, ut si vel injurioso quodam verbo erga patrem civilitatis et reverentiae leges excedat, exhaeredationem meretur, de quo Novell. 115. *c.* 3. *et ibi commentatores.*

22 §. 16. Non tamen deest casus, ubi nimia quoque reverentia et civilitas erga parentes liberis damno esse possit. Succurrit eo nomine famosus ille textus in *l. minime* 35. *ff. de relig. et sumpt. fun.* Ubi si pater ad delendam patriam venerit, et filius seposita omni reverentia, patrem occiderit, sine scelere talem filium esse, imo eum adhuc praemio afficiendum. Colligo inde ex contrario sensu; ergo si patrem tali casu ex filiali obsequio et civilitate non occidat, eum poena dignum esse, supposito tamen, quod ex omissa occasione patriae periculum grave contigerit. Majus enim vinculum est, quo quisque obstringitur patriae, quam quo patri. Confer. dn. Paffend. *dissert. de obligat. erga patriam.*

§. 17. Non dissimilis feudistarum controversia, *si* 23
domino feudi bellum oriatur contra vasalli patrem, et dominus vassallos suos omnes edicto generali ad praestanda servitia militaria evocet, filius autem ex 24
reverentia et civilitate, qua patri obstringitur, domino non succurrat; quaeritur: an haec civilitas ipsi in tantum nociva, ut feudo privari mereatur? Sane expeditum est, denegatam servitiorum praestationem sufficientissimam causam esse amittendi feudi Godofred. Anton: *disp. feudal.* 11. *th.* 8. Solemni enim jurejurando obstrictus est vassallus, se famam, vitam et bona domini salva illibataque conservaturum, in quorum alterutro si peccet, felloniae reus est, dignusque qui feudo privetur. Rosenthal. *de feud. c.* 10. *conclus.* 15. *n.* 1. Cum itaque hic nexus ad defensionem domini contra omnes ejus inimicos stringat, excepto tantum imperatore 2. *feud.* 7. et antiquiore domino: 2. *feud.* 28. §. *fin.* Utique etiam contra patrem injuste dominum invadentem sibi locum vindicabit, uti expressus textus adest 2. *feud.* 28. §. *fin. ib. contra omnes;* ubi licet verba, *et patrem*, in parenthesi ponantur, non tamen ea pro suppositiitiis habenda. Pater enim hostiliter invadendo illum, cui filius fidelitatis nexu obstrictus, non praetendere poterit jura ex civilitate et reverentia filiali fluentia. Dn. Struv. *syntagm. feud. c.* 11. *th.* 8. Quamvis si filius dubius haereat, annon pro patre invasore ulla militet justitiae ratio, tutius fecerit, si feudum refutando se a servitiis liberet. Kohl. *de servit. feud. part.* 3. *n.* 11. vid. etiam eleganter hac de re illustrem dn. Rhetium jam ante dict. *disput. de misericord. intempestiva. c.* 3. *n.* 144. *et seqq.*

§. 18. Parentes quod attinet, horum quoque tener- 25
rimus in liberos affectus est, et jura quoque nostra certo modo eos ad civilitatem erga liberos constringunt. Parentibus enim, irrationabile odium contra liberos habere, aut sine justa causa ingratos eos vocare, aut innocuos liberos injuria afficere, non concedendum credidit imperator in *l. cum apertissimi.* 10. *c. de secund. nupt.* Insunt enim patri naturales stimuli *l. amicissimos.* 36. *in fin. ff. de excus. tut.* quibus in commoda filii agitatur, adeo, ut semper optimum consilium pro eo capere praesumatur. *l. nec in ea.* §. *ult. ff. ad l. jul. de adulter. l.* 7. *pr. a. de curator. furios.* Quod pluribus exponit Baro ab Enenkel. *privil.* 2. *c.* 4. *n.* 8. *seqq.* Verum amor ille paternus et inde profecta civilitas saepius nociva liberis, quippe degenerat illa in indulgentiam blandam, et licentiam, quae deteriores plerumque natos reddit. Quod nemo magis Syracide inculcavit, qui hinc inde severiorem in liberos disciplinam commendavit. Verum et hic temperamento opus est: nocuit enim saepe magis saevitia quam indulgentia. Quare caute hic procedendum monet Seneca *lib.* 1. *de clementia c.* 14. Quando his verbis sententiam suam

pronior eorum erit, illi onus imponere, quem in omnibus facilem esse cognoverit, atque ut vulgo dicere amant, ejus comitate abutetur; promptos itaque ad commoda esse decet, at tardos ad onera nec dedecet nec officit, eo ipso enim inter cunctandum et reluctandum nobis datur locus deliberandi, qua via onera ista eludere atque amoliri queamus; datur etiam ita locus, nos a suspicione sinistra et culpa eo facilius liberandi: sed qui civilitatis fama florere, atque officiorum plenissimus audire velit, promptus erit in semet offerendo, verbisque liberaliter de se promittendo; unde fit, ut fidem semel datam revocare nequeat, et occasionem de se suspicandi uberem praebeat, culpaque se implicet.

38 §. 29. Decent haec tutelaria pericula, unde nihil plane commodi redundat in gerentem, meroque gratuita existunt. Hic homo civilitatis amans audito, sibi esse ab amico delatam testamento tutelam, pro ea qua est comitate et in pupillos misericordia, curam eorum suscipiet, excutiendo res hereditarias, negotiaque illorum administrando, forte non ea mente, ut perpetuus eorum tutor maneat, quippe paulo post excusationem allegaturus, sed ut saltem turbatis luctu recenti assistat, reique familiari, donec vulnus quodammodo obducatur, consulat. Quid ergo postquam negotiis pupillaribus se immiscuerit, audiendusne postea sua allegatione in judicio? Negat hoc *l.* 2. *c. si tut. vel curat. fals. allegat. et l.* 13. §. *fin. ff. de excusat. tut.* ibi. *neque administraverint. et arg.* §. 19. *inst. de excusat.* ibique Harpprecht. *n.* 3. *seq.* Quia via quam semel ire coepit, perpetuo est ambulanda. *l. si cui.* 9. *ff. de servit.* et jam tum approbasse censetur voluntatem defuncti, dum instar tutoris negotia pupillaria administrat, licet verbis nunquam declaraverit; quoniam facta sint potentiora verbis, illisque ipsis censetur beneficio suo renunciasse; qui enim actum privilegio suo contrarium facit, perdit idem, nec datur postea regressus. Carol. Tapia *ad l. fin. p.* 2. *c.* 2. *de constit. prine.* Nec obstat, quod actus familiares et civiles obligandi vinculum non inducant, hoc enim procedere arbitror, quatenus sunt et habentur familiares, non autem si sub alia specie et nomine peragantur, uti hoc loco, ubi illud, quod gerebatur ab amico, praesumebatur fieri nomine tutorio, quia tutor erat constitutus, quamvis ipse gestor alia mente omnia gesserit, quia illud propositum in mente retentum nihil operatur *l.* 7. *c. de condict. ob caus. dator.* Quicumque ergo hic utiliter velit esse civilis, non omittat protestationem, quod scilicet omnia quaecumque gerit, non animo suscipiendi tutelam gesta velit, sed animo ad tempus arbitrarium succurrendi.

39 §. 30. De agnato tamen proximo dubium, an illa civilitas et liberalis immixtio aeque damnosa esse possit, antequam ipsi tutela fuerit nunciata, tunc enim pro illo militat praesumptio, quod serum pupillarium curam tantum animo amico, et officio quod cognatus cognato debet, susceperit, nam quid notius, quidve decentius, quam cognatum cogneti funus curare, et consulere impuberibus, quid faciendum, quomodo vita agenda et inquirere in res a patre relictas? Fateor, quamdiu nescit agnatus se esse proximum cui competit tutela, non nocebit illi ista immixtio: jus enim ignoratum uti non praesumor repudiasse, ita nec acceptasse arg. *l.* 10. *c. de donat.* At postquam scivit, sibi ut proximo tutelam competere, nocebit immixtio, quia sic praesumitur actus geri eo animo, quo geri debuit, modo notaveris, quod immixtio illa non tollat libertatem excusandi ob causam, quae a suscepta tutela excusare solet arg. *l.* 11. *ff. de excusat. tut.* Dn. Brunnem. *ad Wesenb. d. t. q.* 7. Dn. Strur. *ad d. tit. th.* 59.

§. 31. Hoc non praetereundum erat, an quilibet 40
actus civilis tutelae susceptionem involvat? Sane leve aliquod officium, quod facile amicus amico praestat, levioris hic erit momenti et in consequentiam non trahendum, potius negotium gravius et laboriosius, quod sine deliberatione penitiori geri non solet, est praesupponendum; in dubio enim semper id, quod mitius, est eligendum, et ita actus interpretandus, ut gerenti quam minimum noceat. Cravetta *cons.* 14. *n.* 8. Paris. *lib.* 4. *cons.* 53. *n.* 4. Hoc certum arbitror; quoties ejusmodi actus geritur, qui non potest nisi nomine tutorio geri, toties ex illo praesumitur immixtio, uti quoad haeredem semet immiscentem alias communiter concludunt dd. in *l.* 20. *ff. de aqu. vel. om. haered.* add. Montan. *de tutel. c.* 39. *n.* 14.

§. 32. Quid dicendum de illo, qui parenti quon- 41
dam liberaliter promisit: *Er wolle sich seiner Kinder nach seinem Tode treulich annehmen, und als Vater bey ihnen handeln*, an ille poterit post mortem acceptantis ad hoc compelli, utut adsint tutores legitimi? Verba haec saltem esse civilia diceres, quae ut plurimum sine deliberatione effutiuntur, et in lingua nascuntur, atqui maxime interest, qua mente verba dicantur *l.* 19. *ff. ad exhibend. l.* 5. *c. de injur.* Verum enim vero si verba clara sunt, mens illis colligitur consentanea *l.* 7. §. 2. *ff. de supellect. leg.* utut proferens dicat, verba ista tantum dicis gratia esse prolata; neque dubium, quin pacto tutor constitui possit §. 9. *instit. de excus. tutor.* Dn. Praeses *in cautel. contr. sect.* 2. *c.* 10. §. 2. Nequé opus, ut promissio ista praecise contineat vocem tutoris vel tutelae, sed sufficit, verba aequipollentia adhibisse *l. mulier.* 22. *pr. ff. ad sct. trebellian.* quae tutoris officium atque naturam exprimant; jam vero vix alia verba, quam superius allegata illam magis exhauriunt, tutoris enim proprium est, ex fide causam alterius agere §. 3. *i. de suspect. tutor.* et paterno affectu prosequi pupillos; quamquam hic affectus non ita sit explicandus, verbaque ista eo extendenda, ut alimenta gratuita contineat, sicut de vitrico in *l.* 15. *c. de n. g.* Excludet tamen promissio illa promittentem a facultate semet excusandi, licet liquidam causam habuerit *arg. d.* §. 9. *i. de excus. tut. ibique* Harppr. *n.* 7. *seq.*

§. 33. Praeterea promptitudo semet offerendi tute- 42
lae etiam hoc incommodum creat offerenti, ut ad levissimam culpam teneatur tutor, qui alias levi saltem erat obnoxius, arg. *l.* 53. §. 3. *ff. de furt.* Lauterbach. *ad ff. tit. de tutel. et ration. distrah.* §. *deinde.* Neque carere videtur suspicione, qui antequam nominetur et citetur, suam operam offerat *arg. l.* 25. *ff. de procurat.* non enim lubentes colla nostra oneri subjicimus, nisi spe alicujus lucri adducti et invitati. Et quidem hoc satis videre licet, si sit tutela opima, ibi facilis concursus tutorum, cur ita? quia praemium aperant, et quaestum, seu jure seu injuria; quae suspicio eo magis claret, si quis data pecunia ministerium tutelae acquisivit, unde etiam in ejusmodi tu-

telarum emptores poena statuta est §. 10: *i. de suspect. tut.*

42 §. 34. Affert etiam hoc incommodi illis, qui nimium se offerunt tutelae gerendae, eamque affectant, ut postea de onere sibi imposito queri nequeant; quod hanc praecipue notandum, si quis tres sustineat tutelas, quarum una est affectata, non poterit semet a quarta excusare et illam recusare; tria enim onera excusant, per *l. 5. pr. ff. de excusat. tut.* atqui onus non est, quod affectamus, et ultro ambimus, antequam offeratur. Dd. *in l. 15. §. fin. d. t.* Hippol. de Marsil. *in l. 1. §. eum quis ff. de quaest. Felin. in cap. non debet. n. 3. de testib.* nec succurrendum est ei, qui sponte et volens oneri se subjicit *l. 2. §. si quis tamen. ff. si quis caution. l. 3. §. subvenitur. ff. ad setum syllan. et cap. damnum de r. j. in 6to.* Cum non possimus causari esse grave, quod ipsi cupide ambivimus, Montan. *de tutel. c. 35. n. 132.* Tusch. *pract. conclus. 237. lit. a.* A qua tamen affectatione differt voluntaria oblatae tutelae susceptio, oblata enim libenter et cupide acceptare, nihil vitii involvit, sed tantum offerre se non oblatis.

44 §. 35. Hoc de tutore constituendo; quantum ad constituentem, videntur intempestive civiles esse illi parentes, qui tutores a rationibus reddendis et inventarii confectione absolvunt; hi enim cum viderint, tantam sibi licentiam in bonis pupillaribus competere, minori cura eadem administrabunt, quoniam ut
45 plurimum deteriores sumus licentia. Dubitari non immerito posset, an ejusmodi patris dispositio subsistat, quippe quae non levem peccandi materiam tutoribus suppeditat, et directo liberis infert praejudicium? sed decidit illam quaestionem non inconcinne Ulpianus *l. 5. §. 7. ff. de administr. tutor.* ibi: *ait Julianus, tutores, nisi bonam fidem in administratione praestiterint; damnari debere, quamvis testamento comprehensum sit, ut ἀνυπεύθυνοι essent.* At diceres, si et ἀνυπεύθυνοι ad bonam fidem tenentur, ergo eodem jure cum aliis gaudent tutoribus; neutiquam, nam bona fides tantum illos obligat ad damna dolo latave culpa commissa, Menoch. *lib. 4. praesumpt. 164. n. 6.* et a scrupulo atque exactissima rationum redditione absolvit, *l. unus. ff. de legat. 1.* Munnoz. de Escobar. *de ratiocin. c. 5. n. 6.* Gutierez. *de tutel. lib. 3. c. 1. n. 37.* Montan. *de tutel. c. 32. reg. 9. n. 204. et reg. 5. n. 117.* Alex. *lib. 4. consil. 62. n. 9.* Praeterea nec chartas in quibus rationes conscriptae, hoc casu a tutore reddendas vult Montan. *c. 38. reg. 3. n. 10.*

46 §. 36. At quid dicendum, si remissa a testatore confectione inventarii tutor nihilominus illud faceret? Fulgos. *consil. 25. vers. quin imo potius* putat; tutorem illum esse in dolo, qui non observaverit voluntatem defuncti, cui assentitur Montan. *de tutel. c. 32. reg. 5. n. 103.* Ergo finem et intentionem testatoris explorandam existimo, an hoc fecerit in gratiam tutoris, ut illi onus tutelae mitigaret; an in gratiam pupillorum, ne secreta patrimonii panderentur, nam in confectione inventarii solent homines extranei adjungi, hos forte noluit disponens, ut bona ejus inspicerent; illo casu non video, quo minus tutor repertorium facere possit, superflua enim non nocent, *l. 28. e. de testam.* et licitum est beneficio suo jurique renunciare. *l. pen. c. de pact.* saltem ut tutor eo magis semet a sinistra liberet suspicione. Casu autem posteriori tutor omnino inhaerere debet literae et voluntati scriptae: nec civilior esse, quam defunctus voluit, alsi odium incurrere malit; quamquam ipsi tunc vitio non sit vertendum, si omisso inventario privatim bona consignet, ad quod potius tenetur, Carpz. *p. 2. c. 2. def. 4. in f.* Moller. *lib. 1. semestr. c. 39. n. 10.* Covarr. *lib. 2. var. resol. c. 14. n. 4.* Quomodo enim tutor bona administrare potest, quae nunquam cognovit aut exploravit, quomodo explorare potest, si consignare recusaverit?

§. 37. In administratione tutelae susceptae e re tu- 47
toris erit, parcere civilitati, tam quoad pupillum, quam debitores. Est enim tutor pupillo parentis loco, et non tantum bonis administrandis, sed praecipue moribus formandis praepositus. At non est parentis cordati, erga filios nimium civilem existere, et verbis arridere blandulis, quo facto facile corruit reverentia patri debita, et adolescentis mores, dum civiliter semper tractantur, ferocire incipiunt; quocirca tutor adhibeat potius moderatam severitatem, quae sufficiat seminibus innatae nequitiae suffocandis, juxta illud Horatii *lib. 3. od. 24.*

Eradenda cupidinis
Pravae sunt elementa, et teneras animis
Mentes asperioribus
Formandae studiis.

Inde jam quaeri potest, an etiam jus castigandi pu- 48
pillum tutori competat, ut ad convitia et verbera progredi queat contra immorigerum, vitiisque deditum? Mihi quidem perspicere videor, quod tutor facilem veniam sit impetraturus, si castigando modum observaverit, nec ita exorbitaverit, ne oculus puero suffunderetur. Si enim magistro in puerum illud jus non denegatur *l. 5. ff. ad l. aquil.* quidni et tutori, qui vicem patris gerit, et personae pupilli ejusque moribus est praepositus §. 4. *inst. qui testam. tut. l. 12. §. 13: ff. de administr. tut.* Sed quam negligens hic 49
est tutorum cura? Pupillos inopes abjiciunt, illorumque plane sunt immemores, quia inde lucri nihil, divites vero tandem tractant, sed magis civiliter et molliter quam fideliter! qua educatione, cum fulcra reipubl. et afflictorum solatium fieri debebant, pestes evadunt, suaeque et patriae, et familiae maculam inurunt.

§. 38. Posthaec tutor etiam civilitatis rationem ha- 50
bere differat in exigendis debitis pupillaribus, si enim hac conniventia, et indulgentia debitores tandem facti fuerint non solvendo, illius est periculum, et ipse postea solvere compellitur, quod exigere antea erat vetitus *l. si tutor. 15. ff. de administr. tutor. l. 2. c. arbitr. tut.* Montan. *de tutel. cap. n. 98.* Roman. *consil. 425. vers. octavo.* Munnoz. de Escobar. *de ratiocin. c. 19. n. 21.* Limitant quidem et restringut hunc rigorem ad casum, quo culpa non exigentis concurrit; sed ab hac culpa civilis tutor se non explicabit, si dixerit, durum erat mihi et impossibile, debitores inciviliter urgere, et judiciali atque asperiori executione solutionem extorquere; difficile mihi erat, blanditiis debitorum dilationem petentibus non annuere; accedit, quod verecunda sit illius cogitatio, qui lites execratur. *l. 4. ff. de alienat. jud. mut. caus.* Verum quicquid hujus sit, non immunis est illa civilitas a vitio culpae, quae ab officio deflectit. Magis obstrictus est tutor commodis pupilli promovendis, quamvis

alli extraneo debitori, imo etiam consanguineo pupillari, in cujus gratiam neutiquam pupilli salus est negligenda *l. Lucius.* 46. §. *fin. ff. de administr. tutor. l.* 13. §. 2. *ff. eod.* Dum enim tutor vel dilationem solutionis concedit, vel remittit de debito, donare videtur, quae facultas ipsi plane est interdicta *l.* 22. *ff. de administr. tutor.* add. *l.* 12. §. 2. *ff. eod.* Neque obstat, quod ipse pupillus intercesserit, ne tutor debitum a consanguineo exigeret; illius enim animus, aut consilium nihil facit in iis, quae ad administrationem pertinent, in quibus magis curandum, quid ipsi expediat, quam quod placet, et tutor suo consilio, non alieno placito gerere debet negotia *l.* 5. §. 8. *ff. de administr. tut.* etiam contra voluntatem minorum; *arg. l.* 6. *ff. de tutor. et curator. dat. junct. l.* 1. *ff. de minor.* Mevius *p.* 8. *decis.* 77.

51 §. 39. Quare si tutor bene fungi officio suo velit, et extra periculum esse, non sufficit, si debitorem amice admoneat; sed si viderit morosum, opus est, ut in judicium trahat, debitoque probato petat executionem, curet distrahi bona, et ita solutionem procuret suo pupillo. Quae enim quisque ex officio sibi demandato agit, illiusque fines observat, semper excusandus, licet durius procedere videatur, quoniam necessitas non aliter admittit.

52 §. 40. Hinc et nocet civilitas tutori, qua cunctatur et timet contutorem suspectum facere, deque male gesta tutela accusare, incumbit enim officio ejus, collegam male grassantem in bonis pupillaribus postulare, eoque, quod facere poterat, non facto jam tenetur in solidum, et exedere cogitur quod alter intrivit *l.* 1. §. 15. *ff. de tutel. et ration. distrah. l.* 14. *ff. de administr. tut. l.* 2. *c. de divid. tutel.* a qua actione se non liberabit, dicendo: egone pupilli gratia odium et inimicitiam mei collegae suscipiam, meque litibus implicem atque incivilitatis infamiam incurram? Ad hoc enim respondeo: juste faciendo neminem timeas, et conscia mens recti famae mendacia ridet. Interim dum ad collegam suspectum reddendum tenetur, eo non adigendus est, ut facta collegae excutiat et inquirat, an ex fide tutelam gerat, an pecunias pupillares in usus suos convertat, et supprimere tentet. *l.* 19. *ff. de administr. tut.* sufficit si forte aliunde cognoverit, contutorem minus bene rem gerere, quo casu saltem suspectum postulare debet; quod secus est in tutore honorario, cujus officium est, etiam inquirere et exposcere rationes *per l.* 3. §. 2. *ff. d. t. ibi: imputabitur eis quandoque, cur, si male eum conversari videbant suspectum non fecerunt, assidue igitur et rationes ab eo exigere eos oportet, et tollicite curare, qualiter conversetur.*

§. 41. Ergone, si tutor nescivit collegam perfide 53
administrantem, de facto ejus non tenetur? Distinguendum hic; aut in solidum administrant, aut divisa est tutela: illo casu, sive sciverit, sive nesciverit negligentiam sui collegae, tenetur in solidum *l.* 55. *ff. d. t.* salvo tamen beneficio excussionis juxta *d. l.* 1. §. 12. *et* 15. *de tutel. et ration. distrah. et l.* 3. *ff. de administr. tut.* eoque casu tutor collegam cogere potest, ut administrationem secum communicet. per *d. l.* 19. *ff. de administr. tut.* quo magis sibi a periculo alienae culpae cavere possit. Quod etiam obtinebit in 54
divisione tutelae privatim facta. At in divisione per judicem, aut testatorem facta, tutor de collegae facto nocivo non tenetur. Nisi, cum posset eumdem facere suspectum, non fecerit, ita ut ignorantia negligentiae alienae hic non noceat, quisque enim tantum pro sua parte sibi commissa rationem reddere est obstrictus, et damna in illa parte data resarcire *d. l.* 2. *c. de divid. tutel.*

§. 42. Contingit saepius, ut pupillus inopia premа- 55
tur, tutorque ipse non habeat, quo succurrere possit, praebet tamen ita benignum se atq; humanum pupillo, ut mutuam aliunde petat pupillo pecuniam, unde vivere possit, an nocebit haec humanitas tutori, ut etiam finito officio obligatus maneat? Quod conveniri possit durante tutela, extra dubium est. *l.* 2. *de administr. tutor.* sed ab hoc onere liberandus videbatur finita tutela, quia finito officio cessant actiones, quae intuitu officii competebant *l.* 1. *c. quand. ex fact. tutor. vel curator. minores. l.* 3. §. 2. *ff. de administr. rer. ad civit. pertin.* Menoch. *de arbitr. jud. quaest. lib.* 2. *cas.* 209. *n.* 37. Heig. *p.* 1. *qu. illustr.* 20. Carpzov. *lib.* 3. *resp.* 77. *n.* 12. *seq.* Berlich. *decis.* 13. *seq.* Verum hoc tunc saltem procedit, si tutor, ut tutor, contraxit nomine pupilli, et nomine tutorio obligationem subscripsit; quid si autem sub hac persona non contraxit, sed simpliciter nulla facta pupilli mentione? Sane non liberabitur tutor, etiam post finitam tutelam ab obligatione, quamvis probaverit, pecuniam in utilitatem pupilli versam, non enim potest debitor invito creditore obligationem in tertium transferre, eamque delegare *arg. pr. inst. quib. mod. oblig. toll. arg. l.* 25. *c. de pact.* neque actiones personales rem sequuntur, sed contrahentium ossibus inhaerent *l.* 3. *ff. de o. et a.* Quamvis creditori liceat, misso tutore adversus pupillum agere *l.* 3. *cap. quando ex fact. tut. vel curat.* et tutori adversus pupillum, ut se liberet ab obligatione.

CAPUT III.

De civilitate nociva, circa statum personarum politicum

SUMMARIA

Explicatio vocis politici. n. 1
Quis hic sit status politicus? n. 2.
Civilitas in conversando *nociva. n.* 3
Quousque noceat conversatio cum suspecto? *n.* 4.
An noceat civilitas in reticendo? *n.* 5.
De civilitate in receptione delinquentium. *n.* 6.
Conversatio cum malis *quatenus sit* causa exhaeredationis? *n.* 7.
De conversatione cum mimis. *n.* 8.
De comoediis. n. 9.
Qui cum mimis comparandi? n. 10.
De conversatione nociva cum excommunicato. *n.* 11.
An cum illis omnis conversatio interdicta? n. 12.
De conversatione vasalli *nociva. n.* 13.
De filio cum inimico paterno *amice vivente. n.* 14.
Conversatio cum injuriante *quat. noceat? n.* 15.
De injuriato in convivio tacente. *n.* 16.
Retorsio *an obstet civilitati? n.* 17.

telarum emptores poena statuta est §. 10. *i. de suspect. tut.*

43 §. 34. Affert etiam hoc incommodi illis, qui nimium se offerunt tutelae gerendae, eamque affectant, ut postea de onere sibi imposito queri nequeant; quod tunc praecipue notandum, si quis tres sustineat tutelas, quarum una est affectata, non poterit semet a quarta excusare et illam recusare; tria enim onera excusant, per *l.* 5. *pr. ff. de excusat. tut.* atqui onus non est, quod affectamus, et ultro ambimus, antequam offeratur. Dd. *in l.* 15. §. *fin. d. t.* Hippol. de Marsil. *in l.* 1. §. *cum quis ff. de quaest. Felin. in cap. non debet. n.* 3. *de testib.* nec succurrendum est ei, qui sponte et volens oneri se subjicit *l.* 2. §. *si quis tamen. ff. si quis caution. l.* 3. §. *subvenitur. ff. ad actum syllan. et cap. damnum de r. j. in* 6*to.* Cum non possimus causari esse grave, quod ipsi cupide ambivimus, Montan. *de tutel. c.* 35. *n.* 132. Tusch. *pract. conclus.* 237. *lit. a.* A qua tamen affectatione differt voluntaria oblatae tutelae susceptio, oblata enim libenter et cupide acceptare, nihil vitii involvit, sed tantum offerre se non oblatis.

44 §. 35. Hoc de tutore constituendo; quantum ad constituentem, videntur intempestive civiles esse illi parentes, qui tutores a rationibus reddendis et inventarii confectione absolvunt; hi enim cum viderint, tantam sibi licentiam in bonis pupillaribus competere, minori cura eadem administrabunt, quoniam ut
45 plurimum deteriores sumus licentia. Dubitari non immerito posset, an ejusmodi patris dispositio subsistat, quippe quae non levem peccandi materiam tutoribus suppeditat, et directo liberis infert praejudicium? sed decidit illam quaestionem non inconcinne Ulpianus *l.* 5. §. 7. *ff. de administr. tutor.* ibi: *ait Julianus, tutores, nisi bonam fidem in administratione praestiterint, damnari debere, quamvis testamento comprehensum sit, ut ἀνεκλόγιστοι essent.* At diceres, si et ἀνεκλόγιστοι ad bonam fidem tenentur, ergo eodem jure cum aliis gaudent tutoribus; neutiquam, nam bona fides tantum illos obligat ad damna dolo latave culpa commissa, Menoch. *lib.* 4. *praesumpt.* 164. *n.* 6. et a scrupulo atque exactissima rationum redditione absolvit, *l. unus. ff. de legat.* 1. Munnoz. de Escobar. *de ratiocin. c.* 5. *n.* 6. Gutierez. *de tutel. lib.* 3. *c.* 1. *n.* 37. Montan. *de tutel. c.* 32. *reg.* 9. *n.* 204. *et reg.* 5. *n.* 117. Alex. *lib.* 4. *consil.* 62. *n.* 9. Praeterea nec chartas in quibus rationes conscriptae, hoc casu a tutore reddendas vult Montan. *c.* 38. *reg.* 3. *n.* 10.

46 §. 36. At quid dicendum, si remissa a testatore confectione inventarii tutor nihilominus illud faceret? Fulgos. *consil.* 25. *vers. quin imo potius* putat; tutorem illum esse in dolo, qui non observaverit voluntatem defuncti, cui assentitur Montan. *de tutel. c.* 32. *reg.* 5. *n.* 103. Ergo finem et intentionem testatoris explorandam existimo, an hoc fecerit in gratiam tutoris, ut illi onus tutelae mitigaret; an in gratiam pupillorum, ne secreta patrimonii panderentur, nam in confectione inventarii solent homines extranei adjungi, hos forte noluit disponens, ut bona ejus inspicerent; illo casu non video, quo minus tutor repertorium facere possit, superflua enim non nocent, *l.* 28. *c. de testam.* et licitum est beneficio suo jurique renunciare. *l. pen. c. de pact.* saltem ut tutor eo magis semet a sinistra liberet suspicione. Casu autem posteriori tutor omnino inhaerere debet literae et voluntati scriptae: nec civilior esse, quam defunctus voluit, nisi odium incurrere malit; quamquam ipsi tunc vitio non sit vertendum, si omisso inventario privatim bona consignet, ad quod potius tenetur, Carpz. *p.* 2. *c.* 2. *def.* 4. *in f.* Moller. *lib.* 1. *semestr. c.* 39. *n.* 10. Covarr. *lib.* 2. *var. resol. c.* 14. *n.* 4. Quomodo enim tutor bona administrare potest, quae nunquam cognovit aut exploravit, quomodo explorare potest, si consignare recusaverit?

§. 37. In administratione tutelae susceptae e re to- 47
toris erit, parcere civilitati, tam quoad pupillum, quam debitores. Est enim tutor pupillo parentis loco, et non tantum bonis administrandis, sed praecipue moribus formandis praepositus. At non est parentis cordati, erga filios nimium civilem existere, et verbis arridere blandulis, quo facto facile corruit reverentia patri debita, et adolescentis mores, dum civiliter semper tractantur, ferocire incipiunt; quocirca tutor adhibeat potius moderatam severitatem, quae sufficiat seminibus innatae nequitiae suffocandis, juxta illud Horatii *lib.* 3. *od.* 24.

Eradenda cupidinis
Pravae sunt elementa, et teneræ nimis
Mentes asperioribus
Formandae studiis.

Inde jam quaeri potest, an etiam jus castigandi pu- 48
pillum tutori competat, ut ad convitia et verbera progredi queat contra immorigerum, vitiisque deditum? Mihi quidem perspicere videor, quod tutor facilem veniam sit impetraturus, si castigando modum observaverit, nec ita exorbitaverit, ne oculus puero suffunderetur. Si enim magistro in puerum illud jus non denegatur *l.* 8. *ff. ad l. aquil.* quidni et tutori, qui vicem patris gerit, et personae pupilli ejusque moribus est praepositus §. 4. *inst. qui testam. tut. l.* 12. §. 13. *ff. de administr. tut.* Sed quam negligens hic 49
est tutorum cura? Pupillos inopes abjiciunt, illorumque plane sunt immemores, quia inde lucri nihil, divites vero tandem tractant, sed magis civiliter et molliter quam fideliter! qua educatione, cum fulcra reipubl. et afflictorum solatium fieri debebant, pestes evadunt, suaeque et patriae, et familiae maculam inurunt.

§. 38. Posthaec tutor etiam civilitatis rationem ha- 50
bere differat in exigendis debitis pupillaribus, si enim hac conniventia, et indulgentia debitores tandem facti fuerint non solvendo, illius est periculum, et ipse postea solvere compellitur, quod exigere antea erat vetitus *l. si tutor.* 15. *ff. de administr. tutor. l.* 2. *c. arbitr. tut.* Montan. *de tutel. cap. n.* 98. Roman. *consil.* 425. *vers. octavo.* Munnoz. de Escobar. *de ratiocin. c.* 19. *n.* 21. Limitant quidem et restringut hunc rigorem ad casum, quo culpa non exigentis concurrit; sed ab hac culpa civilis tutor se non explicabit, si dixerit, durum erat mihi et impossibile, debitores inciviliter urgere, et judiciali atque asperiori executione solutionem extorquere; difficile mihi erat, blanditiis debitorum dilationem petentibus non annuere; accedit, quod verecunda sit illius cogitatio, qui lites execretur. *l.* 4. *ff. de alienat. jud. mut. caus.* Verum quicquid hujus sit, non immunis est illa civilitas a vitio culpae, quae ab officio deflectit. Magis obstrictus est tutor commodis pupilli promovendis, quamvis

socius vel patratorus est, vel jam patravit; proni enim sumus ad revelanda animi secreta illi quocum conversamur, si itaque sciveris alterius delictum et tacueris, nonne poenam incurris tibique damna creas? Distinguunt hic inter delicta commissa et committenda; haec, si tendunt in alterius damnum, vel spirituale vel corporale, quilibet tenetur revelare, cum melior sit conditio innocentis, cui insidiae struuntur, quam nocentis, et illius bono magis consulendum, vult enim lex virtutis, ut a proximo repellamus injuriam, quod qui non facit, et ad poenam arbitrariam tenetur, *can. non deferenda.* 23. *qu.* 3. Zoes. *ad tit. ff. de accusat. n.* 17. Carpzov. *pr. crim. quaest.* 134. *n.* 63. Quod si taciturnitas concernit delictum jam commissum, extra poenam hanc esse volunt, siquidem nemo tenetur alterius delictum revelare *can. placuit.* 6. *qu.* 2. Petr. Theod. *in colleg. crim. disp.* 3. *th.* 18. *lit. c.* Carpzov. *dict. qu. n.* 57. Nisi crimen illud fuerit atrox, quod manifestari reipubl. interest, ut crimen laesae majestatis, parricidii, assassinii, latrocinii. Prosper. Farinac. *consil. crim.* 104. Dn. Brunnemann. ad Wesenbec. *tit. de accusat. qu.* 10. Zoes. *eod. tit. n.* 17. Carpz. *d. qu.* 66. ubi praejudicia refert.

6 §. 5. Cavendum itaque, ne studeamus, ejusmodi maleficis placere tacendo atque connivendo, multo minus illos recipiendo atque occultando, sicuti recipientium delictum majus est quam silentium, ita et majorem poenam luere necessum habent, adeo, ut sint qui putent, recipientes cum receptis eidem poenae subjiciendos esse ob *l.* 1. *ff. de receptat.* ibi: *perinde puniantur atque latrones, in pari causa habendi sunt* add. *l.* 1. *pr. c. qui latron. vel alio crimin. reos occult.* Johann. Damhoud. *in pr. rer. crim. c.* 134. *n.* 2. Prosp. Farinac. *p.* 5. *oper. crim. qu.* 133. *n.* 2. Sed bene distinguunt alii, aut receptans simul contraxit societatem criminis turpisque lucri, aut tantum praestitit refugium tutum; illic eadem poena receptator et receptus sunt afficiendi; hic vero mitior poena imponitur receptanti Wissenbach. *vol.* 2. *disp.* 31. *th.* 23. Wesenbec. *ad ff. tit. de receptac.* Anton. Gomes. *tom.* 3. *var. resolut. c.* 3. *n.* 50. Carpz. *qu.* 134. *n.* 40. *seq.* praesertim illi, qui cognatum recepit *l.* 2. *ff. de receptac.* Dn. Brunn. ad Wesenb. *d. t. q.* 3.

7 §. 6. Porro nocet conversatio cum malis habita, dum parenti justam causam suppeditat exhaeredandi filium, qui malorum consortio se immiscet, per *novell.* 115. *c.* 3. §. 4. ibi: *si cum maleficis hominibus ut maleficus conversetur,* gravis enim injuria infertur patri, si filius congressus bodorum aversatur, et nequissimorum factionibus delectatur, ideoque pater virtutis amans non potest non ejusmodi filium detestari, acriboribusque remediis ad frugem revocare. Notabit vero pater, quod non quaevis filii conversatio cum malis causam det exhaeredandi; sed primo requiritur, ut mali isti homines sint malefici, qua voce significari volunt illos, qui incantationes vel magicas artes aut veneficia perniciose exercent Covarr. *ad cap. Ragnutius. n.* 12. X. *de testam.* Harpprecht. *ad §. fin. inst. de exhaered. liber. n.* 26. Manz. *de testam. tit.* 16. *q.* 6. *n.* 29. Deinde requiritur, ut filius cum hisce hominibus conversetur, ut maleficus, quo ipso indicatur quaedam flagitii societas et conspiratio, ideoque non sufficit filium in itinere aut hospitio inter maleficos fuisse repertum, cumque iis sermones miscuisse, oportet enim vel innocentissimos saepe cum pessimis versari eosque tolerare, Harpprecht. *d. l. n.* 26. Manz. *d. l.* Gothofred. *d. nov.*

§. 7. Eamdem poenam infligit filio conversatio cum 8
mimis atque arenariis *d. nov.* 115. *c.* 3. §. 10. Erant autem *arenarii*, qui non sine vitae periculo in arenam pro mercede descendebant, pugnaturi cum bestiis, ob quod sordidum vitae genus infamia laborabant, et honestiorum convictu indigni habebantur *l.* 1. *et l.* 2. §. *fin. ff. ex quibus caus. infam. l.* 1. §. 6. *ff. de postul.* At *mimos* Happrecht. *ad §. fin. inst. de exhaered. n.* 38. ita describit: qui publice et privatim alios voce et facto ludere turpiterque imitantur, quorum vita plane dissona est a comicis. Mimi quidem etiam suas scenas habebant, et personas fingebant, sed tamen lusibus tantum inhonestis, turpibus atque obscoenis indulgebant; de his tantum intelligenda *l.* 2. §. *fin. ff. qui not. infam.* vid. Lactant. *de vero cultu lib.* 6. §. 20. qui inquit: *docent adulteria dum fingunt et simulatis erudiunt adversa, quid juvenes aut virgines faciant, cum haec et fieri sine pudore, et spectari libenter ab omnibus cernunt, admonentur utique quid facere possint, et inflammantur libidine, quae adspectu maxime concitatur, ac se quisque pro sexu in illis imaginibus praefigurat, probantque illa dum rident et adhaerentibus vitiis corruptiores ad cubicula revertuntur.* In hac obscoenitate non consumebatur solertia 9
comicorum, quorum finis erat virtutes docere, vitia perstringere et deformare. Et licet hodiernas comoedias non ab omni corruptela atque lascivia immunes pronunciaveris, separandi tamen sunt actus posteriores a prioribus, ita ut quicquid est vitii, ut plurimum in actibus posterioribus contineatur; qui vocantur *das Nach-Spiel*, dn. Brunnemann. *de jure eccles. lib.* 1. *cap.* 6. *m.* 10. *n.* 2.

§. 8. Hinc minus caute eamdem exhaeredationis poe- 10
nam statuunt filio, qui commoediis agendis navat operam, quaestumque colligit, melius cum antiquis illis mimis atque arenariis comparaveris hodiernos funambulones, quorum vita omnino est detestabilis, dum in quaevis pericula mortis pro turpi quaestu semet conjiciunt, et hinc consortium illorum fugiendum. Dubito tamen, an ab solam conversationem filius exhaeredari possit, si non simul eamdem vitae professionem elegerit ob *dict. nov. cap.* 3. §. 10.

§. 9. Damnosam etiam statuunt conversationem cum 11
excommunicato, qualis dicitur, qui ab ecclesia ob grave aliquod delictum, ut haeresis *cap.* 13. X. *de haeretic.* abscinduntur, a coetu fidelium separantur, ut desinant esse membrum ecclesiae, et incipiant esse membrum diaboli. Petr. Gregor. *part. jur. canon. tit.* 17. *cap.* 7. *lib.* 4. Cum his quicumque fidelium versatus fuerit, minorem incurrit excommunicationem, bonisque spiritualibus privatur *cap. ult. de cleric. excomm. cap. nuper. cap. cum desideres.* X. *de sentent. excommun.* Ludovic. Roman. *sing.* 709. Francisc. Suarez. *de censor. eccles. disp.* 15. *sect.* 2. Peregr. *de jure fisci. lib.* 3. *tit.* 11. *n.* 27. Didac. Covarruv. *ad c. alma. p.* 1. §. 3. *n.* 5. *seq.* Imo non desunt, qui eadem excommunicationis specie, qua excommunicatus affectus erat, ipsum conversantem puniri statuant, ob *cap. significavit.* 18. X. *de sentent. excommun. et can. excommunicatos.* 17. *cum can. seq. c.* 11. *qu.* 3. Gail. *de pace publ. c.* 10. *n.* 5. Sigismund. Scacc. *de judic. lib.* 2. *c.* 9. *n.* 1024.

Quam tamen sententiam alii restringi volunt vel ad conversationem cum clerico ac ipso pontifice excommunicato, Covarruv. *d.* §. 3. *n.* 6. vel etiam ad clericum, qui non in civilibus, sed divinis et spiritualibus cum excommunicato conversatur, Suarez. *de excommun. maj. disp.* 15. *sect.* 2. *n.* 16. Quippe qui hac ratione malum atque contumacem in nequitia confirmat, animumque addit. Minus autem peccat ille, qui in civilibus cum excommunicato conversatur, sicuti et ipsa spiritualia praeferuntur terrenis, coelestia mundanis, et aeterna caducis. At quaeras, an omnis conversatio
12 cum excommunicato sit interdicta? Necessariam excipio, quam forte quis sine damno suo omittere nequiret, alias nequidem illam speciosam conversationem admittere volunt, ut salutare ipsique *ave* dicere, caput aperire, ullumve honorem exhibere, cum eo colloqui, cibum potumve capere, eodem in lecto dormire, eidem convivio interesse, in eadem domo habitare. Sigismund. Scacc. *lib.* 2. *de judic. c.* 9. *n.* 1024. *seq.* Peregrin. *de jure fisci. lib.* 3. *tit.* 11. *n.* Stephan. Costa. *ad c.* 1. *n.* 8. *de sentent. excomm.* Gail. *de pace publ. l.* 2. *c* 10. *v.* 5. adeo detestabilem volebant esse canones impietatem, vitamque flagitiosam, ut eo facilius homo scelestus, dum videt se omnibus esse fastidio atque odio, in vitam rediret et resipisceret. Multum enim confirmat improbos, si amicos etiam inter scelera reperiunt, si animadvertunt, sua consortia ab aliis non improbari, sed affectari.
13 §. 10. Tandem de conversatione *vassalli* cum inimico domini tenendum, quod periculum incurrat, ne feudo privetur, dicitur enim in 2. *feud.* 57. *vel inimicis ejus scil. domin. suus amicitias copulaverit.* Quod quidem generalius admittere nimis injuriosum esset; quid si enim dominus causam dederit inimicitiae, quam cum tertio alit? quid si vassallus inimicitiam illam nesciverit? quid si amicitia illa tantum legis sit, et perfunctoria et in speciem blanda? Sane hisce casibus vassallus non poterit feudo excidere; quoniam nullus dolus et nulla culpa eidem potest imputari, neque cogi, ut injusto domini odio obsequatur. Illud non inficiandum, si amicitia tendat in domini perniciem, ita ut non tantum conspirationes et consilia contra illum conjungantur, sed et si perniciosa tertii consilia vassallus in gratiam amici tegat et reticeat, nec domino revelet, tunc jure feudo privandus est, magnif. do. Praeses *in examin. feud. cap.* 23. *quaest.* 8. Anton. Gothofred. *disp.* 11. *th.* 3. Rosenthal. *de feudis. cap.* 10. *conclus.* 17. *n.* 38. tenetur enim quovis modo ad pericula a domino avertenda. Rosenthal. *d. concl. n.* 4. *seq.* Schrad. *de feud. p.* 9. *c.* 4. *n.* 40.
14 §. 11. Qua occasione disquiri solet, an si filius cum inimico paterno amicitiam contraxit, exhaeredatione dignus sit? Negat hoc Harpprecht. *ad* § *fin. inst. de exhaered. lib.* 1. *n.* 38. *ob novell.* 115. *c.* 3. *pr. ibi*: *ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quae in hujus constitutionis serie continentur.* Et fateor quidem, quod causa inimicitiae ejusmodi non sit nominatim expressa. Nihilominus existimo, quod odiosa illa et molesta conversatio, seu amicitia cum inimicis paternis contracta commode contineri possit sub injuriis gravibus patri illatis, harum enim species variae sunt et multis machinationibus, dictis factisque inhonestis significantur. Quidni enim grandis foret injuria, si filius cum illo familiariter vivat, qui patrem innocentem odio capitali prosequitur, nec admonitus a patre velit desistere, nonne ita quasi oleum igni affundit? Inde non derogatum puto per istam novellam legi 28. *c. de inoff. testam.* add. Bald. *consil.* 112. Schrader. *de feudis. p.* 9. *c.* 5. *n.* 17.

§. 12. An autem conversatio injuriati cum injuriante 15
tollat actionem injuriarum, non est extra dubium. Certum est, quod remissio non praesumatur, et sic nec remissio injuriae, nisi vel verba vel facta eandem inferant, qualia sunt, quae reconciliationem probant remissumque odium, actio enim injuriarum tendit ad vindictam, at quae potest esse vindicta inter animos reconciliatos et amicos? Sed illa reconciliatio non statim patet ex conversatione aliquando inter hasce personas instituta; ipsi dolores non putant remissam censeri actionem, si conversatio sequatur injuriam jam ad animum revocatam, et in judicium deductam, Pruckm. *vol.* 2. *consil.* 16. Mascard. *de probat. concl.* 904. *n.* 23. Richter. *ad regul.* 2. *n.* 71. ubi addit praejudicium, ita enim jam praesumitur injuriatus causam arbitrio judicis commisisse, ut ex aequo et bono judicet. Sed ne quidem arbitror quavis conversatione actionem nondum motam sublatam esse, modo injuria statim ad animum revocata, quid si enim incidant in fortuitam conversationem in itinere? Quid si a tertio uterque tam injuriatus quam injurians invitati comparerent, ibique comedant et bibant, an ideo censetur jus sequisitum amissum esse? Potius praesumitur injuriatus in gratiam reliquorum convivarum, ipsiusque invitantis, humanitatem erga injuriantem tantum simulare. Tusch. *conclus. pract.* 164. *n.* 23. *lit. F.* Carpzov. *p.* 4. *c.* 46. *def.* 8. Decebat enim injuriatum, ibi civiliter sine fronte corrugata, limisque oculis vivere, ne sibi odium reliquorum convivarum conciliet, et honorem invitantis laedat, add. Modest. Pistor. *vol.* 2. *consil.* 3. *n.* 32. Gilhaus. *in comment. de injur. et famos. libell.* §. 11. *n.* 41. Jocod. Damhoud. *in pract. crimin. tit.* 136. *de injur. circa fin.* licet hic tutius sit ut protestetur injuriatus, se raore aulico *auff Hoff Manier* cum illo conversaturum. Harpprecht. *ad* §. *fin. I. de injur.* quae tamen protestatio tunc demum necessaria, si conversatio injuriati cum injuriante sit voluntaria. Dn. Praeses in *d.* §. *fin. I. de injur.*

§. 13. Quod si in conversatione honesta aliis con- 16
vivis praesentibus aliquis ab altero injuria affectus, hic autem, ne rumperet quietum et hilare convivium, dissimulet hanc injuriam audivisse, alia cum aliis interloquendo, an sequenti die post peractum convivium adhuc erit agendi locus? Remisisse quidem censetur injuriam, qui dissimulat, nec statim aegritudinem atque dolorem animi prae se fert, §. *fin. i. de injur.* Sed hoc ita credo intelligendum, si alia dissimulationis capi nequeat conjectura. Jam vero verecundia ista turbandi hilaritatem convivarum satis causae est, cur dissimulare in praesens necessum habuerit injuriatus, quoniam facile lis ex lite fuisset orta, et turbis majoribus ansa fuisset data, si injuria aperte ad animum fuisset revocata, adde, quod plus valere debeat, quod reapse agitur, quam quod simulate concipitur, tutius tamen forte aget injuriatus, si dolorem suum aperte in praesentia reliquorum significet, eoque significato discedat.

§. 14. An ergo civilis citra maculam ad retorsionem 17
progredi poterit in continenti? Dubito, cum in vir-

tute non in vitio consistere debeat victoria, at quae est virtutis nota, mutuis decertare criminibus, vociferationibus atque rixis, nonne omnia ita plena erunt turbarum, ipsumque retorquentis animum admodum impotentem atque jejunum esse indicabunt? Quamvis ignoscendum sit ei, qui voluit se ulcisci provocatus *l.* 14. §. 6. *ff. de bon. libert.* et difficile sit justum temperare dolorem. add. *l.* 3. §. 9. *et l.* 17. *ff. de vi et vi arm.* Decentius tamen erit, si per judicem injuria vindicabitur, ita famae laesae tutior medela quaeritur, quae vix reperitur per retorsionem. Si enim tu me adulterum vocitaveris, egoque idem crimen in te retorqueo, qualis inde famae restitutio, nonne ita ambo erimus adulteri ejusdemque subselli? ad Wissenbech. *ad ff. p.* 2. *disp.* 14. *th.* 6.

18 §. 15. Alterum modum significandae civilitatis constituimus *salutationem*, qua non tantum bene precamur, sed et honorem et benevolentiam alteri significamus. Quamvis hodierno seculi vitio primus salutationis finis in civili conversatione fere evanuerit, ubi inter salutandum magis attenditur, ut gestus rite formentur, ut verba composite fluant, licet animus atrabile tumeat et invidia scateat, juxta illud:

Dat sine mente donum, dat sine corde manus.

Praesumitur tamen ex civili salutatione benevolentia. Inde jam quaeritur, an poenam incurrat, qui excommunicatum salutat? Conversationem illicitam cum illo statui paulo ante ostensum, inde tamen non argumentandum videbatur ad illicitam salutationem, cum et inimicis illam debeamus, quippe quibus et benedicere admonemur, eosdemque amare, *Matth.* 5. Sed reclamant communiter canonistae, qui et prohibent salutare excommunicatum, ei ave dicere, capitque aperire. v. supra §. 19. Cujus sententiae rationem credo in eo latere, ut eo magis cognoscat excommunicatus, quam detestabile sit factum quod commisit, et quanta sit miseria in quam incidit, dum omnium hominum non convictu solum, sed et congressu et salutatione indignus aestimatur. Deinde arbitror, per interdictam salutationem non tam prohibitam fuisse faustam apprecationem, (cum vel maxime incumbat christianis, ut pro malis orent ut convertantur) quam honorem, qui per salutationem ad minimum simulatur, precari autem pro ignorantibus etiam solemne et absentibus.

19 §. 16. De injuriato etiam lis est, an is per salutationem factam injurianti, excidat jure vindicandi injuriam? ad quam litem componendam plerique adhibent distinctionem eamdem, quae supra quoad conversationem proposita, ita ut abolitam praesumat, injuriam si ante motam actionem, et injuriam ad animum revocatam salutet injuriatus, signum enim est, ut ante dictum, benevolentiae, *salutare*, quae non est inter inimicos. Sin salutatio fiat post coeptam litem, non praejudicare volent hanc humanitatem injuriato, et non odium et saltem rancorem remissum esse, Panormit. *in cap. olim.* 7. *post n.* 6. *X. de injur. n.* 77. Capell. Tholosan. *decis.* 223. Harpprecht. *ad* §. *fin. i. de injur. n.* 1. Mascard. *de probat. conclus.* 904. *n.* 25. Guido Papae *decis.* 466. Farinac. *prax. crim. lib.* 3. *qu.* 105. *inspect.* 8. *n.* 540. Francisc. Vivius *decis. neapolit. lib.* 2. *decis.* 330. *n.* 3. Quamvis priori casu injuriato licitum esse putem, denunciare judici injuriam, si atrox sit, ut ex officio puniat, non enim per remissionem vel etiam transactionem privatam ita delictum injuriantis est sublatum, ut non possit adhuc a judice vindicari, qui potius etiam non rogatus demonstrare debet injuriato civilitatem atque humanitatem non esse nocivam. v. Carpz. *p.* 4. *c.* 46. *def.* 9. Dn. Brunn. *proc. inquis. cap.* 5. *n.* 12.

§. 17. Idem sentiendum de *osculis*, signis adhuc 20
receptum est, ut illis datis acceptisque salutationes fiant, Mascard. *de probat. d. concl. n.* 25. Tusch. *pract. conclus. n.* 164. *n.* 24. *lit. I.* Ubi notat, si in ecclesia offertur, et injuriatus admittit, non censetur remissa injuria, quia honestatis gratia recusari non potuit. Caeterum utut osculum per se nihil vitii contineat, sed potius indicium sit charitatis atque humanitatis, Rosenthal. *de feud. c.* 10. *concl.* 28. *n.* 6. 7. Dn. Praeses *de jur. sens. dissert.* 7. *c.* 5. *n.* 11. Exiguum tamen saepius fructum, vel etiam pessimam mercedem reportat cupidus et petulans osculator; qui enim invitae oscula applicat, pulsari poterit injuriarum actione, cum temeritatis et attentatae pudicitiae indicium sint, et praeparatoria quandoque ipsius adulterii, sicuti pro actione injuriarum hoc nomine competenti pronunciatum esse testatur dn. Strauch. *ad jus justin. disp.* 19. *aphor.* 14. Imo extraordinarie ejusmodi deosculantem puniri posse probat Farinac. *qu.* 142. *n.* 134. Menoch. *de a. j. q. lib.* 2. *cas.* 278. *n.* 2. Borcholt. *de feud. c.* 8. *n.* 100. ubi tamen *n. seq.* subjicit, juvenem prae nimio amore puellam deosculantem mitius puniendum esse; sed adulterii praesumptionem osculum non inferre, vult Harpprecht. *ad* §. 4. *i. de publ. jud. n.* 61.

§. 18. De jure feudali certa est osculantium poena 21
si enim cum uxore domini vassallus ita luxuriaverit, feudo privatur 1. *feud.* 5. ibi: *cum ea turpiter luserit.* Anton. *disput. feud.* 11. *th.* 5. *lit. H.* Vultej. *de feud. c.* 11. *n.* 31. Rosenthal. *de feud. cap.* 10. *concl.* 28. *n.* 1. et hoc osculum in dubio, nisi mos regionis aliud suadeat, praesumitur luxuriosum, dn. Roman. *dissert. de osculo* §. 24. *et* 26. Dn. Praes. *in exam. j. feud. cap.* 23. *q.* 15. quod quale sit vid. apud Trevisan. *dec.* 47. add. Menoch. *de a. j. q. cas.* 287. An autem clericus majori osculandi libertate fruatur, dubium reddunt, ob Glossam *in can. absit* 14. *caus.* 11. *q.* 3. ubi excusatur, quoniam clericus amplectens mulierem facere id praesumitur zelo charitatis. Sed argute respondet ad hoc Nevizan. *in sylv. nupt. lib.* 1. §. *est habendum n.* 76. dum dicit; a tali charitate libera nos domine. Et aequalem militare contra clericum praesumptionem volunt Prosper. Farin. *oper. crim. q.* 136. *n.* 203. etiam quoad feudum privandum *l. eum qui probabilem c. de episcop. et cler.* Rosenth. *d. n.* 8. Ludwell. *de feud. p.* 339.

§. 19. Tertium civilitatis indicium elucet *ex prae-* 22
cedentiae concessione, quae multum benevolentiae quidem conciliabit concedenti, quamdiu cedet, ubi autem ad jura priora regredi voluerit, ingens excitabit proedrias litigium, ex quo difficulter sperare poterit victoriam, ad jura enim semel remissa et renunciata non amplius patet regressus *l.* 11. *c. de r. c. l.* 29. *cod. de pact. l.* 17. §. 1. *ff. de a. vel. A. P.* Dicunt quidem, quod ea, quae jure familiaritatis, 23
pacis gratia aut ex liberali tolerantia ac urbanitate tolerantur, neque agenti jus vel possessionem neque patienti in futurum obligationem pariant; Casp. Lock.

vol. 1. *cons.* 29. *n.* 265. *et cons.* 50. *n.* 234. et ea quae ex civilitate aut urbanitate fiunt, quantocunque etiam tempore fiant, non praejudicent juri, neque publico, neque privato, neque in petitorio, nec in possessorio. Molin. *ud consuetud. paris.* §. 1. *gloss.* 4. *n.* 14. nam ex actibus factis ratione amicitiae, obsequii vel gratiae, non potest dici aliquod jus vel amici quasi possessio acquisita Bertazzol. *consil. cav.* 21. *n.* 65. et familiaritatis jure si quid censetur permissum, non derogat juri permittentis. Peregr. *vol.* 3. *cons.* 4. *n.* 9. nec debent ad necessitatem deduci actus, qui ex urbanitate aut familiaritate fiunt. Francisc. Balb. *de praescript. pag.* 1. *part.* 3. *princ. qu.* 10. *n.* 24. Gloss. *in l.* 3. *c. de pignor.* Ut ideo qui ex urbanitate vel ex amicitia, aut consanguinitate aliquando locum priorem occupavit, quasi possessionem praecedentiae manutenibilem eapropter non consequatur. Post. *de manuten. obs.* 53. *n.* 10.

24 Verum hanc permissionem tunc non praejudicare largior, si fit ex jure familiaritatis, seu inter tales personas, quae sibi invicem vel arcto consanguinitatis vinculo, aut affinitatis aut intimae amicitiae sunt conjuncti, hae personae multa sibi invicem ex amore mutuo et teneriori indulgent, quae precaria tantum praesumuntur per *l.* 41. *ff. de a. vel a. p.* atque ita concedenti non nocent ultra quam patitur, nec accipienti jus in futurum quaerunt vid. *disp. de jure familiaritatis* sub dn. Praeside habita.

25 §. 20. Sed durum videtur, actus familiaritatis cum actibus civilitatis confundere, civilitas dari potest erga omnes et inter omnes personas, juxta illud Senecae esto omnibus benignus, paucis familiaris, et ratio, quae in actu familiaritatis militat, non statim aptari potest actui civilitatis, illic aliqua ex amore oritur communio bonorum, nam πάντα τῶν φίλων κοινά· haec communio durat, quamdiu adest patientia et amicitia. At quam fingemus rationem, quae ab obligatione eximat actum civilitatis, an quia cogitavit civilis, se tantum quoad hunc actum permittere? Atqui haec mentis limitatio nihil operatur; an quia tantum est permissio seu actus precarii, voluntate permittentis quovis tempore rursus corruit *l.* 2. *ff. de precar.?* Atqui sic omnis liberalis permissio revocari potest a donante, et donatarius nunquam securus foret, quo minus reddere teneretur donatum, contra §. 2. *i. de donation.*

26 §. 21. Quicquid hujus tandem sit, ita puto statuendum de *actu civilitatis* permissivo, quod regulariter non sit traducendus in consequentiam aut necessitatem, sed semper subesse praesumatur aliquod precarium, licet preces non praecesserint; modo adsit patientia concedentis et nullus titulus onerosus concurrat; juris enim est tralatitii, quod donatio, qua quis ita donat, ut nunquam rem recipiat, non praesumatur; neque quis semet suo jure statim abdicavit licet aliquem actum juri suo contrarium admiserit *l.* 25. *ff. de probat. cap. super hoc* 8. *de renunciat.* nisi

27 talis sit ex quo jus praesumit. Inde recte concludunt dd. quod actus civilitatis ne quidem tribuant manutentionem, quia nec precarius possessor manutenetur, §. 4. *i. de interdict.* Quod multo magis procedit, si quis illi praecedentiam concedat, quem non novit, quia juri ignorato nemo renunciat Gail. *lib.* 2. *observ.* 41. *n.* 2. nec praejudicat, si quis hospiti, ut hospiti et peregrino, praecedentiam et proedriam permittat, utut sciat, hospitem dignitate esse inferiorem, et ita studio de jure suo remittat, honoris enim gratia, qui debetur hospitibus, concessa praesumitur. Crusius *de praeminentia c.* 6. *n.* 16. *seq.* uti autem honor est honorantis, non honorati; ita hic nullum jus sibi arrogare potest, non secus ac si quis in comoedia dominum suum vocet, cui mox imperet add. Boer. *decis.* 153. *n.* 37. Victor. *de exemt. imper. concl.* 37. Decian. *vol.* 2. *consil.* 67. *n.* 67.

§. 22. Sic et in conviviis si quis alteri permittat 28
primum quem affectat et ambit locum, eadem militat civilitatis ratio; cui et haec accedit, quod permittens hoc permisisse praesumatur turbarum evitandarum, et pacis conservandae gratia; quod factum pacificum ipsi in futurum praejudicare neutiquam potest; quippe quod ne quidem censetur spontaneum, sed potius ex necessitate ortum, qua nemo praesumitur liberalis *l.* 18. *ff. de adim. leg.* Quare permittens non opus habet vociferando protestari de jure suo, aut plane consortio amico excedere. Quod si vero duo in con- 29
vivio aliquo sint competitores, inter quos est honoris certamen, alterque alteri praecedentiam offerat et hic tandem acceptet, an hoc in futurum praejudicat? Quoad praesentem actum quin valeat extra dubium, cujuscumque etiam incivilitatis permittens alterum quod acceptaverit, incuset, neutiquam vero in futurum, quia nuda permissio, ut precarium semper revocari potest. Exin- 30
de quoque pendet decisio, si patronus ecclesiae pastori suo, spectatae et vitae et doctrinae, praecedentiam permittat, illoque mortuo, pastor in locum ejus surrogatus eumdem locum jam praetendat, patronus autem negel? Quamvis enim surrogatum sapiat naturam illius, cui surrogatur; excepta tamen sunt jura personalia, quae in successorem neutiquam derivantur, quale etiam est precarium *l.* 12. §. *de precar.* Idem obtinet, si pastor ex novo patrono eamdem permissionem posceret, quam habuit ex priori.

§. 23. Quarto, non minima civilitatis pars absolvi- 31
tur *titulis* honorum, in quibus magis prodigo licet esse, quam parco, non solum moribus Polonorum, qui quemvis fere obvium *dominum gratiosum* appellant, sed et Germanorum, quorum vulgatum est, *titul kosten kein Geld*, eosque modum excedere notat Ruland. *de commissar. part.* 1. *lib.* 3. *c.* 1. Atque ita superflua non facile nocent; sed prosunt potius, si cum ambitioso, quem invidiosa titulorum pompa delectat, res sit, hujus enim favorem et hac via consequi poteris. Nonne autem ex titulo *Unsern gnaedigen Herrn* ali- 32
qua subjectio, et jurisdictio contra scribentem argui potest? Est quidem vulgatissima in subditi literis ad principem inscriptio et passim recepta appellatio. Matth. Steph. *de jurisdict. lib.* 2. *part.* 1. *c.* 7. *n.* 247. Andr. Gail. *de arrest. c.* 7. *n.* 13. Tilemann. de benign. *syntagm.* 4. *dec.* 2. *vol.* 3. *n.* 17. *n.* 29. Cothm. *vol.* 2. *cons.* 87. *n.* 45. Non tamen per se ullam subjectionem involvit, ubi alia urgentiora indicia non concurrunt. Heinr. Bruning. *de var. univers. concl.* 35. Neque enim gens alias libera per solam confessionem erroneam ad fortunam deteriorem trahenda est *l. cum scimus* 22. *c. de agricol. et censit.* Nec nuda confessio potest suppeditare titulum, quo dominii causa mutetur. Andr. Knich. *in epops. n.* 171. Quo spectat illud Martial. *lib.* 5. *epigramm.*

Cum voco te dominum, noli tibi Cinna placere.

Saepe etiam servum sic resaluto meum.

Et *lib.* 1. *epigramm.*

Cum te non nossem, dominum regemque vocabam
Cum te jam novi, jam mihi priscus eris.

sicuti nec sola nominatio filii aut patris jus paternitatis aut filiationis tribuit *l.* 13. *et* 14. *c. de probat.* §. *fin. inst. de adopt.* nec fratris appellatio jus fraternitatis *l.* 58. §. 1. *ff. de haered. inst.* Verba enim reverentialia, verba honoris et curialia magis intelliguntur adulatoria, quam obligatoria. Francisc. Mantic. *lib.* 2. *de tacit. et ambig. convent. lib.* 2. *tit.* 4. *n.* 48. Parlador. *rer. quotid. lib.* 2. *c.* 3. *n.* 45. Gilman. *tit. p.* 1. *vol.* 3. *n.* 143. Magis simulata quam vera, et serviunt de vento, Boer. *decis.* 153. *n.* 37. et ad favorem loquentis sunt interpretanda. Anton. de amat. *dec.* 83. *n.* 19. Consil. Marpurg. 23. *n.* 3. *vol.* 2. Praeterea voculae illae *Liebe getreue, Unsern gnaedigsten Herrn* etiam inter clientes et patronos, item dominum feudi et vassallum usurpantur, adeoque in subjectionis probatione tamquam accidens commune per se parum inferunt. Waremund. ab Ehrenb. *meditam. pro foeder. lib.* 1. *c.* 4. *n.* 15. Hermann. Vultej *lib.* 1. *de feud. c.* 4. *n.* 14. Ziegl. *ad calv. prax.* §. *Landsassii concl.* 1. *n.* 196. *seq.*

33 §. 24. Ergone tandem nullam vim obligandi verbis civilibus adscribere placet? Sane quoniam civilia verba funduntur ea mente, ut civiliter excipere debeas; si hoc, uti liberaliter alter promittit, ita tuum est liberaliter repudiare, et non tibi arrogare nisi debita. Et certum est, quatenus sunt verba honoris, nihilque nisi titulos laudemque alterius exprimunt atque effutiunt, minus quis obligatus erit veritatem illorum probare; quem in finem Erasmus alicubi dicit: *multos nominamus excellentissimos, nobilissimos, justissimos, doctissimos, non quod tales sint, sed ut fieri studeant.* Eoque jam pertinent hodierna complimenta, quae in mero verborum cortice quiescunt et neutiquam sunt cordimenta. Est quidem honestissimum, verborum civilitati studere, eaque ad mentem et nutum alterius attemperare, prodere erga tristes et calamitosos tristitiam, erga felices laetitiam, illorumque successibus applaudere, offerre alteri servitia, studia atque officia quovis loco ac tempore paratissima; sed tunc demum, si mens semper cum verbis conspiraret, quae sane saepius nihil minus, quam quod dictum cogitavit. Qua de re ita sentit dn. Lassen, *in seinen Bürgerlichen Reiss- und Tisch-Reden im neundten Gespraech p.* 551. *Wiewohl leyder die Welt heute also gesinnet, dass sie ein Hauffen Liebes-Zeichen von sich giebet und doch den Schelm verborgen haelt. Mancher stellet sich aeusserlich, als waere er unser bester Freund und erzeiget doch sonsten alle Feindseligkeit, machet von vorn ein Hauffen complimenten und strecket ein paar Esels-Ohren hinten nach, darum man sich dann in diese Weise der verschiuitzten Welt wohl muss schicken lernen, damit man nicht mit einem Judas-Kuss verrathen werde, dann alle Worte der betrügerischen Welt gehen nicht von Hertzen. Muncher nennet euch seinen Herrn, seinen Freund, wündschet mit überflüssigen Worten die Ehre zu haben euch auffzuwarten, und weiss nicht gnugsam seine Freundschafft an den Tag zu geben, wendet ihr aber den Rücken, lassert er und schmaehet euch, und ist bey ihm allen vorigen Ehren-Worte vergessen, dannenhero man auf solche Katzen die forn lecken und hinten kratzen, gute genaue Acht haben muss, damit man nicht durch ihre schmeichelhaffte Worte betrogen werde.* Opus itaque est, ut inter speciosa complimenta semper tibi insusurret vafer ille siculus Epicharmus: Νῆφε καὶ μίμνησο ἀπιστεῖς, ἄνδρα ταῦτα τῶν φρενῶν Cic. *l.* 1. *ad attic. epist.* 16. 34

§. 25. Dicendum tandem de civilitatis significatione per *poculum sanitatis.* Profecto illi um egregio damno sunt civiles, nam suam sanitatem non tantum labefaciant, sed et certissimum ad infernales ignes iter sibi parant, praesertim si inter haustus immanissimos subita morte exspirant, qualia exempla non deficiunt. Et tamen nihil quicquam illius sanitati conducunt, in cujus gratiam p[illegible]; haud absimiles ranae illi fabulosae, bovi se aequare annitenti, uti enim haec potius disrupta mortem appetiit, quam ut bovis magnitudini par fieret, ita et illi miserum potius sortiuntur exitum, quam ut sanitatem, et vitam amicorum et dominorum suorum insano bibendi more redintegrent aut conservent Clock. *de aerario l.* 2. *c.* 99. *n.* 32. *Sie vertrincken viel ehe durch eines andern Gesundheit ihre eigene Gesundh.* quod innuit Maurit. illustr. Hassiae Landgrav. his verbis:

Qui vult alterius scyphis haurire salutem,
Tale lucrum refert, perdat ut ipse suam.

Cui adstipulatur anglus poeta:

Vera salus sanis nullam potare salutem
Est potior pota sicca salute salus.

Interim tamen seculis hisce corruptis facile reprehensionem et odium convivarum graecumque illud ἢ πίθι ἢ ἄπιθι audiret, qui penitus se hisce sanitatis haustibus subducere voluerit, et ne modice quidem hoc poculum, quantum natura feret, haurire.

CAPUT IV.

De civilitate nociva in donationibus et praescriptionibus.

SUMMARIA

De donatione *nociva. n.* 1.
Donatarius an teneatur ad alimenta? n. 2.
An donatarius ob verba civilia compelli possit ad gratitudinem? n. 3.
Quid si de animo rem dantis non constet? n. 4.
De impensis *ex pietate* factis. *n.* 5.
An revocari possit ob nimias preces datum? n. 6.
De promissione blanditiis inducta. *n.* 7.
De precibus illorum, quibus reverentia debetur. *n.* 8.
Ratio prohibitae donationis conjugum. *n.* 9.
Civilitas in non acceptando. *n.* 10.
De nociva civilitate in praescriptione. *n.* 11.
Quid si jure amicitiae rem possideat? n. 12.
De acquisitione servitutis. *n.* 13.
De civilit. in non interpellato debitore. *n.* 14.
Quid in haerede debitoris? n. 15.
De potestate quocumque tempore interpellandi. n. 16.
De civilitate nociva in acceptandis usuris. *n.* 17.

Quantum tempus hic exigatur? n. 18.
An praesamptio taciti pacti admittat contrariam praesumptionem? n. 19.
Si creditor in quietantia ex civilitate priorum annorum non faciat mentionem. n. 20.

1 §. 1. Multum se civilitas exserit in *donationibus*. Nec donamus morose, nec accipimus torve atque rustice. Prodest tamen tantum donatario, civilem esse, cum gratiarum actio sit ad plus dandum invitatio, sed nocet danti, quoniam beneficium non obligat beneficiarium, nec donatarius ad remunerandum compelli potest, quamvis admittatur, etiam jure naturali aliquam inter donantem et donatarium existere obligationem *arg. l.* 25. §. 11. *ff. de petit. haered. l.* 54. §. 1. *ff. de furt.* quam minus plenam dicere amant Sutholt. *ad instit. dissert.* 12. *th.* 17. Dn. Praeses *ad pr. instit. de obligat.* Infirma tamen est admodum et in solo pudore naturali acquiescit, qui inter homines bene exul factus est, et nimis cito evanescit illa beneficiorum memoria, licet amplissimis verbis sempiterna promittatur, et cum Marone affirmetur:

Ante leves ergo pascentur in aethere cervi
Et freta destituent nudos in littore pisces
Aut Ararim Parthus bibet, aut Germania Tigrim
Quam tuus e nostro labatur pectore vultus.

2 §. 2. Hoc nihilominus dubium relinquebatur, an toleranda sit illa incivilitas in donatario, si donanti ad inopiam redacto alimenta necessaria denegat; tolerant illam Glossa *in l.* 133. *pr. ff. de r. j.* Bald. *in l.* 10. *n. fin.* Angel. *n.* 3. Fulgos. *n.* 2. *c. de revocand. donat.* ob rationem, quia nulla lex, per quam donatarius ad illam sustentationem cogi potest, extat. Hisce semet opponunt plures, qui illam inhumanitatem etiam in foro externo improbant. Cyn. *in l. generaliter. n.* 4. *c. de revocand. donat.* Coepolla *consil. crimin.* 39. *n.* 11. ducto argumento ex *l.* 4. *ff. de confirmat. tut.* a patre ad eum, qui magnas largitur facultates, quibus Colerus *de alim. lib.* 1. *cap.* 10. *n.* 64. assentitur, sed ex alia ratione, scilicet, quia ob atroces injurias semet indignum reddit donato donatarius, atqui injuria satis atrox est illius, qui alimenta denegat per *l.* 4. *ff. de alend. lib.* et *arg. nov.* 115. *c.* 3. §. 12. Verum enim vero nec hanc rationem satis firmo niti talo arbitror, quoniam is non statim injuriarium agere potest, cui alimenta denegantur, alias avari Euclionis quotidianis litibus obruerentur, neque etiam injuriam is facere censendus est, qui suo jure utitur *l.* 55. *ff. de r. j.* transiit enim pleno jure res donata in potestatem accipientis, nec pro illa quicquam reddere cogitur, et imputet sibi donator, quod tam prodigus rerum suarum fuerit, ut liberaliter effundendo semet ad inopiam redegerit. Neque obstat, quod competentiae privilegium donatori indulgeatur *l.* 19. §. 1. *ff. de re jud. l.* 41. *in fin. eod.* §. 40. *i. de action.* Hoc enim tantum tribuit exceptionem, non actionem, Coler. *de alim. lib.* 1. *c.* 13. *n.* 59. Tunc forte succurrendum foret donatori, si praetor omnem spem solius fortunae injuria bonis labatur, inque famis necessitatem incidat, donatarius vero amplam bonorum summam ab illo receperit et adhuc possideat; cessat enim ita culpa donatitis, et sicuti omnis contractus factus censetur rebus sic stantibus *l.* 38. *pr. ff. de solut.* ita et donatio ab hac interpretatione non erit excludenda, modo notavetimus, quod non ex *l. fin. c. de revocand. donat.* tunc sit agendum, sed implorandum officium judicis nobile, ad alimenta ex bono et aequo decernenda juxta amplam donati quantitatem. Zoes. *ad ff. tit. de don. n.* 91. *in fin.*

§. 3. Cum autem vix quisquam donatariorum tam 3
incivilis sit, ut accepto dono non gratias agat et verbis magnificis se suaque omnia donanti promptissima atque paratissima offerat, an ita compelli potest, ut officium ejus et auxilium aliquando desideranti gratificetur? Si ex intentione loquentis et promittentis quaestio foret decidenda negativa erit potior, qui haec verba non serio forte protulit ut obligaretur, sed tantum, ut gratiarum actionem extenderet, suamque civilitatem inpraesentiarum demonstraret, atque hanc negativam tunc omnino veram puto, si ab altera parte deficiat acceptatio, sola enim promissio non obligat promittentem, nisi accedat acceptatio promissi. Mev. *p.* 2. *dec.* 141. Si autem alter promissum serio acceptaverit, non video, quo minus teneri possit, ut officium, si quod desideratur postea ab acceptante, praestet, servanda enim sunt pacta honesta serio inita *l.* 1. *pr. ff. de pact.* praesertim moribus Mev. *p.* 5. *decis.* 407. et verba ita potius interpretanda, ut valeat actus, quam ut corruat *l.* 1. §. 2. *ff. quod quisque jur. l. quoties.* 6. *ff. qui satisd. cog.* Neque etiam facile quis donat, nisi spe antidori recipiendi allectus, cui spei potiundae multum officit civilitas, qua sensa mentis nostrae, dum duriora nobis videbantur, effetre veremur, discretioni, uti loquuntur, alterius permittentes, quae tamen fallax admodum est et incerta, quoniam in libero atque mutabili alterius arbitrio consistit, quare si cui remiseris debitum, speraus fore, ut is etiam cognato tuo remittat, vel tibi frustranea est spes, quoniam propositum in mente retentum nihil operatur *l.* 7. *c. de condict. ob caus. dat.* et sicuti nullam cogitationis poenam luimus *l.* 18. *ff. de poen.* ita nec commodum sentimus. Neque obstat, quod donatarius dicatur naturaliter obligatus, naturalis vero obligatio exceptionem producat *l.* 6. *ff. de compens.* hic enim effectus tantum de naturali plena intelligendus, non de minus plena, qualis antidoralis.

§. 4. Si etiam contingit, ut ex civilitate quis alteri 4
rem tradat, non exprimens ex qua causa alter rem habere debeat, sed sperans fore, ut accipiens mutuam civilitatem exerceat, et titulo commodati vel mutui tantum accipiat; quid igitur sentiendum, si domino rem suam repetenti alter respondeat; ego vero putabam, te rem mihi donasse? Traditionem illam validam pronuncial *l.* 36. *pr. ff. de a. r. d.* ibi: *cum in corpus, quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio.* Nihilominus scrupulum facere videtur commune doctorum axioma: contractus sine causa debendi est vitiosus. *c. cantio* 14. *X. de fid. instrument. l.* 2. §. 3. *ff. de dol. mal. except.* adeoque rescindenda foret illa traditio. Verum tutius est et aequius, stare a partibus tradentis, quoniam donatio non praesumitur ex *l.* 25. *ff. de probat.* sed error potius. Mascard. *de probat. concl.* 54. *n.* 5. Imo causa qualiscumque etiam falsa. Menoch. *lib.* 3. *praesumpt.* 10. add. *l.* 36. *ff. de r. c.* neque nobis officiunt verba ex *d. l.* 36. quia haec vera sunt, si titoli in quibus dissentiunt agentes, in genere quoad dominium transferendum con-

veniunt, uti patet ex exemplo ibidem subjecto. vid. dn. Praeses *ad I.* §. 40. *de r. d.* neque attendendus scrupulus qui ex deficiente causa debendi emergit, haec enim non statim deficit et vitiat, si non fuerit expressa, sed tum demum, si nec potuerit probari.

5 §. 5. Quod si autem inter dantem et accipientem pietatis quaedam sit praesumptio, tunc facile contra dantem praesumitur donandi animus, licet repetendi animo, sed non expresso alterius inopiam sublevaverit *l.* 1. *et* 2. *c. de n. g.* quae enim pietatis causa eroganter, non repetuntur *l.* 32. §. 2. *ff. de condict. indeb.* Tiraquell. *de privileg. piae caus. privil.* 119. Quare si quis pauperem studiosum mensae suae adhibuerit, atque alimenta dederit, non expresso, an animo donandi an repetendi faciat, non poterit repetere, si quando ad lautiorem fortunam iste pervenerit. Causa enim studiorum est causa pia, *dd. in auth. habita c. ne filius pro patre.* nec praecise opus est, ut in illo extrema concurrat inopia, dummodo quicquid datum est, intuitu studiorum datum fuerit. Quod vero Colerus *de aliment. lib.* 3. *c.* 5. inquit: si quis plane extraneus paternae amicitiae causa filium alat, tum alimenta non repetendi, sed liberali animo censentur data, illud non caret dubio, nisi suppones infantem fuisse, vel puerum, qui nullis instructus paternis bonis, neque etiam dum potens erat ad semetipsum exhibendum, sola enim amicitia paterna non potest praesumptionem donationis inducere, nisi pietatis causa, aut extremae inopiae et dantis nobilitas atque opulentia accedat. Gloss. in *l. uxori* 38. *ff. de legat.* 3. Tiraquell. *de nobil. cap. nl. n.* 4. Dn. Praes. *in caut. contract. sect.* 3. *c.* 1. Honded. *vol.* 2. *consult.* 30. *n.* 1. 2. 19. Menoch. *a. j. q. lib.* 1. *cas.* 88. *n.* 50. *seq.* Mascard. *de probat. vol.* 1. *concl.* 554. *n.* 58. 63. Neque contradicit *l.* 44. *de n. g.* quae tantum loquitur de aliquali officio familiari, quod, vel nullis vel saltem minimis constat impensis, add. dn. Brunnem. *ad d. l.* Mascard. *d. concl. n.* 57.

6 §. 6. Hoc saepius usu venit, ut civilitati assuetus precibus et blanditiis rogantium victus, illis gratificetur et donet, quod exoptant; dantur enim homines, qui verborum miri sunt artifices, et gestu, oculis atque ore adeo morese callent, ut durior sit caute Marpesia, qui istas preces immoto pectore audire possit; postea autem doleat promittentes, quod annuerint, semet excusantes, quod nimiis precibus coacti hoc fecerint, timentes, ne data repulsa inhumanissimi omnium audiantur, et alterius odium incurrant, quaeritur, an promissum seu datum ex hac causa revocare valeant? Equidem quod metus rescissionem actus gesti pariat, vulgo notum est, sed hoc obscurum, an metus, qui civilem hic movet, tantus sit, cui jura favere velint, quoniam ille metus tantum justus dicitur, qui in virum constantem cadere potest *l.* 6. *ff. quod met. caus.* at ille sane blandis verbis precibusque non statim a proposito solidaque mente deflecti nec potest nec debet, cum ne quidem metus infamiae excusare possit *l.* 7. *ff. quod met. caus.* aut futuri odii *l.* 9. *pr. d. t. l.* 9. *c. eod.* adde quod metus ex jure licito venions non pariat restitutionem *l.* 3. §. 1. *eod.* Atqui jure omnino licito agit, qui quid ab altero precibus et blanditiis exorare possit. Zoes. *ad ff. de inoffic. test. n.* 10. *c. qui sincere* 3. *distinct.* 45. Barbos. *lib.* 2. *cap.* 13. *ax.* 1.

7 §. 7. Quid si tamen instantibus blanditiis respondeat, se non solum hanc, sed et aliam quamvis rem donaturum? Putat Doring *in biblioth. jur. voc.* adulatio. Quod promittens nequidem ad illam rem certam tradendam obligetur, quia verba adulatoria et jocosa non obligant. Klock. *de contr. c.* 7. *n.* 119. At ego multum dubito, an illa ratio simpliciter absolvere possit promittentem; licet enim admittam, quod jocus non obliget, *l.* 3. *ff. de injur.* nondum tamen inde probatum, quod verba proposita sint sui natura jocosa, si aliae praegnantiores circumstantiae deficiant. Multo minus favere poterit promittenti adulatio, quae neutiquam prodesse debet adulatori; quare cum verba proposita apta sint ad consensum inducendum, recte etiam inferunt obligationem.

8 §. 8. Hoc juri convenientius, ut illis personis, inter quas est aliquod reverentiae et civilitatis vinculum singulare, annuatur facta donatio ad preces alterius instantiores; pone enim *nobilem et subditum*, qui illi debet civilitatem reverentialem, non ego, quod inter illos conventiones iniri atque subsistere possint, concedo, quod et liceat domino aliquid a subjecto per preces impetrare *l.* 6. *c. quod. met. caus.* Dn. Brunnem. *ad l. fin. c. d. t.* modo non is petierit, qui saevire potest in subditos. Abbas *in cap. insinuante. in fin.* ibique Gloss. *qui clet. vel vovent.* Marant. *in quaestion. legal. disp.* 6. *n.* 16. aut nisi preces ejus fuerint instantissimae, admodum cumulatae et vehementes, tales enim recte habueris pro jussu atq; coactione; Socin. *pol.* 2. *cons.* 263. *n.* 8. *vers. faciat.* Paclan. *consil.* 54. *n.* 59. adeo, ut inferre dicantur justum metum. *c. petitio* 31. *x. de jurejur. l.* 1. *c. si rect. prov. l. fin. c. quod cum eo.* ibique Glossa *l.* 1. *c. de petit. honor. subl.* Dec. *consil.* 219. *n.* 2. Peck. *de testam. conjug. lib.* 1. *c.* 9. arrisque compararetur. Menoch. *lib.* 2. *a. j. q. cas.* 461. *n.* 22. juxta illud:

Est rogare ducum species violenta jubendi.
Mascard. *de probat concl.* 193.

9 §. 9. Ulterius pone *conjuges*, qui amore mutuo constringuntur, vinculoque quo civiliori, eo feliciori transigunt matrimonium; in his in genere donationes sunt prohibitae, cur ita? Quia legislatores praevidebant admodum nocivam inter illos fore mutuam civilitatem, si omnes largitiones ratae haberentur; inde est, quod Ulpianus *in l.* 1. *ff. de donat. inter. vir. et ux.* ait: *moribus apud nos receptum est, ne inter viram et uxorem donationes valerent, ne mutuato seu mutuo amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate*; marsupia enim amantium, ut dici solet, ligantur folio, et nimium quantum ad blanditias propendent conjugati, Wissenbach. *ad ff. p.* 1. *disp.* 47. *th.* 1. Cum, quo ardentius quis diligit, eo profusior sit in amatum, Berlich. *de jure noverc. p.* 2. *art.* 2. *sect.* 14. *n.* 836. Ubi tamen hoc notes velim, quod quatenus illa donatio inter conjuges non admodum nociva, eatenus toleretur, *l.* 15. *de don. inter vir. et uxor.*

10 §. 10. Caveant etiam sibi donatarii, ne in acceptando sua sibi noceant civilitate. Sunt enim, qui circa acceptandum donata tergiversantur, et ut videantur civiles, tantum non recusant, utut habendi cupidissimi. Cum tamen facile contingere possit, ut

donatoris voluntas muletur, illique lucro sperato excidant; integrum enim est donatori, revocare donationem, quamdiu ab altero nondum fuerit acceptata, cui non oblatione, sed acceptatione demum jus queritur.

11 §. 11. A donationibus conferimus nos ad *praescriptiones*; nocent hae admodum negligenti, dum earum jura decernunt, ut si quis bona fide rem alterius mobilem triennio, immobilem decennio possederit, verus dominus illarum dominio, et possessione excidat, de cujus instituti justitia non nostrum est proixe dubitare, si rationem amissionis in negligentia amittentis et bona fide possidentis collocaveris. Vid. dn. Praeses *ad pr. i. de usuc. et praescr.* Hoc saltem quaeramus, an jura negligentis in civilem hic extendenda, quid si enim ex civilitate dominus tacuerit, passusque sit, ut alius re ejus utatur, et jus quoddam arroget? Difficile omnino est ad aequalia jura negligentem et civilem trahere, quis enim nescit, quantum negligentia a civilitate distet, illa enim semper ad vitiorum censum pertinet, haec autem inter officia hominem maxime decentia atque ornantia refertur, si ergo non alibi, sane ne hic officium alicui ultra voluntatem debebat esse damnosum, *l. 7. ff. quemadm. testam. aper.* adde, quod quaecumque ex liberali tolerantia ac urbanitate toleraniur, ea nec possessionem nec obligationem tribuant in futurum. Klock. *vol. 1. consil. 29. n. 565.* Balb. *de praescription. p. 1. part. 3. princ. qu. 10. n. 24.* Verum haec civilitatis jura difficulter ad dominum, cujus res usucapiuntur, applicaveris. Etenim quis virum illum dicet, qui sciens rem suam ab alio detineri, silet, et ne quidem detentori indicare audet rem esse suam; an vero cum civilitate pugnat modeste illud indicare? Sane non in silentio vera sita est civilitas, neo in intempestivo pudore, sed in prudenti moderatione verborum, et si forte odium possessoris indicando concitatum nolis, hoc facile poteris, si addideris, te permittere, ut re porro utatur, ut saltem sciat, qualis sit possessor.

12 §. 12. Neque civilis silentiis damnum mitigat, quod possessor rei meae sit meus familiaris, per actus autem familiaritatis nulla inducatur possessio Dn. Brunnemann. *ad l. 41. ff. de aqu. poss.* adeoque amicus fundum meum justo tempore detinens exceptionem usucapionis praescribere nequeat. Ille enim titulus tone tandem impedit usucapionem, si ut amicus et tamquam talis, fundum meum ingressus fuerit, quod si vero bona fide a non domino amici fundum emerit, et ab amico, id est, vero domino non fuerit interpellatus ex civilitate, haec sane non excusabit, praesertim cum doctores teneant, titulum etiam invalidum a familiaris possessionis praesumptione liberare, Mascard. *de probat. concl.* 1389. *n.* 10. Gratian. *discept. forens c.* 450. *n.* 13. Rationem vid. in *disput. de jure familiaritatis* sub dn. Praeside habita *c.* 3. *n.* 33. Cavere itaque sibi volentibus consultum est, ut isto civili et tantum non servili silentio sepositio, interpellare in tempore sustineant.

13 §. 13. Id quod pari modo tenendum puto, si quis in meo sibi aliquid arroget, ibique jus figere conetur, ecce enim, vicinus in meo pariete fenestram fabricat, ego conniveo, humanitatique indulgens prohibere non audeo, cogitans, prosint tibi lumina, quamdiu mea fieri potest commoditate, post lapsum igitur decem annorum cum meo commodo consulturus lumina velo obstruere, quaeritur, an liceat? Neg. cum per dictarum istam acquiescentiam, factum vicini tacite videor approbasse, servitutemque etiam in futurum constituisse, adeo, ut quo diuturnior civilitas, eo durius constringat vinculum, partique adversae eo majoris incivilitatis occasionem suppeditet, quippe qui jam nullis opus habet precibus, quibus me ad ulteriorem sollicitet patientiam, sed minis et processibus agere potest. Ubi illud dubium remanet, an is, qui hac acquiescentia servitutem acquisitam dicit, bonam fidem habere debeat? Quod ex eo negandum videbatur, quia sciens et tacens in actum gestum consentire censetur *l. 18. ff. mand.* et tacitum habet naturam expressi, Menoch. *de praesumpt. lib. 4. praesumpt. 40. n. 8.* Nihilominus re penitius inspecta, quoniam illa juris acquisitio fundatur in praescriptione *l. 4. §. 29. ff. de usucap.* ad praescriptionem vero omnem hodie requiritur bona fides, *cap. fin. x. de praescript.* Quare civilis suo silentio sibi tunc demum nocet, quando constituens servitutem bona fide usurpat.

§. 14. At in praescriptionibus nominum, creditori 14
civili jactura debiti quodammodo imminere videbatur, si per 30. annos non interpellaverit, debitique solvendi admonuerit, tunc enim sunt, qui statuunt, quod debitor post tanti temporis lapsum exceptionem praescriptionis opponere possit, et ad debitum restituendum non teneatur, quia in juribus praescribendis solus lapsus triennalis attenditur juxta Bartol. *in l. 4. §. si viam. 27. ff. de usuc. n.* 2. Bachov. ad Treutl. *vol. 2. disp. 22. th. 7. lit. a.* Frantzk. *exerc. 5. qu. 7. n.* 9. Gomes. *tom. variar. resolut. c.* 9. *n.* 27. Ungebaur. *exercit. just. 7. qu. 4.* Coras. *lib. 6. miscellan. jur. civ. cap.* 21. quae quidem sententia de jure civili defendi posset; sed non de jure canon. ob *d. cap. fin. x. de praescript.* Quod ob summam aequitatem, quam in hoc passu spirat, in praxin atque observantiam generalem etiam inter protestantes deductum, ut eapropter non videam rationem quare illi, qui scit se mihi debere, sed me tacente per 30. annos studio differt solutionem, adeo favendum sit, ut scienter pecuniam lucrari possit, quod sane non minus peccatum involvit, quam si aedes meas scienter per 10. annos usucapere velit, et hinc etiam in praescriptione actionum bonam fidem requirunt. Balb. *de praescription. p. 2. part. 3. princ. q. 13. n.* 10. Balthasar. *in resolut. Bevar. tit. 9. resol. 6. n. 6.* Wes. *ad tit. de usuc.* Gail. *l. 2. obs.* 18. Mynsing. *lib. 46.* Berlich. *p. 2. concl. 7. et 8.* Harppr. *ad tit. de usuc. n.* 79. Bald. *ad d. cap. ult. de praescr.* ubi *n.* 2. ait: *quod scientia juris civilis in hac controversia nos ducat in gehennam.* Dn. Brunnemann. *ad l. 3. n. 12. c. de praescript. 30. ann.* Colerus *p. fin. n. 17. x. de praescrit.* eamque decisionem pietati bonisque moribus convenientem dicit Mev. *p. 4. decis. 233. n.* 4. et in pronunciando observantiam testatur Dn. Brunnemann. *cent. 3. decis.* 13. Quod eousque verum puto, ut pro debitoris bona fide praesumendum haud sit, quoniam ex praeterito praesumitur in praesens *arg. l. 22. ff. de probat.* et demum censetur proprii facti ignarus, nisi de haerede debitoris sit

quaestio. Duns Praeses *in tract. mss. de praescript. action. axiom.* 6. *exempl.* 1.

15 §. 15. Tunc enim nociva est creditori humanitas, si haeredem debitoris interpellare distulerit, qui defunctum istius crediti debitorem extitisse ignorat, adeoque in bona fide est. Hoc saltem dubitari posset, an haeres, licet in bona fide sit, praescribere possit; constat enim, quod regulariter succedit in vitia defuncti, adeoque non possit jure meliori uti quam defunctus *l.* 59. *ff. de r. j. nov.* 48. *in praefat.* Id quod expeditum est in usucapione corporum, Zoes. *ad ff.* n. 62. Ubi vitium cum re ambulat. *l.* 11. *c. de amittend. vel retin. poss.* In actionibus autem praescribendis nulla possessio alienae rei ad haeredem devolvitur, ut ita ficta malae fidei devolutio hoc casu locum habere nequeat du. Brunn. *cent.* 3. *dec.* 13. Dn. Praeses. *in d. axiom.* 6. *declarat. unic.*

16 §. 16. Quod si autem debitor in instrumento ita expresserit, *dass dem Glaenbiger frey stehen solle nach seinem Wolgefallen die Schuld wieder einzufordern, zu welcher Zeit es ihm beliebet werde*; vel uti ut plurimum doctores proponunt in retractu conventionali, *dass dem Verkaeuffer frey stehen solle, zu welcher Zeit es ihm gefaellt das verkauffte Hauss wieder einzulösen*, an praejudicatum est haec formula praescribenti debitori? Plurimi sunt doctores, qui hoc casu excludunt praescriptionem longissimi temporis, ita ut creditor quovis tempore creditum repetere possit. Francisc. Zoannett. *ad l.* 2. *cod. de pact. int. empt. et vendit. n.* 33. Fulgos. *consil.* 123. Ossasc. *decis.* 115. Gomes. *tom.* 2. *variar. resolut. c.* 2. *n.* 28. Harpprecht *ad pr. inst. de usucap. n.* 198. Quorum fundamentum consistit primo in *l.* 31. §. 22. *ff. de aedil. edict.* Secundo in ratione, quia verba haec contrahentium apta sunt ad significandam temporis infinitatem, quo casu infinitas toleratur *l.* 2. *c. de pact. int. empt. et vendit.* Quam sententiam si isti doctores de ipso debitore primo intelligunt, uti dicendum videtur de Harpprecht. *d. l. n.* 103. et Zoes. *ad ff. tit. de utucap. n.* 42. facile approbo, etiamsi verba non apposita fuissent ob praesumptam malam fidem *vid.* §. *praeced.* At extra illum casum non dubitavi potius ad castra dissentientium transire, et quod illa verba praescriptionem longissimi temporis nondum excludant statuere cum Signor. *consil.* 139. Francisc. Balbus *de praescript. p.* 4. *part.* 4. *princ. q.* 3. Cagnol. *in l.* 2. *c. de pact. int. empt et vendit.* Bachov. ad Treutler. *vol.* 1. *disp.* 28. *th.* 10. *lit. d.* Menoch. *consil.* 113. *n.* 23. Verba enim *quotiescumque* et *ad beneplacitum.* commode possunt explicari secundum jus commune, ita ut mens fuerit debitoris, se intra illud spatium tricennale paratum fore ad solvendum et reddendum quocumque die, quacumque hora accesserit et postulaverit; atqui, quoties alia verborum interpretatio capi potest, toties non praesumitur renunciatio Mascard. *de probat. concl.* 269. *n.* 4. Cravetta *cons.* 251. Natta *vol.* 1. *cons.* 78. *in fin.* Neque nostram sententiam convellunt leges supra citatae, prior enim tantum loquitur de exclusione praescriptionis brevioris scil. biennalis. Posterior tantum indicat pactum de retrovendendo fieri posse, vel sub designatione certi temporis, vel sub incerta et simpliciter.

17 §. 17. Cum temporis diuturnitas non minimum in praescriptionibus momentum habeat, occasione ejus annectendam putavi et notandam istam creditoris civilis nocivam acceptationem, qua per certos annos a debitore minore minores accepit usuras quam promissae sunt, hoc ipso non solum sibi praejudicat creditor, ut residuum ex praeteritis annis petere nequeat, sed et debitori jus acquisitum, ut nec imposterum majores solvere teneatur per *l.* 13. *pr. ff. de usur. et l.* 5. *c. eod.* Hujus dispositionis ratio non satis liquida apparet. Etenim sicuti debitor plus solvendo quam debet sibi non praejudicat, sed illi patet condicto indebiti, ita nec nocere debebat creditori minus accipiendo. *cap. cum olim. x. de censib.* §. 36. *i. de action. ibi: si minus intentione sua complexus fuerit actor, quam ad eum pertineat, sine periculo agit.* Quia remissio et donatio non praesumitur, sed potius error et quaevis causa fatua; imo licet tandem concederem, acceptationem istam subsistere posse quoad praeterita, hoc tamen singulare, quod et ad futura extendatur, uti colligitur ex *l.* 28. *c. de pact. et l.* 7. *c. de usur.* Quam ob causam specialem applicant rationem petitam ex odio usurarum, Petrus Barbos. *ad l. quae dotis.* 34. *n.* 48. *ff. solut. matrim.* Göden. *consil.* 109. *n.* 132. Du. Brunn. *ad d. l.* 13. et favore remissionis *l.* 47. *ff. de o. et a.*

§. 18. At quot annis durare debuit ista acceptatio, 18
si nocere debet? Lex ipsa non definit, sed tantum mentionem facit multorum annorum et certorum, unde lis est, quot anni requirantur? Sunt qui decem requirunt, quale spatium ad inducendam ex solutis tamdiu usuris obligationem necessarium putant, dd. *ad l.* 6. *pr. ff. de usur. ibi: longo tempore.* Verum tutius ambulabimus cum opinione communi, quae triennium ad hoc sufficere colligit ex *l.* 1. *c. de fideicomm.* Cum enim tantum tempus sufficiat in favore alimentorum inducendorum, quidni in favore odii tollendi atque remittendi. Du. Brunnemann. *ad l.* 5. *c. n.* 4. *de usur.* Sichard. *d. l.* Inde ergo sequitur, ubi cessat favor odii remittendi, ibi ex triennali mineris acceptatione creditor in dubio sibi non praejudicat, sed potius longum tempus accedere debet, prout hoc volunt in annuo censu Carpzov. *p.* 2. *c.* 2. *def.* 5. Berlich. *p.* 2. *concl.* 5. *n.* 13. Du. Brunn. *ad d. l. in fi.*

§. 19. Ex dictis his remanet scrupulus, an prae- 19
sumptio illa taciti pacti ex acceptatione oriunda sit juris et de jure, ita ut creditorem non admittat ad probationem contrarii? Affirmandam hoc videbatur, quia leges pactum hoc praesumentes simul etiam disponunt seu condemnant *d. l.* 13. Aequiorem tamen puto negativam, si ipse creditor ad praesumptionem istam elidendam semet offerat, erroremque acceptationis aut culpam ipsius solventis probare velit, quoniam etiam probatio contrarii admittitur in praesumptione juris et de jure. Du. Brunnem. ad Wesenb. *tit. de probat. pr.* 33. Haeres autem, de quo *d. l.* 13. loquitur, difficilius admittetur, quippe qui nescit, qua mente defunctus solutionem acceptaverit. Quid si ergo creditor excipiat, ex civilitate accepi minores usuras? Minus audietur; nec interest, an ex pudore remiserit, an libere; abjiciendus enim erat pudor servilis, cui jura non video patrocinari, si rerum vel honestarum vel saltem licitarum nos pudet.

§. 20. Simili modo notatur et illa civilitas, qua cre 20

diter tribus continuis annis usuras annuosque redditus acceptat, et quietantia reddita praeterit silentio istas usuras redditusque, quos debitor ex pluribus annis praecedentibus adhuc debet, illa enim praetermissio pro debitore tres continuatas solutiones ostendente inducit praesumptionem, quod et antea solverit. *l.* 3. *c. de apoch. public.* quae quidem loquitur tantum de apochis publicis, sed ob rationis aequalitatem etiam ad causas privatorum est extensa a dd. Anton. Gabr. *lib.* 1. *de praescript. conclus.* 3. Alexander. *vol.* 5. *cons.* 105. Mascard. *de probat. concl.* 1327. Dn. Brunnem. *ad l.* 16. *n.* 4. *ff. de usur.* licet hanc dispositionem non admittant, si uno anno solutio facta est pro tribus annis proxime praeteritis. Bartol. *in l. eum qui ff. de legat. ann.* Balb. *de praescript. p.* 1. *part.* 3. *princ. qu.* 10. *n.* 26. Hieron. Gig. *de pension. qu.* 81. *n.* 2. Finckelthaus. *obs.* 115. *n.* 18. et sicuti praesumptio alias cedit veritati, ita et hic integrum erit creditori, negativam probare, atque ostendere, praesumptionem istam falsam esse. Dn. Brunnem. *ad d. l. n.* 5. Quo tamen probationis onere ut sublevetur, consultius est fronte effronte uti, et cautelis potius, quam nimiae civilitati indulgere, ita ut quietantia cum reservatione debiti restantis fiat: *Es wird Titius wegen dieses Jahr-Zins hiemit befriediget, und zugleich die annoch zuverversessene Zinsen reserviret.* Dn. Praes. *in cas. contr. S.* 4. *c.* 3. §. 7.

CAPUT V.

De civilitate nociva circa contractum ineundum.

SUMMARIA

Civilitas an in contractibus *nociva? n.* 1.
Expressio rogationis in mutuo *quid operetur? n.* 2.
De oblatione ad benefaciendum. *n.* 3.
Omissio usurarum nociva. *n.* 4.
An inhumanum usuras exigere? n. 5.
Civilitas nociva in non exigendo usuras. *n.* 6.
Nocet ex civilitate omissa inquisitio versionis. *n.* 7.
Applicatur ad istiorem. *n.* 8.
De chirographo ante accep tum creditum dato. *n.* 9.
Quid si ex civilitate chirographum non repetat? *n.* 10.
Civilitas nociva in commodato. *n.* 11.
De concessione usus ad beneplacitum. *n.* 12.
De oblatione commodati spontanea. *n.* 13.
Nocet civilitas depositario. *n.* 14.
Distinctio examinatur. n. 15.
Periculum *an contineat casum fortuitum? n.* 16.
De usu depositi concesso. *n.* 17.
An contra civilitatem sit, pignus exercere? *n.* 18.
De electione hypothecarum concessa. *n.* 19.
An tollat facultatem alienandi? n. 20.
De liberali concessione usus pignoris. *n.* 21.
Si creditor ex civilitate non contradicat venditioni hypothecae. *n.* 22.
De consensu in novam oppignorationem. *n.* 23.
Distingaitur. n. 24.
De pignore ex civilitate reddito. *n.* 25.
De civilitate noc. in pretio alterius arbitrio relicto. *num.* 26.
Civ. nociva in non exorta cautione de evictione. *n.* 27.
Venditor non sit civilis in tradendo. *n.* 28.
Civilitas nociva in fide habenda. *n.* 29.
Fide non habita melior conditio venditoris. *n.* 30.
Venditori nocet retentio rei. *n.* 31.
Jus protimiseos non facile concedendum. *n.* 32.
Quo remedio hic utendum? n. 33.
De pretii determinatione emptori relicta. *n.* 34.
An ita venditor recedere possit? n. 35.
An civilis concessio usus rei impediat petitionem pensionis? n. 36.
De expeditione negotii alieni. *n.* 37.
Nocet civilitas si praedium ad longum tempus locetur. *n.* 38.
Civilitas nociva in mandato suscipiendo. *n.* 39.
Qualis culpa hic praestanda? n. 40.
Distinguitur. *n.* 41.
Deciditur materia praestationis culpae. *n.* 42.
Resolvuntur dubia. n. 43.
An noceat mandatario expensas facere? *n.* 44.
De casu in facto contigente. *n.* 45.
Oblatio civilis transfert quandoque periculum rei. *n.* 46.
Civilitas nociva in commendationibus. *n.* 47.
An ob delictum commendati detur regressus contra commendantem? n. 48.
Nocet civilitas in credenda pecunia commendato. *n.* 49.
Negotiorum gestori *saepe nociva civilitas. n.* 50.
Ad quam culpam teneatur gestor? *n.* 51.
Cautela pro gestore ad evitandum damnum *n.* 52.
De fidejussione amplissimis verbis facta. *n.* 53.
Quando negans fidejussionem amittat exceptiones? num. 54.
Fidejussorum conditio periculosa. n. 55.
Remedia se a fidejussione liberandi. n. 56.
Personae pro quibus quis fidejussurus est, considerandae sunt? n. 57.
De fidejussore ut principalem debitorem sese obligante. n. 58.

§. 1. Nolim, ut quis ex rubricae intuitu colligat, contrahentibus justitiam esse amplectendam, quia civilitas est nociva, sed hanc saltem differendam, quatenus est nociva, quod ultimum prospicere prudentis est atque vigilantis. Quis enim nescit, hanc multum prodesse ad eliciendum contractum vel alterutri paciscentium, cum contractus omnes, quoad initium sint officii, voluntatisque, non necessitatis *l.* 17. §. 3. *ff. commod. l.* 5. *c. de o. et a.* adeoque durioribus verbis vix exterqueantur; sed potius ubivis opus est bonis verbis, si quid ab altero impetrare velis, ut inquit dn. Praeses *in cas. sec.* 2. *c.* 2 §. 6. praesertim in contractibus gratuitis, ubi oblata officia minus grata; imo interdum nociva, semperque gratiora exorata, more quidem et ingenio hominum non satis laudabili. Etenim actus virtutis, quo magis voluntatis libertatem spirant, atque spontaneitatem, eo magis sapiunt naturam virtutis, eoque magis mirandi, sed ut sunt conjecturae hominum faciles, ita et ex spontaneis et sponte oblatis vilitatem quamdam argunnt, et facile comicum illud jactant: *cum nemini obtrudi potest itur ad me.* Patebit hoc pas-

eim in recensendis et examinandis contractuum speciebus. In quibus singulis quomodo occurrat civilitas nociva et quatenus eidem caveatur, pro virili notabimus.

2 §. 2. In *mutui* contractu incidunt illa verba in instrumentis mutui exprimi solita, *dass Titius auff mein fleissiges Bitten und Anhalten mir* 2000. *Rthl geliehen*. Itane ad naturam mutui requiritur, ut preces praecedant, aut in instrumento sint expressa? Equidem puto, verba ista plane esse otiosa et superflua, nec quicquam operari, licet enim dicere velles, apposita esse, ut excludatur praesumptio violentiae et extorsionis, ac si creditor coactus fuisset credere istam pecuniam, tamen in illis, quae tacite insunt, non opus est expressione *l.* 3. *c. de fidejuss.* dum quisque censetur ita contraxisse, ut contrahere debebat, sine metu, sine dolo et errore, et illud tandem creditor se diceret coactum, tamen vim illam abfuisse non opus habet probare debitor, sed quod adhibuerit, probabit creditor. Est itaque verborum civilium appositio nec damnosa nec profecua.

3 Quod si quis alterum hac civilitate amplecteretur, et diceret, si qua re imposterum egebis, venias ad me, ut succurram tibi, an ita semet offerens tenetur petenti mutuam dare pecuniam? Omnino, si promissor polleat facultatibus et sit nummosus, ut aliis hoc genus auxilii praestare possit, neque licitum est, praesertim hodie, ubi ex pacto etiam actio nascitur civili, liberalem istam promissionem, verbaque civilia restringere ad aliud auxilium speciale, cujus acceptatis forte non indiget, quia jam tum satis restringuntur, dum non donationem, sed saltem mutuum aliet exigit, adeoque satis civiliter verba civilia explicat. Jure tamen iste promissor sibi consulere potest interdum illa clausula salutari: *rebus sic stantibus* ex *l.* 38. *pr. ff. de solution.* Ita ut si dives postea ad fortunam adversam fuerit delapsus, sibique sustentando vix sufficiat, aut acceptans ejus factus fuerit inimicus, non possit ad mutui dationem compelli, quia mutuum ex amicitia et familiaritate profectum Carpzov. *lib. 3. res. 2. n.* 12. Harpprecht. *ad pr. I. quib. mod. contr. oblig. n.* 93. Officia autem amicitiae inter inimicos locum non inveniunt *arg. l.* 23. *ff. mandat.*

4 §. 3. Si creditor mutuam dederit pecuniam, opus habet exprimere quas recipere cogitet usuras; nec speret, jam tum debitorem fere illius pudoris et verecundiae, ut gratuitum usum non desideret. Haec enim spes fallax est, et vana, cum sit de natura mutui usurarum praestatio, nec tacite insit *l.* 17. *pr. ff. de pact. l.* 121. *ff. de v. s.* adeo quidem, ut licet pacto simplici promissae essent, tamen non deberentur, nequidem post moram, sed opus erat praecisa stipulatione *l.* 3. *c. de usur. l.* 10. §. *si quis Titio. ff. mandat. l.* 4. *ff. de p. v.* Zoes. *ad ff. tit. de usur. n.* 28. *et* 30. Dn. Praeses *in cautel. sect.* 2. *c.* 1. §. 28. Hunn. *in encyclops. p. tit.* 3. *n.* 2. A quo rigore hodie recessum exaequato pacto stipulationi, dn. Brunnem. ad Wesenbec. *tit. de usur. quaest.* 7. ita ut mater sit mora usurarum etiam in mutuo. Hahn. ad Wesenbec. *tit. de usur. per recess. imp. de ann.* 1600. §. *So viel. num.* promissae autem specialiter etiam nulla mora intervenientē a termino promisso peti possint. Et, quod speciale est in Pomerania, ubi si usurae nullae expressae, quinque tantum pro centum debentur in casu morae, sin sex promissae, praestari hae debent. Mev. *p.* 2. *decis.* 205.

§. 4. At nonne peccat contra civilitatem, si amicus ab amico non erubescit usuras petere? Neutiquam, sed debitor potius erubescat usuras amico denegare, si pecunia mutuo accepta lucrum captat, qui non debebat locupletari cum alterius damno *l.* 14. *ff. de condict. indeb.* quo casu Hunnius *d. l. n.* 10. usuras peti posse concedit post moram commissam, et excludit licentiam usuras stipulandi utpote damnatam tam jure canon. quam recessu imp. de anno 1600. Sed huic opinioni praxis judiciorum nimis reclamat, neque illa iniqua videtur; si creditor sciat debitorem mutuo isto quaestum facere. Secus foret si debitor fuerit pauper, et credita pecunia ad necessaria vitae subsidia utatur, tunc summae foret inhumanitatis usuras stipulari, debitor enim ita non certat de lucro captando, sed damno avertendo, fameque lenienda. *c. quoniam, caus.* 14. *q.* 4. *c. post miserabilem.* 12. *X. de usur.* 5

§. 5. In eo creditori licet habere frontem effrontem, 6
ne sinat crescere usuras, sed sedulo singulis, quantum fieri potest, annis exigat; quoniam silentium diuturnum nocet, ut, si usurae ultra alterum tantum excreverint, excessum illum postea petere nequeat, prout ipsi licitum, si sedulus et impudens fuerit particularium usurarum exactor atque interpellator *l.* 10. *c. de usur.* Cui quidem derogatum fuit per *novell.* 121. *c.* 1. In praxi tamen receptum est *ad dict. l.* 10. Dn. Brunnem. *ad d. l.* 10. Dn. Praes. *in caut. s.* 2. *c.* 1. §. 28.

§. 6. Nocet etiam sibi civili pudore creditor, dum 7
pudet aliorum occultae nequitiae diffidere, et omnia potius bona de hominibus praesumunt, faciloque credunt, unde fit, ut suo damno experiantur, vulgo quod dici solet;

Qui facilis credit, facilis quoque fallitur idem.

Quod si enim filiusfam. ab alio petierit mutuum, et sancte affirmet, se idem in rem patris versurum esse, addita simul et probata causa, quae expensas requirebat, quo facto cum alter mutuum dedisset, putans, ob fictam simulatamque probitatem creditum bene versum iri a debitore, cujus actiones indignum esset tam sollicite attendere. At postea filius popinas et lupanaria pervagando consumit, quaeritur, an creditor contra patrem habeat actionem ad repetendum creditum? Ita videbatur, quoniam alteri per alterius nequitiam non debebat iniqua inferri conditio *l.* 77. *ff. de r. j.* nec conveniebat creditori, nimium diffidere negotiis debitoris candorem fidemque antiquam egregie simulantis. Verum nec conveniebat dicere, filium patris conditionem facere posse sua fraude deteriorem, qui in minori est culpa quam creditor, suique filii facta praestare nullatenus potest, praesertim sine praevio consensu, qui ad omnem obligationem requiritur. Hinc jure actio illa creditoris eliditur per exceptionem ex *l.* 1. §. 2. *ff. de eo per quem fact. quo min. et. l.* 3. §. 9. *ff. de in rem vers.* ibi. *ne credulitas creditoris domino obesset, vel calliditas servi noceret*, dum creditor se fundare vult in versione, probare etiam debet versionem factam esse, nec sufficit, quod ex creditoris intentione fieri debuerit, indeque ne tunc quidem versio facta dici potest, si filio illi dederit, qui solitus fuit vertere, et is etiam ea mente accepit ut verteret, sed postea alio vertit pec-

d. l. Quia non propositum, sed opus ipsum attenditur. Idem erit etiamsi filiusfam. juraverit, se bene versurum, et hoc juramento inductus creditor solverit, quia filius perjurio suo patri nocere non potest, sed semper habet hic creditor, quod suae credulitati et civilitati imputet. Quapropter consultum est illi, qui videt filiumfam. inopia laborantem, victuque et vestitu indigentem, ut pecunia unde se alat, non filiofam. subministret, sed ipse statim immediate pro victu, vestitu aliisque necessariis, creditoribus reddita apocha exsolvat sibique dictum putet: *manus meae oculatae sunt, credunt quod vident.* Durum quidem est, ita filiumfam. nobilem praesertim, bonaeque famae juvenem tractare, et sit durum, in portu certe hac ratione aliter navigabit.

8 §. 7. Dicta illa perseque tenent in *institore*, qui, dum jactat sui principalis fidem, favorem et inserviendi studium erga creditorem, hic statim ut docuit, quanti principalem faciat, offert pecuniam, quantamcunque expetit institor incivile putans curiosum esse in perlegendo et examinando mandato. Postea pecuniam creditam a domino repetiturus, cognoscit institorem istum pecuniae mutuo sumendae non fuisse praepositum, et jam esse fugitivum, quaeritur an repetere possit a principali in cujus gratiam credidit pecuniam? Non tenebitur principalis, nisi versio in rem domini fuerit probata. Quamvis enim institor sit instar mandatarii, ex cujus contractu ipse mandans tenetur *l. 1. pr. ff. quod jussu.* Hoc tamen solum procedit, quatenus mandatarius aut institor fines mandati observaverit, adeoque ob mutuam pecuniam ab institore acceptam non tenetur principalis, nisi probetur, ei, ut id faceret, a principali esse permissum. *l. 1. c. de instit. act. l. 5. c. eod.* ibi: *et hoc probare confidis.* Blas. Michalor. *de fratrib. p. 2. c. 48. n. 17.* Gail. *lib. 2. obs. 21. n. 7.*

9 §. 8. Docet etiam experientia, quantum sibi officiat civilis in offerendo edendoque chirographo, antequam creditor pecuniam solverit, cui quidem facilitati ipsa jura jam tum aliqua ex parte succurrerunt, et ne in nimia damna traheretur debitor, remedium praestiterunt in exceptione non numeratae pecuniae, quam debitor, qui non statim dato chirographo creditum accepisse praesumitur, intra biennium opponere potest *t. t. c. de except. non numer. pec. pr. inst. de literar. obligat.* Sed in gratiam sui creditori etiam huic beneficio facillime, addito insuper juramento, renunciat, durissimisque, ut vocant, clausularum nodis se illi mancipat, saltem ut faciliorem et faventiorem alterum habeat ad credendum. Quaeritur ergo an illa jurata exceptionis nonnumeratae pecuniae renunciatio impediat illius usum? Affirmativa maxime videtur justitiae consona, quia juramentum super accepto mutuo utique fidem meretur, cum nemo contra suum juramentum sit audiendus, quod semper servandum, si sine dispendio salutis servari potest jam vero hic tantum de dispendio temporali agitur, quod nunquam tanti est, ut jusjurandum violetur *cap. cum contingat. 28. c. de jurej.* id quod etiam volunt Gutierrez. *de juram. confirm. p. 1. c. 37. n. 8.* Molina *de j. et j. tr. 2. disp. 302. n. 11.* Menoch. *lib. 3. praesumpt. 12. n. 27.* Zanger. *de except. p. 3. c. 14. n. 73.* Coler. *de process. execut. p. 1. c 10. n. 212.* Ziegler. *ad [illegible]. prax. §. 12. concl. 5. n. 15.* Sed contradicunt Galleat. *de renunciat. tom. 2. renunc. 124. n. 13.* Dn. Praeses *in cautel. s. 2. c. 7. §. 11.* Quorum sententiam existimo aequiorem, quia debitori prodest, et jurata exceptionis renunciatio hoc casu aeque atque simplex ante pecuniae solutionem potuit conscripta esse, uti autem simplex renunciatio non obstat, quo minus illa opponatur exceptio, ita nec jurata obstare debet, cum juramentum sequatur naturam actus cui accedit *l. fin. cod. de non num. pec.* Card. Mantic. *de tacit. et ambig. convent. lib. 4. tit. 32. n. 89.* Menoch. *cons. 24. n. 7.* Qui hoc casu spe numerationis gestus, nec potuit per additum juramentum ad pariorem numerationem invitari.

§. 9. At quid sentiendum, si spe numerationis debitor chirographum per biennium apud creditorem speratum reliquerit, sperans sua hac facilitate tandem ad solutionem commotum iri? Tunc damnum multo gravius incurrit. Quidam enim eo opinionis delabuntur, ut contendant, debitorem licet revera nullam pecuniam acceperit, tamen summam in obligatione expressam reddere compellendum, quod prolixe et subtiliter defendant dn. Frantzk. *exerc. 10. qu. 10.* et Harpprecht. *ad i. tit. de obligat. liter. n. 13.* quibus addas Duaren. *ad tit. c. de pecun. non num. cap. 74.* Coler. *de process. execut. p. 1. c. 10. n. 716.* Zanger. *de except. p. 3. c. 14. n. 66.* Riemer. *dec. 10. qu. illustr. 8.* Hu[illegible]. *lib. 3. variar. resolut. jur. civil. tr. 6. qu. 2.* Hilliger. *in Donell. lib. 14. c. 38. lit. a.* Rationis loco potissimum allegantes *l. 8. c. de n. n. p.* ibi: *omnimodo compellatur. et l. 14. pr. eod.* ibi: *eo elapso querela nullo modo introduci possit*, quorum sententiam in cathedra non facile quis refutaverit, sed periculosum fuerit in foro defendere, ob contrariam praxin jam tum inductam, qua debitori non denegatur exceptio pecuniae non numeratae, etiam post biennium, dummodo onus probationis in se velit suscipere: Distinguunt enim pragmatici inter exceptionem privilegiatam et communem; ab illa tantum exclusum volunt debitorem post lapsum illius temporis, non etiam hac, neque illa distinctio sua destituitur aequitate, siquidem non solae literae inducunt obligationem, sed praesumptum mutuum literis expressum; hoc si excipiens revera non contractum probare possit, quid sequius, quam eum non compelli ad reddendam summam, quam revera nunquam accepit, praesertim cum jura ad actionem excludendam praescriptionem triennalem indulserint, nec videam rationem, cur huic exceptioni penitus excludendae tempus tam breve debeat esse indultum. Gomes. *tom. 2. variar. resol. c. 6. n. 7.* Faber. *in cod. lib. 4. tit. 29. def. 1. n. 5. 6.* Umm. *disp. de process. 8. concl. 5. n. 35.* Schneidew. *ad tit. de literar. obl. n. 11.* Zoes. *ad ff. de o. et a. n. 34.* Dn. Praeses *ad tit. i. de liter. obl.* Ziegel. *ad Calo. prax. §. 12. concl. 5. n. 34.* Mev. *p. 2. dec. 22.* Carpz. *p. 1. c. 32. def. 66.* Laur. Kirchoff. *comm. opin. cent. 6. concl. 16.* 10

§. 10. Contractum *mutui* sequitur *commodatum*, quod sicuti sui natura est gratuitum, ita ex civilitate oriri certum est, cavebit igitur commodando pronus, ne nimis sua facilitate sibi noceat, quod verbis, quibus faciles sumus, facile contingere potest, quid si enim roganti rei meae usum respondero, utere pro beneplacito tuo, *es stehet zu seinen Diensten, er gebrauche es nach Belieben*, quaeritur primo, ad quam 11

culpam haec verba commodatarium velint esse obligatum? Levissimam quidem regulariter exigunt jura *l. 5. §. 4. ff. commod.* at in praesenti casu solum culpae locus erit, quoniam commodatus non ad certum usum rem ejus accepit, et ita magis est precarium, quod inter alia etiam in eo distinguitur a commodato, quod hoc cum certo modo et ad certum usum datur. Menoch. *l. 2. a. j. q. casu.* 23. illudque utentem ad culpam latam tantum adstringat *l. 2. ff. de precar.* et quamvis commodatarius ad certum usum rem commodatam exoraverit, non tamen levissimae culpae adstringitur, sed sufficere puto, si eam diligentiam rei alienae adhibuerit, quam propriis impendit, dum enim re uti conceditur pro beneplacito, ad majorem, quam sibi ipsi placet, diligentiam obligari nequit, adeoque saltem illam praestabit negligentiam, quam etiam in re sua improbat.

12 §. 11. Dein, si usum rei tunc ad certum tempus vel modum desideranti, supra allegatis verbis concesserit, licentiam das commodatario utendi re pro lubitu, verba enim illa, *nach Belieben, nach Wohlgefallen*, omnino denotant libertatem voluntatis et arbitrium indefinitum, ita ut petens plura impetret quam speravit. Quare si quis equi usum petierit ad unum diem, dominusque modo isto civili concesserit, non aegre ferre debet, si eodem vel triduum alter usus fuerit. Imo quaeri posset, annon re ita concessa alteri usus per dies vitae relinquendus sit? nec videtur hanc licentiam denegare Glossa *ad l. 11. §. 7. ff. de leg. 3.* verb: *voluerit dicendo*: quod beneplacitum nulli legi subjaceat, vel saltem morte illius, cujus beneplacito relinquitur, desinat arg. *l. 4. ff. locat.* Verum cum sint illa verba a concedente civiliter prolata, non nimis duram, sed civilem potius interpretationem illis addere decet, ita ut illud beneplacitum restringatur ad tantum tempus, quo commodissime usum istum jam tum destinatum habere potuit; aliud est, si dixisset concedens: utere quamdiu voles.

13 §. 12. Porro magis prodest commodanti, concedere usum appetitum atque desideratum, quam offerre insperatum; quamvis enim laudem majorem parere videatur voluntaria ista oblatio, dum quo magis insperata, eo magis grata, accipientem tamen minori subjicit culpae, offerens quippe commodatum, ad solum dolum alterum obligare dicitur in. *l. 5. §. 10. ff. commod.* Contra, commodatum expetitum dantem subjicit minori periculo, et accipientem diligentiae exactissimae adstringit; cujus diversitatis ratio in eo consistere videtur, quod ex oblatione non affectata jura praesumant, rei istius oblatae usum non admodum necessarium fuisse accipienti, et hinc etiam minorem rei istius curam desiderarunt, quemadmodum appetitum usum ut eo facilius concederet dominus, eo minori periculo eum obnoxium esse voluerunt, accipientique majorem curam imposuerunt. Unde colligendum puto, quod illa spontanea oblatio non officiat, si egeno, qui rei istius usum admodum sibi necessarium queritur, concedentem tamen rogare non audet fiat.

14 §. 13. Idem periculum sibi creat *depositarius civilis*; qui officia sua ad depositum recipiendum sponte obtulerit, hujus enim diligentiam majorem volunt esse debere quam illius, qui rogatus recipit depositum per *l. 1. §. 35. ff. depos.* Harpprecht. *ad §. praeterea* 3. *i. quib. mod. re contrah. n.* 28. Trentacinq. *lib. 3. variar. resolut. tit. de deposito resol. 2. n. 8.* Mantic. *de tacit. et ambig. conv. lib. 1. tit. 9. n. 19.* Dnus Praeses *de caut. contr. s. 2. c. 3. §. 1.* Mirum videri poterat legem prospexisse contra offerentem, et tantopere deponenti favere, cui per oblationem hanc sat occasionis suppetebat, arctioribus vinculis, si vellet constringere offerentem; oblatio enim ista audaciorem jam tum reddit acceptantem ad praescribendum clausulas pro lubitu. Inde aliquibus distinguere placet; aut 15
peregrinus omnibus illic loci amicis orbatus deponere cupit, aut dominus amicorum dives; illo casu, ubi ex commiseratione se aliquis depositurо obtulit, non tenetur ad rigidiorem diligentiam, cum officium nemini debeat esse damnosum, nec poterit is dici se sponte obtulisse, qui sat multis suspiriis et desideriis fuit exoptatus atque quaesitus, licet non in specie rogatus: unde etiam quidam consulent hoc in casu semet offerenti, ut his verbis se offerat: *Dass im Fall er seine Sachen anderswo nicht unterbringen könte, er sie bey ihm niederlegen möchte*; ita enim odium illud oblationis videtur quodammodo mitigatum. At posteriori casu demum ad culpam levissimam ipsum offerentem condemnat Panormit. *in cap. bona fides n. 3. X. depos.* Molina *de j. et j. tr. 2. disp. 527. n.* 5. Carocius *tit. de culpa n. 1.* Lopez. *de contract. lib. 1. cap. 36.* Quid si addiderit offerens, *das Gut ist* 16
bey mir ausser aller Gefahr und wohl verwahrt, an periculum etiam includit casus fortuitos, ita ut si vi majori postea res deposita perierit, ad restitutionem ejus teneatur offerens? Affirmativa colligi posse videbatur ex *l. 2. §. si eo tempore ff. de administr. tut. l. 7. §. si paciscar.* vers. *item si quis ff. de pact. l. 5. §. 2. ff. commod. l. 10. ff. de peric. et commod. rei vendit.* sed aequius est distinguere, an recipiens dixerit, *Ich stehe vor aller Gefahr*, an vero, *es ist bey mir ausser aller Gefahr*; illo casu mens clara est paciscentis, quod omne damnum praestare velit, quod in ipsius est potestate; hoc autem, rem ab illo tantum periculo tutam affirmare censetur, quod ex culpa depositarii immineret poterat, ne alias videatur vana et ridicula esse assertio ipsius, quippe qui neutiquam praescire poterat, multo minus promittere, rem etiam fore extra casuale periculum, et hoc etiam deponens facile animadvertere poterat, quod verba de isto periculo intelligi nequeant.

§. 14. At quid sentiendum de civilitate deponentis, 17
dum usum pecuniae depositae permittit depositario? Distinguunt hic: utrum illius pecuniae usus ab initio his verbis concessus, ut scil. depositarius eadem, si volet, uteretur: an vero ex postfacto concessus; priori casu in depositarium non ante transit periculum pecuniae, quam mota seu ad usum conversa fuerit *l. 1. §. 35. ff. depos. l. 10. ff. de r. c.* Quoniam ex voluntate contrahentium non ante transit dominium, quam conditio volendi actu ipso extiterit in depositario vid. dn. D. Hoppe *in exam. inst. tit. quibus mod. re contrah. oblig. q. 36.* Quod eatenus utile pro deponente, quia quamdiu non mota est ab accipiente pecunia durant depositi privilegia, quae statim a tempore contrectationis seu usus cessant, et tantum obtinent jura mutui; in posteriori casu attendendum utrum usus pecuniae roganti depositario concessus, an sponte oblatus; si illud, statim depositum transit in mutuum,

et ipsius depositarii est periculum, licet nondum loco moverit et contrectaverit pecuniam *l.* 9. §. *fin. ff. de r. c.* Franzk. *ad ff. d. t. n.* 17. Haepprecht. *ad pr. i. quib. mod. re contrah. n.* 80. Quod si vero ipsemet dominus sponte usum depositi obtulerit, nondum est translatum periculum in debitorem, sed illud tamdiu manet deponentis et offerentis, donec depositarius loco moverit, eoque uti coeperit, *d. l.* 10. *ff. de r. c.* Gardin. Lugo. *de i. et i. disp.* 33. *sect.* 1. *n.* 3. Posset tamen hoc casu deponens privilegia depositi per pactum sibi reservare, *dass er ihm zwar vergönnen wolle, sich dieser deponirten Gelder zugebrauchen, jedoch wolte er die privilegia depositi dergestalt reserviret haben, dass künfftig keine retention oder compensation wegen jetzigen als künfftigen Gegenforderungen darwieder vorgebracht werden solte.* Prout suggerit dn. Praeses *in cautel. contr. sect* 2. *c.* 3. §. 9.

18 §. 15. In *pignoribus*, ad quae nos deducit methodus imperatoria, primo omnium considerandum, an incivilitatis notam incurrat, qui alteri mutuum nisi oblatis pignoribus credere detrectat? Quod omnino non puto, licet alterius elatus spiritus se laesum putet, imaginaria aliqua creditoris impudentia, qui integrae, qua apud nos pollet, famae atque praesentibus agrorum divitiis credere noluerit, nihil enim vitii est, cavere sibi rebusque suis, et avertere a se quovis modo damna futura arg. *l.* 2. *c. de furt.* reprehensionem potius incurrit ille, qui hoc alteri vult vitio vertere, et extorquere ab amico officium sine spe compensationis; nec obstat, quod debitor bonae sit famae, ex illa enim sola solutio aliquando fieri nequit, indeque plus cautionis est in re quam in persona *l.* 25. *ff. de r. i.* nec obstat, quod bonis immobilibus circumfluat, sunt enim haec quisquiliae volantes, quae praeter spem transeunt et ad tertium possessorem deveniunt, contra quos nulla datur creditori actio, nisi intempestivo pudore seposito sibi in tempore caverit, et hypotheca constituta consuluerit.

19 §. 16. At necessitas atque desiderium pecuniae habendae facile excutit animo debitoris arrogantiam, et ad civilitatem liberalesque promissiones eumdem provocat, ita ut omnia bona, tam praesentia quam futura, tam quaesita quam quaerenda in hypothecae vicem offerat, addita etiam haec clausula, *dass es dem Glaeubiger frey stehen solle auszulesen und aus welchem Guthe er wolle sich bezahlet zu machen*; liceat ergo examinare hanc clausulam quatenus debitori noceat, et videre primum, an in casum cessantis solutionis rem quamcumque optimam ex bonis debitoris eligere et hastae subjicere, creditor possit? Dare hanc licentiam videntur verba praecedentia, eique cui optio concessa, rem optimam eligere non est prohibitum. *l.* 9. §. 1. *ff. de dolo malo.* Verum aequius censeo, non indulgere rigido creditori, si debitor ejusmodi rem offerat, quae aeque facile emptorem reperire possit, ut creditori ex pretio sine mora satisfaciat, quae enim foret indignitas, si creditor ex liberalitate verborum frena suae libidini laxare, et rem debitori utilissimam eripere vellet, saltem ut illi noceat et insultet, nonne refrenandus foret aequitate illa Ipiani: quod tibi non nocet, et mihi prodest, ad id poteris compelli *l.* 2. §. 5. *ff. de aqu. et aqu. pluv. act.*? Decet enim creditorem esse exactorem non acerbum nec contumeliosum, sed moderatum et cum efficacia benignum, et cum instantia humanum *l. si bene* 33. *pr. ff. de usur. arg. l.* 37. §. 2. *ff. de v. o. l.* 38. *ff. de r. c.* Deinde videndum, an debitor ista concessione sibi facultatem vendendi alienandive ex bonis suis ademerit? Quod pariter negandum, si adhuc tantum retineat bonorum, ex quibus commode creditori possit satisfieri, indeque creditor rem sibi generaliter obligatam vindicare a tertio possessore nequit, antequam bona apud debitorem adhuc existentia excusserit. *nov.* 4. *cap.* 2. Carpzov. *p.* 2. *constit.* 18. *def.* 18. Cujac. *lib.* 9. *obs.* 19. 20

§. 17. Quid autem de ista civilitate debitoris dicendum, si instrumento inserat: *vor die mir geliehene* 1009. *Rthal. übergebe ich mein Guth Tusculanum Pfandsweise, dergestalt, dass der Glaeubiger nach eigenen Belieben darinne schalte und walte, die Früchte und Nutzbarkeiten anstatt der Zinsen daraus habe, ohne Ablegung einiger Rechnung, welche ich ihm hiemit ausdrücklich will erlassen haben*? Ridebit haec procul dubio clausula avaro creditori, multumque noceret ipsi debitori, dum adeo liberaliter indulget ἀντίχρησιν et usumfructum praedii sine redditione rationis, nihil jura huic civilitati succurrerent et irritum pronunciarent, quod ita conventum. Quamvis 21 enim domino rerum suarum liberum patet arbitrium. *l.* 21. *c. mandat.* etiam in abusum *l.* 25. §. *consuluit. de petit. haered.* et quisque juri pro se introducto renunciare valeat *l. pen. c. de pact.* praesertim cum necessitatem rationem reddendi remitti posse probetur ex *l. cum necessitatem* 18. *c. de fideicomm.* Melius tamen reprobatur illa remissio ob *l.* 8. §. 7. *ff. de admin. tutor.* ita eadem non obstante administratorem ad rationes reddendas et reliqua restituenda teneri contendunt, Ruin. *consil.* 54. *n.* 12. Munnoz. de Escobar. *de ratiocin. p.* 1. *c.* 5. *n.* 3. *seqq.* maxime in contractu pignoratitio, ubi ἀντίχρησις ultra legitimum usurarum modum non subsistit, quia fructus praedii cedunt in vicem usurarum, jam vero uti in mutuo ultra legitimas usuras nihil promitti vel exigi citra vitium usurariae pravitatis potest *l. rogasti* 11. *ff. de r. c.* ita fructus majores percipi nequeunt, utut debitor initio contractus concesserit, suisque privilegiis renunciaverit, quia pacta privatorum juri publico non derogant. *l.* 38. *ff. de pact.* id quod in fructibus ex praedio obligato certis expeditum est, Hagen. *de usur. usurar. c.* 11. *n.* 129. Berl. *p.* 2. *dec.* 170. *n.* 74. Mev. *discuss. levam. inop. debit. c.* 4. *n.* 14. *seq.* Hahn. ad WVes. *tit. de pign. n.* 5. At in fructibus incertis, qui hoc anno legitimas usuras excedere, altero autem ne dimidium quidem earum attingere possunt, ob instabilem hortorum et fructuum fertilitatem, pretiaque fructuum incerta tolerandum esse volunt aliqualem usurarum excessum, ob periculum, quod hoc casu sustinet creditor *l.* 17. *c. de usur. arg. l. periculi pretium.* 5. *ff. de nautic. foen.* Sicuti enim si minus fructuum perciperet creditor, illo contentus esse cogitur, nec petere potest, ut defectus usurarum legitimarum suppleatur, ita nec invidendum illi, si vel modicum earum excessum in fructibus percepisse constiterit Carpz. *p.* 2. *c.* 30. *def.* 40. Rauchb. *lib.* 1. *q.* 20. Dn. Brunn. *ad l.* 8. *n.* 3. *ff. in qu. caus. pign. vel hypothec.* Schefer. *lib.* 1. *q.* 17. Interim et hic certum manet, quod creditor ad rationes reddendas teneatur, ut constet, an redditus fuerint incerti et excedens quantitas modica. Neque hanc sententiam infringit *d. l.* 18. *cap. de fidei-*

comm. quoniam illa remissio tantum liberata a rigidiori rationum redditione Gothofred. *ad d. l.*

22 §. 18. Non praetereundum hic est civile silentium, an noceat domino, qui praesens est, et veretur in continenti contradicere, ignominiaeque exponere debitorem, dum illius rem hypothecae dat creditori? Concludunt alias communiter dd. quod quoties de commodo tacentis agitur, toties habeatur pro consentiente *arg. c.* 43. *de r. j. in* 6*to. l.* 40. *ff. de pact. l.* 6. §. 2. *ff. mandat. l.* 80. *de legat.* 2. Menoch. *de praesumpt. lib.* 3. *praesumpt.* 42. sin agitur de scientis et tacentis praejudicio, tunc tacens regulariter pro consentiente non habeatur *l.* 8. §. 1. *ff. de procur. l.* 34. §. 2. *de leg.* 2. *cap.* 44. *de r. j. in* 6*to.* Cravetta *consil.* 226. *n.* 9. Afflict. *decis.* 58. *n.* 3. Cum itaque et hic de damno tacentis agatur, videbatur nec hanc oppignorationem domino nocere posse; id quod facile largior, si supposuerit, ipsum creditorem scivisse, quod res oppignorata non sit ipsius debitoris sed aliena, quia tunc creditoris erat, diligentius explorare dominum praesentem, an in illam oppignorationem consentiat, alias enim, sicuti nemo donare praesumitur, ita nec jus suum remisisse, sed potius quaevis alia causa illam liberalitatis praesumptionem excludet, etiam illa: ego tacui ne contradictione mea turbas facerem, aut debitorem offenderem; quod si autem creditor in bona est fide, et putat rem oppignoratam esse ipsius debitoris, jam non parcendum est verbis, sed aperiat mentem suam dominus, si nolit in re sua pignus constitutum, taceret enim ita dominus in fraudem creditoris, cui decepto hac ratione jura succurrunt, et magis favent seducto creditori, quam civili domino, qui facile impedire potuisset, ne ille deciperetur *l.* 2. *c. si res alien. pign. det.* Harppr. *ad* §. 4. *instit. quib. mod. re contr. obl.*

23 §. 19. Pari modo sibi caveat civilis creditor, ne blanditiis debitoris atq; precibus moveatur, ut permittat rem sibi hypothecatam alteri hypothecari, quamvis enim putet, hanc se veniam debitori facile dare posse, cum ea permissione pignus remiserit, tamen jura jam tum praesumunt illa ipsa permissione nexum pignoris esse remissum per *l.* 12. *pr. et l.* 4. §. 1. *ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* non enim duo unius rei in solidum possunt esse possessores; sunt quidem, qui aliquando mitius pro ipso creditore primo pronunciare nituntur, ita ut sua permissione non omni jure pignoris, sed saltem jure prioritatis illum excidisse dicant. ob *l.* 12. §. 4. *ff. qui pot. in pign.* Mudaeus *de pignor. tit. quib. mod. pign. solv. n.* 26. Salicet. *in l.* 3. *c. de remiss. pign.* Molinaeus *de usur. n.* 685. Connan. *lib.* 4. *comm.* 19. *n.* 15. Rauchbar. *qu.* 34. *n.* 35. Carpzov. *p.* 1. *const.* 28. *d.* 131. Bachov. in Treutl. *vol.* 2. *disp.* 1. *th.* 9. *lit. e.* quam sententiam aequam putat Zoes. *ad ff. tit. quib. mod. pign. solv. n.* 13. *in fin.* sed aperte satis reclamant. *l.* 11. *et* 12. *pr. ff. quib. mod. pign. l.* 9. §. 1. *in fin. d. t.* ibi: pignus cuis is, de quo quaeritur, consensit, minime retinere potest, vid. Frantzk. *ad d. t. ff. n.*
24 114. Hartmann. Pistor. *l.* 3. *qu.* 16. Nihilominus placet hanc opinionum diversitatem conciliare, distinguendo inter creditorem, qui consensit, ut certae ac nominatae personae pignus obligaretur, et eum, qui simpliciter consensit, et in genere; illo casu rectius est dixisse, quod creditor tantum istam personam, in quam consensit, sibi voluerit praeferri, salvo sibi ad secundum locum pignore, *arg. d. l.* 12. §. 4. *ff. qui pot. in pign. ibi quod inter eos actum.* Posteriori autem casu juri conformior est sententia ipsius Frantzkii, eamque distinctionem approbant Petr. Surd. *dec.* 136. *n.* 11. Mascard. *de probat. concl.* 1179. *n.* 41. *seqq.* Salgad. in Labyrinth: *p.* 3. *c.* 13. *n.* 21. Dn. Brunnemann. *ad d. l.* 12. *n.* 3. *ff. quib. mod. pign. solv.* Quam facilitatem nocivam facile primus creditor avertere poterit, si consenserit salva sui pignoris causa *d. l.* 4. §. 1. *d. t.*

§. 20. Sic nec illa facilitas satis tuta est, qua cre- 25
ditor a debitore exoratus reddit pignus, vel ea mente, ut usui designato debitoris inserviret, vel quod putet, jus per redditionem non extingui, sed instar hypothecae penes debitorem esse. Et fateor, si expresse hoc actum fuerit inter reddendum, ut jus pignoris seu hypothecae ista redditione non debeat esse sublatum, tutus est ipse creditor per *l.* 9. *in fin. c. de remiss. pign.* Dn. Brunnem. *ad l.* 3. *ff. de pact.* Modo probare possit, quod non mente remittendi pignus reddiderit, sed quia eadem debitor indigebat, vel ad festivitatem nuptialem, vel ad alium necessarium usum, onus enim probandi a se amoliri nequit, quoniam in redditione qualificata se fundat creditor, et pro debitore jam possidente praesumitur. Quod si autem blandienti debitori simpliciter reddiderit, sine reservatione juris, nocet sibi creditor, quoniam simplici redditione pignus censetur remissum, *l.* 3. *ff. de pact. l.* 8. *ibi: redditionem pignoris ad sct. vellej. l.* 1. §. 11. *ff. de liber. leg.* Frantzk. *ad ff. tit. quib. mod. pign. solv. n.* 60. *seqq.* Lauterb. *disputat. de tacito pact. remiss. ex reddit. chirogr. th.* 18. Negusant. *de pignor. membr.* 3. *part.* 6. *n.* 20. Mascard. *de probat. conclus.* 1179. *n.* 45.

§. 21. Sequitur jam, ut consideremus *emptorem* 26
venditoremve civilem; illum quod a lucri studet civilitati, indecorum sibi putat, multum urgere remissionem pretii, sed potius emendum tanti, quanti alter voluit. Nocivam hanc esse civilitatem satis constat ex eo, quod ut postea civilis emptor viderit se egregie laesum, tamen contractum revocare et a placitis semel conventis recedere non possit, etiam pretio nondum soluto. *l.* 8. *c. de o. et a. pr. j. de oblig. quae ex consens.* noluerunt enim jura ob quamvis laesionem statim rescissionem contractus concedere, sed licitum est naturaliter contrahentibus semet circumvenire. *l.* 16. *ff. de minor.* usque ad dimidium justi pretii *l.* 2. *de rescind. vend.* vid. disput. dn. Praesid. *de damno reb. alien. licite illat: cap.* 6. *n.* 3. *seqq.* aut venditor reciproca civilitate uti velit; quod vix sperandum, periculosius potius est, spe mutuae civilitatis aliquid facere, cum saepissime nihil commodi inde alter recipiat, quam quod alter civilior praedicetur; adeoque forte praestat, principiis obstare, ibique cavere, quantum jura permittunt, hoc similive modo, *Solte sich aber befinden, das der Kaeuffer durch itzigen contract ziemlih laediret würde, solle er diesen Kauff zu halten nicht verbunden seyn, ob gleich diese Laesion sich bey weiten nicht an die helffte erstrecket.*

§. 22. Majus adhuc damnum incurrit emptor, si eum 27
poeniret diffidere et inquirere diligentius, an res emenda pertineat ad venditorem, si eum pudet cautionem

exigere in casum rei evictae, sed conflit nimium venditori; ita enim sui pudoris et humanitatis praemium hoc aliquando feret, ut verus dominus superveniat, et rem a quocumque possessore, seu bona seu mala fide possidente vindicet, atque ita et possessione rei, et saepe etiam spe recuperandi pretii excidat, cum venditor vel discessit, vel latet, vel jam omnibus bonis lapsus; nam ab ipso quidem domino rem suam repetente pretium exigere nequit, sed potius hoc postulatum rem incivilem vocant imperatores in *l.* 2. *c. de furt.* Ubi per incivile intelligunt dd. idem quod iniquum et injustum. vid. *cap.* 1. *hujus disp.* §. 13.

28 §. 23. Venditoris civilitas in eo notanda, si rem tradit emptori, antequam pretium solverit, quod aegre postea consequitur, cum tamen illam retinere potuisset, donec totum pretium exsolutum, eousque enim emptori rem petenti semper obstat exceptio; tu a tua parte non implevisti contractum, *l.* 13. §. 8. *ff. de act. empt.* tam in limine judicii, Menoch. *consil.* 55. *n.* 2. Roland a Valle *lib.* 4. *cons.* 69. *n.* 13. quam in ipsa executione. Kloch. *vol.* 2. *cons.* 39. *n.* 283. Berlich. *p.* 1. *concl.* 48. *n.* 15. Qui enim differt facere, quod debet, non potest petere, quod ei debetur; Carpzov. *dec.* 9. *n.* 16. et frustra arguit per alterum. stetisse, quo minus contractus perficiatur, qui a sua parte implementum hactenus non praestitit, Mev. *p.* 4. *decis.* 332. Dn. Brunnem. *ad d. l.* 13. §. 8. hoc ergo beneficio per suam facilitatem se privat dominus, et jam cogitur prolixis processibus adversarium fatigare, ut solvat pretium, et ne quidem agere potest in casum morae ad rescissionem contractus reique restitutionem *per l.* 14. *c. de rescind. vendit.* Bachov. ad Treutl. *vol.* 1. *disp.* 30. *th.* 5. Lauterbach. *ad tit. ff. de rescind. vendit. in fin.* Quia mora non est modus dissolvendi contractum *l.* 15. *ff. de r. j.* quam sententiam ita temperandam arbitror, ut emptori semper sit liberum, vel annuere isti rescissioni, vel solvere pretium, etiam eo adhuc tempore, quo jam executio in rem emptam erat facienda, alias si vel emptor inops, vel in contumacia non solvendi persistat, quis dubitaret, quin tunc res ipsa auferri, et in vicem solvendi pretii venditori adjudicari posset, non per modum contractus rescindendi, sed implendi.

29 §. 24. Multo magis sibi officit venditor, si fide habita permittat emptori rem possidere, ita enim primum excidit dominio rei per nudam traditionem non transmissibili §. 41. *i. de r. d.* illamque a tertio possessore in casu emptoris inopis vindicare nequit *l.* 3. *ff. de o. et a.* deinde nec usuras lucrator statim a die traditionis, licet res tradita sui natura fuerit frugifera, et ita multum lucratus interea fuerit emptor, dn. Brunn. *ad l.* 5. *c. de act. empt.* August. Barbosa. *ad d. l. n.* 21. Quoniam dilatio ad solvendum concessa arguit, nullam moram ab emptore hactenus commissam Covarr. *lib.* 3. *variar. resolut. c.* 4. 104. Dn. Praeses *in disp. de fide habita. cap.* 5. *n.* 54. et hinc demum usurae currere incipiunt post factam interpellationem *arg. l.* 88. *de r. i. l.* 4. *de r. c.* Doncll. *in l.* 5. *c. de act. empt. n.* 6. Maul. *de empt. vendit. tit.* 9. *n.* 6. Moestert *ad l.* 5. *qu.* 6. Frantzk. *ad ff. de act.*

30 *empt. n.* 431. Quod longe melius se habet in casu non habitae fidei, ibi enim non solum dominium rei traditae remanet penes venditorem, cum tacita traditioni subsit conditio, si pretium fuerit solutum, qua cessante cessat dominii translatio *d.* §. 41. *j. de r. d.* Frantzk. *ad ff. de act. empt. n.* 8. Gail. *lib.* 2. *obs.* 15. *n.* 6. Dn. Praes *in cautel. contr. sect.* 2. *c.* 8. *n.* 24. adeoque res libere a quovis possessore tertio vindicari potest, sed etiam usurae statim currunt a die factae traditionis sine praevia interpellatione, *l.* 13. §. 20. *ff. de act. empt. l.* 18. §. *fin. de usur. l.* 2. *c. eod.* Arumaeus. *de mora. c.* 4. *n.* 25. Hagen. *de usuris. c.* 9. *n.* 88. *seq.* Frantzk. *de act. empt. n.* 381. *et* 428. 31

§. 25. Quod si venditor pretium acceperit, sibi rursus nocet civilitate sua, dum patitur rem adhuc in suo dominio atque custodia existere; unde postea rigidus emptor ansam vexandi arripere posset, cui tenetur ad fructus omnes post rem venditam perceptos *arg. l.* 2. *l.* 13. *l.* 16. *c. de act. empt. arg. l.* 13. §. 18. *ff. eod.* Frantzk. *d. t.* §. *cum fructibus.* ut et illos, quos culpa lata vel levi percipere neglexit, omniaque damna, quae mediocri diligentia adhibita avertere potuisset, resarcienda *l.* 36. *ff. de act. empt. l.* 5. §. 2. *ff. commun. div. l.* 23. *de r. j.* ab onere ergo levis culpae ut se liberet, ostendat ad minimum, in se moram nullam esse tradendi *l.* 5. *et* 17. *ff. de peric. et comm. rei vend.*

§. 26. Praeterea dominus satis civilem se ostendit, 32
dum alteri petenti jus protimiseos in re aliquando vendenda promittit, *in Fall dieses Haus einmal solte verkaufft werden, soll dem Mevio der Vorkauff gelassen seyn, zu dessen Versicherung ihm das Haus zur bestaendigen hypothec verbleibet.* Sed eo ipso sibi nocet, suamque ipsius liberalitatem vendendi apprime coercet. Non enim jam cuivis vendere pro lubitu potest, sed ab illius arbitrio, cui protimisis promissa, dependere cogitur, ita ut si forte dominus extraneo postea vendiderit et tradiderit, semper salva sit actio avocatoria contra quemvis possessorem illi, cui retractus addita hypotheca promissus. Prior enim tempore, potior etiam est jure, *l.* 7. *c. qui pot. in pign.* adeoque non cogitur hoc casu acquiescere, si venditor interesse offerat, quod tunc acceptare cogitur, si sibi fuerit simplici pacto retractus promissus actio enim personalis contra tertium non datur, nec jus in re producit *l.* 3. *ff. de o. et a* Carpzov. *p.* 2. *c.* 1. *d.* 16. Liberabit nihilominus semet venditor ab hoc ci- 33
vilitatis damno per aliam civilitatem, si nimirum antequam tertio rem tradat et contractum consummet, rem retractui obnoxiam offerat illi, qui retrahere poterat, isque respondeat *emere nolo.* Quoniam per ejusmodi verba juri suo renunciasse censetur, Carpzov. *p.* 2. *c.* 32. *def.* 1. Mev. *p.* 2. *decis.* 253. Licet hoc admittere nolint Straqu. *de retr. lign.* §. 1. *gloss.* 9. 145. Hartmann. Pistor. *lib.* 2. *qu.* 7. *n.* 8. *seq.* dicentes, aliud esse emere, aliud retrahere et hinc renunciationem unius juris non inferre renunciationem alterius, cum illa strictae sint interpretationis; cui dissensioni componendae juvat inspicere, quomodo facta fuerit a venditore oblatio; aut enim offert licentiam emendi, postquam cum alio nondum de pretio conventum, aut contractu jam perfecto offert, illiusque tenorem simul denuncist; priori casu nondum puto licentiam retrahendi sublatam, quia retractus omnino praesupponit emptionem perfectam, quam expectare voluit retrahens; ut ita eo minus circa pretii quantitatem defraudari posset. Posteriori autem casu verba illa: *emere nolo,* tollunt facultatem retrahendi, quia

tunc emere idem est ac retrahere, retrahit enim rem alteri contractu jam perfecto destinatam.

34 §. 27. Quod si civilis venditor dicat emptori *ich stelle es in seinen Gefallen, was er geben will?* Imperfectum hoc pronunciat, *l.* 35. §. 1. *ff. de contrah. empt.* quoniam alterum essentiale emptionis deficit, scil. pretium quod certum et determinatum volunt jura §. 1. *i. de empt. vendit.* nec in alterius contrahentis arbitrium collatum, qui forte iniquus foret mercis aestimator, et minimum pretium, offerendo se liberare studeret, cum tamen venditor per hanc formulam forte multum pretii speraverit, in qua spe ne nimium fallatur, succurrunt jura ipsius civilitati, et per-
35 mittunt, ut recedat a contractu; quod non solum tenendum, quando res nondum tradita emptori, sed et post traditionem factam, quia causa seu titulo vitioso existente, vitiosa etiam est ipsa traditio, quae ex causa vim suam accipit §. 40. *i. de r. d.* nec audiendum quod emptorem reddere tergiversantem, dicendo, dabo tibi tantum pretii, quantum vir bonus aequum judicaverit, sub hac enim conditione contractus initio erat initus, et hinc illam ex postfacto acceptare non tenetur venditor, et licet culpa quaedam imputanda sit venditori, quod pretium ipse non determinaverit, sed in contrahentis arbitrium conferre maluerit, ut ita non videatur volenti injuria illata, et cum rem donare potuerit, quidni determinationem pretii emptori relinquere? Ad haec enim respondeo, quod, ut donare potuerit, tamen ex hac conventione non praesumatur voluisse quicquam de justo pretio remittere, sed culpa etiam est penes ipsum emptorem, qui dum libertatem pretii determinandi habet, non statim eadem utitur, et in continenti determinat, quantum solvere velit, justumque aestimet, haec enim determinatio pretii, si ab illo fuerit facta, et a venditore semel acceptata, subsistet omnino emptio, nec postea a venditore nullitas potest allegari, licet satis ex illa determinatione fuerit laesus, imputet enim sibi, quod ita acceptaverit, modo laesio ista non fuerit infra dimidium justi pretii.

§. 28. Haec civilitatis formula cum etiam in locatione, aliisque contractibus innominatis dandi et faciendi occurrere soleat, operae pretium est discutere, quisnam hic processus juris sit observandus, quid si enim tibi locavero aedes, *er gebe mir was ihm gefaellet?* Expeditam hic viam arbitror, si lis super pensionis incertitudine determinanda incidat, antequam inquilinus aedibus usus fuerit, aut opus conductum fieri coepit, tunc enim re adhuc integra locator pro lubitu recedere potest a contractu, quia et in locatione certa debet esse pensio, tamquam alterum locationis substantiale, qua deficiente locatio ipso jure nulla erit *l.* 30. *ff. locat. l.* 23. *ff. commodat.* sed si jam per aliquot menses domo conductor usus, aut opus seu factum promissum ad finem fuerit perductum, tunc non est amplius in arbitrio alterius, usum rei locatae, seu operam pro lubitu aestimare, et pensionem mercedemve arbitrariam solvere, multo minus a contractu plane recedere, dicendo: deest alterum locationis essentiale requisitum, scil. certa merces, adeoque actus est nullus *arg. l.* 35. §. 1. *ff. de contrah. empt.* junct. *pr. j. de locat. conduct.* haec enim vera esset calumnia, et lucrum captatum cum alterius injuria. Nam quamvis contractus ob pensionis incertitudinem non valeat ut agitur, valebit tamen ut valere potest, scil ut contractus innominatus facio ut des. §. 1. *j. de locat. conduct. l.* 22. *ff. de p. v.* Harpprecht. *ad pr. inst. de locat. cond. n.* 1. Bocer. *ad l. contractus.* 23. *cap.* 4. *n.* 92. *ff. de r. j.* Ubi faciens opus, seu permittens usum aedium, aut aliud negotium conficiens, non tenentur stare mercedi pro lubitu alterius contrahentis definitae, sed arbitrium boni viri aut judicis adhibere possunt, ut ille aestimet quantum justum est aequumque. Fatendum interim consultius esse, ad vitanda litigia, civilem istam formulam seponere.

§. 29. Quod si quis usum rei suae concesserit, nul- 36
la plane facta pensionis mentione, an ex postfacto petere potest? Equidem arbitror non statim remissum censeri, quod omissum, quia nemo suum jactare praesumitur. *l.* 25. *ff. de probat.* utut ad preces alterius fuerit concessum. Hoc saltem periculum incurrit civiliter tacens, quanta tunc pensio debeatur, et distinguendum erit, aut res illa locari et sub certa conditione concedi solita fuit, aut non, illic usus concessus praesumitur sub solita pensione, si nihil aliud conventum *arg. l.* 18. *c. locat.* Frantzk. *ad ff. tit. locat. n.* 73. sin res non fuerit locari solita, determinatio pensionis erit facienda juxta arbitrium boni viri, prout liquet *in* §. *praec.* Et idem erit dicendum de 37
eo, qui suscepit alterius negotium conficiendum aut opus faciendum; si enim iste solitus fuerit operam suam alteri sub certa mercede vel honorario commodare, non censetur mandatum contraxisse gratuitum, qua ratione procuratori et advocato, qui causas agere solent, non denegandum est salarium, licet initio suscepti negotii stipulati non fuerint; officium enim illi tamquam artificium exercerent et sustentationis suae causa praestant aliis operam *l* 1. §. 1. *et* 10. *l.* 4. *ff. de var. extraord. cognit. l.* 22. *ff. de p. v.* Salicet. *ad l.* 7. *ff. mandat.* Frantzk. *ad d. t. n.* 40. idem de sartoribus, aliisque opificibus mercenariis juris est, satis enim petit, qui bene servit et tacet. Quod si autem illi negotium commisero, qui operam suam non consuescit locare, tunc ille vel amicus et familiaris est, aut extraneus; de hoc pariter nullum gratuitum officium praesumendum, pene tamen de amico, in cujus persona mandatum proprie subsistit, siquidem nemo facile alii quam amico mandat *l.* 1. §. *fin. ff. mandat.* Qui propensior esse debet ad bene merendum quam reposcendum Cic. *de amicit.* Et tunc demum vere praesumi potest negotium commissum sapere mandatum, id est, gratuitam expeditionem, modo factum ipsum non sit laboriosum, alias de salario adhuc agi potest, licet ab initio non fuerit conventum. Molin. *disp.* 548. Diez. de Mena. *lib.* 1. *qu.* 8. *artic.* 1. *n.* 16. Menoch. *consil.* 228. *n.* 20. Aug. Barbos. *ad l.* 1. *c. mandat.* Du. Brunnem. *ad l.* 6. *n.* 3. *ff. d. t.* Quoniam in paucis amico gratificari sat est *l.* 20. *c. de n. g.* nec cordati foret amici, detrectare remunerationem amico sudanti.

§. 30. Quoad locatorem rei adhuc monendum, qua 38
tenus ille permissione civili praeter spem sibi nocere possit; si praedium sub pensione per integrum decennium conductori locet; praxi enim hactenus communi receptum, ut credatur, si ad decem annos et ita ad longum tempus locatio sit facta, eo ipso transferri jus reale in conductorem. Carpz. *l.* 5. *r.* 17. *n.* 10.

Gras. *de expens. c. 14. n. 1. seqq.* Matth. Steph. *de jurisdict. lib. 3. p. 1. c. 17. n. 12.* Quamvis haec opinio satis aperte pugnet cum *l. 39. ff. locat. et l. 25. c. locat.* id quod fusius solide demonstrat Frantzk. *ad ff. d. t. n. 29. seqq.* Cui adde Finckelthaus. *obs. 3. n. 13.* Ziegler. *ad prax. calv. concl. 5. §. nobiles. n. 337.* Imo posita illa opinione practica quaereres forte, quidnam juris ergo sibi contra locatorem arrogare potest ex lapsu decennii? sane non dominium perfectum excluso domino priori, sed agnoscet credo hunc pro domino directo tamquam emphyteuta, quem dominus directus quamdiu solvit canonem, expellere nequit, licet re indigeat vid. Frantzk. *exercit. just. 13. qu. 18. de locato.* Interim hoc admittendi juris periculum uti nullo firmo innititur fundamento, ita facili remedio tolli potest, si locator ad decennium et ultra locet sub hac clausula, ut quolibet novennio locatio renovetur, *dass zwar der jetzget roffene Miethscontract so lange als der Miether leben wird, bestaendig seyn solle, jedoch mit diesem Beding, dass alle neun Jahr der contract renoviret würde.*

39 §. 31. Inde jam delabimur plenius ad *mandatum*, cujus jam tum in §. praeced. facta est mentio, in quo suscipiendo sicuti civilitatis amator se maxime aliis commendare potest, grati enim sumus, quamdiu gratis laboramus; ita non minima illi ex acceptatione imminent damna et pericula, taceo enim, quod negotium gratis semel susceptum, gratis etiam nolens volens ad finem perducere teneatur; saltem consideremus, quam exacta diligentia et cura a mandatario exigatur, dum non solum dolum, culpam latam et levem, sed et levissimam praestare tenetur, *l. 13. c.* 40 *mandat.* Quanta nequidem a conductore regulariter requiritur *l. 5. §. 2. ff. commod.* quod non videtur civilitatem civilitate compensare; inde sunt, qui benignius sentiunt, legesque durius loquentes civiliter interpretari allaborant, adstringendo mandatarium tantum dolo culpaeve latae *per l. 10. pr. ff. mandat. l. 5. §. 2. ff. commod.* Duaren. *ad tit. ff. mandat. cap. 2.* Hunn. *in encyclop. jur. p. 3. tit. 20. n. 14.* Rittershus. *ad inst. tit. mandat. in fin.* Locamer. *quaestion. jurisd. fasc. 4. qu. 3.* aut culpae levi *per l. 8. §. 10.* 41 *l. 10. §. 1. l. 26. §. 7. ff. mandat. l. 4. c. eod.* Sunt qui distinguunt inter negotia judicialia et extrajudicialia, in illis solum requirunt diligentiam exactissimam, non autem in his, nisi negotium eamdem et hic exigat. Bachov. ad Treutl. *vol. 1. disp. 27. th. 7. lit. b. c.* quorum sententiam a prima non dissentire arbitror. vid. Hilliger. *in Donell. lib. 13. c. 11. lit. F.* Si enim negotium exactissimam diligentiam non requirit, neque ipse diligentissimus patrumfamil. eamdem adhibebit, quippe qui procul dubio diligentiam pro rerum suarum dignitate et gravitate aptat, et ut ita dicere liceat, geometrica proportione distribuit.

42 §. 32. Quare juri civili maxime puto esse consentaneum, dicere, quod culpae etiam levissimae praestatio incumbat mandatario ob *l. 13. c. mandati. ibi: a procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum praestandum esse, per l. 21. c. eod. ibi: aliena negotia exacto officio geruntur, nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est.* Id quod nihil iniquitatis sapit, siquidem quisquis negotium alterius suscipit, eo industria et facultate sine qua illud geri nequit, profiteri intelligitur; quod si jam minus aptum se sensisset, recusare debuisset in tempore officium, aut sibi cavere, ne ad levissimam culpam teneretur, quod semper licet *arg. l. 23. ff. de r. j.* Idcirco tunc omnino leges nostrae quoad mandatarium rigidiores forent, si quemvis etiam invitum ad mandatum suscipiendum cogerent, et nihilominus illam exactiorem diligentiam exposcerent, quam tamen in officiis necessariis non exposci, docet tutela, quae tantum levem culpam praestat *l. 7. c. arb. tut. l. 33. pr. ff. de administr. tut.* imo interdum latam tantum *l. 2. c. arb. tut.* Quare 43 nihil video obstare cum objeceris, officium suum nemini debet esse damnosum; primo enim, damnum quod quis sua culpa sentit, sentire non videtur *l. 203. ff. de r. j.* Deinde nihil minus quam damnum sentit ex officio, quicumque facit officium ut decet, et bona fides, quae propria est mandato *l. 10. pr. ff. mandat.* exigit, at quisquis negligenter tractat officium semel susceptum, non ex officio, sed ex negligentia circa illud adhibita damnum incurrit, Harpprecht. *ad §. 8. I. de mandat. n. 30.* Donell. *d. l. 13. c. 11.* multo minus leges in contrarium adductae turbant, ad quas satis responsum ab Harpprecht. *ad d. l. n. 25. seq.* Wissenbach. *ad ff. tit. mandat. th. 14.* addant Hahn. ad Wesenb. *d. t. n. 10.* Koeppen. *lib. 2. obs. 59. n. 2.* Bargal. *de dolo. lib. 5. c. 4. n. 30.* Perez. *in cod. ad tit. mand. n. 9.* Lauterbach. *ad d. t. §. ad id quod mandatarius in fin.* Frantzk. *ad ff. eod.* Mev. *p. 1. decis. 182. n. 4.*

§. 33. Ad illum rigorem accedit, quod permittatur 44 mandanti, eo inciv lilatem procedere, ut ne quidem omnes sumptus, quos mandatarius in exigendo negotio impendit, aut si occasione negotii perficiendi damna fortuita est passus, restituere cogatur. Utrumque penitius inspicere liceat; prius quod attinet, fateor quidem, quod mandator ad expensas teneatur in negotium expediendum factas *l. 12. §. 7. et 9. l. 27. §. 4. l. 36. § fin. ff. mand.* cum in dolo foret, si appeteret lucrum cum alterius damno *l. 14. ff. de condict. indeb.* Has tamen expensas tam exigue et subtiliter ad calculum revocare licet mandanti, ut si forte mandatarius sumptus fecerit itineris, hi non aliter imputari possint, quam subductis expensis domi faciendis, Mozz. *de contract. tit. mandat. rubr. de natural. mandat. n. 25.* Dn. Praeses *in cautel. sect. 2. cap. 11. §. 22.* Gratuitum enim debet esse officium, at tale non foret, si victum lucraretur, quem domi consumpsisset. vid. tamen Vincent. Caroce. *de locat. conduct. p. 2. tit. de sumpt. in operando. n. 1. 2.* ubi putat, quod advocatus et procurator impensas victus repetere possit.

§. 34. Circa casum fortuitum facientis disponunt le- 45 ges, quod illum mandatori imputare nequeat, ut si a latronibus fuerit spoliatus vel naufragio res amiserit *l. 26. ff. mandat. ibique* dn. Mantic. *de tacit. et ambig. convent. lib. 7. tit. 19. n. 13.* Mozz. *de mandat. rubr. de natur. mand. n. 25.* quia casus nocet facienti quod tandem largiri possem in locatione; at in officiis gratuitis illa censura merito remittenda, quippe quae citra culpam suscipienti non debebant esse damnosa *l. 61. §. 5. ff. de furt.* sed cum mandante potius ex aequo communicanda, sic divisa sarcina fit levior. Quapropter Gronwegen plane eo delabitur, ut dicat legem istam in tali rigore non servari, et de

curialitate et praxi non obtinere refert Marguard. *de jur. mercator. p.* 2. *c.* 5. *n.* 56. Multumque hic tribuendum esse arbitrio judicis et boni viri, arbitratur aequi observantissimus Brunnemann. *ad d. l.* 27. *n.* 9. Id quod benigniores ita audent informare, rigoremque duplici temperare distinctione. Primo, an in rebus mandatarii necessariis damnum istud contigerit, an in superfluis; ad illas referunt vestimenta necessaria, et restituendum eorum pretium; ad haec, ornamenta, et pereunt domino. Secundo, an occasione mandati obvenerit casus alias non obventurus, si a mandato abstinuisset, qui pariter foret a mandante praestandum *arg. l.* 25. §. 4. *ff. pro socio.* Molin. *disp.* 549. *n.* 9. Loccen. *de jure matrim. lib.* 3. *c.* 7. *n.* 13. Hahn. *ad Wesenb. tit. mand. n.* 10. Dn. Brunnem. *ad d. l.* 27. *n.* 8. qui *n.* 9. addit, praesertim, si illi non latuit hoc periculum tempore mandati *arg. l.* 39. *ff. de pact.* quod per se patet, nam ita mandans foret in culpa, quam praestare tenetur *l.* 61. §. 5. *ff. de furt.* Lauterbach. *ad tit. mand.* §. *ad indemnitatem.* interim ista aequitas quoniam non videtur passim in observantiam deducta, et in casu deficientis contrariae consuetudinis lex scripta, licet dura, servanda est, omnium optime sibi consuli, qui in instrumento inseri curat clausulam: *Dass er dasjenige, was er occasione des auffgetragenen negotii verzehren werde, imgleichen auch, wann ihm bey den zu expedirung dieses Mandati übergenommenen Reisen einiges periculum auch in seinen eigenen Sachen zuwachsen solte, solches der mandans zu ersetzen verbunden seyn solle.*

46 §. 35. Id certius, si mandator rem alteri aliorsum transferendam dederit, illaque casu perierit, quod tunc domino mandanti pereat. *arg. l.* 52. §. 3. *ff. pro socio.* Contingit tamen aliquando, ut mandatarius etiam ad damnum rei casu perditae teneatur, quid si enim tibi rem meam certo pretio vendendam commisero, ut aut pretium aut rem restituas, res autem apud te, antequam vendatur, casu inopinato perierit, cujus est damnum? Tuum, respondet Ulpianus, qui suscepisti, est periculum *l.* 1. §. 2. *ff. de aestimat.* Cui decisioni quodammodo contrariatur *l.* 17. §. 1. *ff. de praescr. verb.* ibi: *siquidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum, si tu me, tuum.* ex quibus verbis quidam *d. l.* restringere volunt ad rogationem, ita ut si mandatarius se prius obtulerit, et rogaverit sibi hoc negotium committi, teneatur de periculo, si minus rogaverit, tunc accipiens ad pretium teneatur demum, si vendiderit, vid. Lauterb. *ad ff. tit. de aestimat.* §. *hic obligatur. accipiens.* Conan. *lib.* 7. *comm. c.* 15. Rota Genuens. *decis.* 113. *n.* 2. Periculum tamen interim maneat penes dantem seu mandatorem *arg. l.* 23. *ff. de v. o.* Rota Genuens. *d. decis.* 113. et accipiens praestet saltem culpam. *de l.* 17. §. 1. Verum enim vero magis placet cum dn. Brunnem. distinguere *ad d. l. n.* 13.: vel mandator committit merces vendendas sub expressa conditione, ut mihi aut res reddas aut pretium, vel saltem illi simpliciter committit venditionem rerum; illo casu periculum est accipientis, seu hic rogaverit, seu rogatus fuerit, quia conditio acceptata ex asse implenda, et imputet sibi accipiens, quod tali conditione contractum admiserit, posterior autem casus ex rogationis causa decidiitur, ita ut rogatus tutus sit a periculo, rogans vero et prius se offerens illi subjiciatur, adeo damnosa sunt officia oblata, quae licet diligentissime praestentur, tamen securitatem non praestant. add. Buchov. ad Treutl. *vol.* 1. *disput.* 30. *th.* 2. *lit. e.* Fränzk. *ad tit. de aestimat. act. n.* 4. *seqq.* Quare vel maxime hic opus habet civilis, ut dum se ad officia offert, addat; *dass er ihm zwar die Ballen-Tücher verkauffen wolle, aber vor Schaden und Unglück koenne und wolle er nicht gut seyn.*

§. 36. Ad mandata quoniam utplurimum *commen-* 47
dationes referunt, operae pretium est et hic tangere commendantes, quorum civilitate et intercessione plurimi homi serpentes emergunt, gratiaque aliorum pollere incipiunt, adeo ut jure optimo de illis tenenda sit vox Jcti, quod ex sua persona non habet, ex alia consequitur *l. Aristo* 3. *in fin. ff. quae pign. vel hypoth.* hoc modo ignoto innotescimus, gratiamque illius lucramur, qui nos alias alto supercilio despiceret, et nihil, nisi auctoritate et amicitia commendantis impelleretur, nobis commodaret. Praecipue hic nostrum est videre, an non facilis tam commendanti, quam commendationem acceptanti et nimium aestimanti lapsus sit in damnum? Non potest saepe parcere civilitati, qui supplici voce rogatur, quin effuse commendet et pro virili alterius favorem commendando conciliet; vicissim is ad quem literae commendatoriae exarantur, incivile et indecorum putat, quicquam omittere officii atque studii erga commendatum, quo significare possit commendanti, quanti literas ejus, auctoritatem atque amicitiam aestimet; at pessime saepe utitur hoc Zephyro commendatus, suamque audaciam et libidinem jam armat concilia o isto favore. Quid si 48
ergo patrono illi novo, qui fidem in gratiam saltem commendantis ejusmodi veteratori ignoto habet, furtum faciat commendatus, habebitne regressum contra commendantem? Quod affirmandum censeo, si commendans aliquem laudat et commendat ob certas virtutes, fidem, modestiam, probitatem, quas scit plane a commendato exulare, qui enim potest ab alio damnum prohibere et non prohibet, in culpa est. *l.* 2. *pr. ff. de noxal. act. arg. l.* 26. §. 7. ibi: *si ego scissem, nec praedixissem. ff. mandat.* nec oportet laudando augere malum, *l.* 1. §. 4. *ff de serv. corrupt.* sin autem commendatus suam argute dissimulaverit nequitiam, ut commendanti non innotuerit, cessabit regressus, *arg. l.* 19. *pr. ff. de aedil. edict.* ibi: *quae ad nudam laudem servi pertinent, veluti si dixerit, frugi, bonum, dicto audientem, ea non praestantur, multum enim interest, commendandi servi causa quid dixerit. add. l.* 12. §. 12. *ff. mandat.* et imputet sibi alter, quod literis commendatitiis nimis crediderit, quas magis adulatorias quam dispositivas appellat Hering. *de fidej. cap.* 18. *n.* 20. Carpz. *p.* 2. *decis.* 126. Interim ipse commendatur hoc damni reportabit, ut pudor ipsius oneretur juxta illud,

Qualem commendes, etiam atque etiam aspice,
ne mox
Incutiant aliena tibi peccata pudorem.

§. 37. Quid si commendans in literis expresserit, 49
Ich bitte demselben alle Freundschafft zu erweisen, und ihm mit guten Rath und That zu assistiren. an tuto commendato credi potest pecunia, ita ut regressus pateat contra commendantem actione mandati? Negat hoc Dn. Praeses. *in caut. contr. sect.* 2. *c.* 11. §.

19. Quippe commendando nihil aliud, quam humanitatis et benevolentiae officia conciliare volo commendato, non vero ut eum ipso in creditum eatur; Finckelthaus. *obs.* 16. *n.* 2. Carpzov. *d. l. n.* 6. haec enim res magni est praejudicii, in qua verba ejusmodi generalia non sufficiunt, sed speciali expressione et mandato opus est. Imo vix credo disertissimum Tullium se putasse, nisi ad antidora pro commendato obligatum per illa verba: *novi ego vos magnos patronos, hominem occidat oportet, qui vestra opera uti velit, sed in hoc homine nullam accipio excusationem, omnia relinques si me amabis, cum tua opera Fabius uti velit. in Epist.* 14. *lib.* 2. *ad familiar.* Cauto itaque opus est, ne in gratiam commendantis nimis prodigus civilitatis sit erga commendatum.

50 §. 38. Haec sunt commoda quibus oneratur is, qui rogatus alteri exhibet officia civilia. Qualia ille sperare debet: qui non vocatus alieni negotii curam agit, resque absentium alias perituras ab interitu vindicat? Sane vix tandem apud dominum, cujus negotia gesta, hanc gratiam init, ut expensas necessarias et utiles recipiat *l.* 45. *l.* 27. *in fin. pr. ff. de n. g. l.* 35. *ff. eod.* Nedum ut honorarium pro praestita opera exigere valeat arg. *l.* 8. §. 1. *l.* 23. *ff. de negot. gest.* Joh. de Platea *in l. demonstratio falsa ff. de condit. et demonstr.* et in *l. in summa* §. 1. *ff. de cond. indeb.* Firman. *in repertor. verb. negotiorum gestor. vers.* 7. Guido Papae. *qu.* 68. *n.* 5. cum etiam usuras pecuniae exactae, quas percepit, aut percipere potuit, domino incivili reddere cogatur *l.* 19. §. 4. *l.* 31. §. 3. *ff. d. t.* esset igitur hujus discretioni, ut ajunt, relinquendum, utrum remunerari vellet; improbant nihilominus in civilitatem domini honorarium denegantis, eumque ad gratitudinem compellandum censent Bartol. *in l.* 1. *ff. de n. g.* dec. *in l. contractus. n.* 38. *ff. de r. j.* Socin. *consil.* 196. ideo quod reipubl. intersit, ut homines invitentur ad negotia absentium et alias impeditorum, quam aequitatem restringendam recte existimat Munnoz. de Escobar. *de ratiocin. p.* 1. *c.* 27. *n.* 51. ad eum casum, si dominus, cujus negotium gestum, pro administratione rerum suarum salarium concedere solitus sit, et gestor ille alias solitus sit recipere salarium pro rebus a se gestis; ubi priori limitationi hoc addere liceat, quod illa consuetudo in domino vix attendenda, si gestor hanc gestionem suscipiendo aliorum negotia, quibus locare potuisset, operam suam dimittere fuit coactus, *ob l* 7. *ff. quemadmodum testam. aper.*

51 §. 39. Habet insuper et hoc incommodi liberalis ista gestio, ut gestorem regulariter ad damni etiam culpa levissima dati restitutionem obliget *l.* 24. *c. de usur.* Donell. *lib.* 15. *c.* 15. ibique Hillig. *lit. J.* Vultej. *lib.* 1. *scholastic. discept. c.* 15. Cujac. *in not. ad jud. lib.* 1. *sentent. tit.* 4. *in princ.* Besold. *in delib. jur. ex lib.* 3. *ff. tit.* 5. *n.* 30. Treuller. *vol.* 1. *disp.* 10. *th.* 5. *lit. c. et d.* ibique Bachov. dn. D. Hoppe *in exam. inst. ad tit. de obligat. quae ex quasi contract. qu.* 7. quibus contradicunt et levem culpam substituunt Petr. Gregor. *in syntagm. jur. univ. lib.* 20. *cap.* 2. *n.* 4. Lauterbach. *ad ff. tit. de n. g.* §. *inde nascitur.* Frantzk. *exercit.* 11. *qu.* 7. Sichard. *in rubr. cod. de n. g.* Anton. Faber. *in ratione ad l.* 11. *ff. eod. ob l.* 20. *c. de n. g. ibi*: non tantum dolum et latam culpam, sed et levem. In quo conflictu tutius, quia legibus scriptis convenientius est, ut inhaereamus sententiae priori, qua gestor etiam ob culpam levissimam damnatur, prout perspicue satis cavetur *in d. l.* 24. *c. de usur.* ubi mater liberorum negotia gerendo ad omnem diligentiam tenetur, si ad omnem, non poterit excludi diligentia exactissima, si mater ad omnem tenetur liberis, quidni multo magis extraneus? Cui applaudit *l.* 11. *ff. de n. g.* ubi ignorantis negotia gerens et culpam et dolum praestare debet, interdum etiam casum; si Jetus sub culpa nolluisset levissimam comprehendi, cur non separatim illam uti dolum expressit, dum quosvis casus, quibus ad damna tenetur gestor, complectitur? Atque haec sententia generalioribus juris nostri principiis non obloquitur, in quibus satis constat, quod sponte semet alteri offerens levissimae culpae adstringatur, licet rogatus ad latam tantum teneatur. *l.* 1. §. 35. *ff. depos.* vid. *supr.* §. 13. *h. cap.* jam vero gestionem nulla praecedit regulariter rogatio, sed sponte semper praesumitur suscepta; imo cum etiam is, qui rogatus alterius negotia suscipit, levissimam culpam praestet, quidni multo magis non rogatus? non enim hic inter mandatarium et gestorem formalis differentia dari potest inter mandatarium et gestorem ad rigorem culpae remittendum; contra sentientes quidem multum urgent, imo sententiae suae robur quaerunt *in l.* 20. . *de n. g.* sed respondet optime Hillig. ad Donell. *d. l.* quod non conveniat, a positione unius ad remotionem alterius procedere, nec unius positio statim causetur alterius exclusionem, praesertim in rescripto, quod tantum specialem casum in precibus propositum decidere, et non ultra petita procedere solet, alias colligere licet ex *d. l.* quod tutores tantum ad latam culpam tenerentur, quia minoris culpae rei, quam gestores pronunciatur contra *l.* 7. *c. arbitr. tutel.* Licet recte dicatur, quod tutor in casu ibi proposito tantum ad latam teneatur ob *l.* 2. *c. arbitr. tutel.* add. Harpprecht. *ad* §. 1. *j. de oblig. quae ex quasi contr. n.* 42. Schroter. *in not. ad Sutholdi dissert.* 15. *aphor.* 74. Dn. Praeses *ad* §. 1. *j. de oblig. quae ex qu. contr.* ubi dubium, quod ex *d.* §. elicitur resolvit.

§. 40. Tum demum ergo civilitas rigorem legum in- 52
cusare posset, si gestorem praecise isti culpae alligaret, ut gestionem suscipiendo nulla via illam declinare posset, jam vero saltem intempestivam civilitatem hoc rigore coercere voluerunt, monendo, ut quivis negotia alterius suscepturus inquirat, an necessitas illam curam suadeat, an si res non fuisset a gestore refecta, grave damnum dominus incursurus fuisset; si hoc adhibitis notario et testibus examinaverit, non solum facilem expensarum restitutionem sperare potest, sed etiam a culpa tam levi quam levissima liberabitur, et solam latam praestabit. *l.* 3. §. 9. *ff. d. n. g.* Contra, si hoc neglexerit et inconsulto rebus alienis se immiscuerit, quid mirum, si odiosum hoc reputant jura atque culposum *l.* 36. *ff. de r. j.* adeoque quidem, ut etiam casui subjiciant, si negotio se applicuerit, quod domino nec necessarium, nec utile. *l.* 11. *ff. de n. g.*

§. 41. Fidejussores quoniam omnibus fere obligatio- 53
nibus accedere solent, ultimo loco subjungere placuit, an si quis fidejubere rogatus respondit, se non solum pro hac summa, sed et pro alia quavis in gratiam mandantis fidejussurum, valide ex fidejussione conve-

viri possit? Negare hoc intendunt Chassan. *cons.* 52. *n.* 5. Rutger. Ruland. *de commiss. p.* 1. *lib.* 5. *c.* 20. *n.* 311. Quoniam promissio haec urbanitatis causa prolata dicitur, qualem invalidam vult. Hering. *de fidejuss. c.* 20. §. 33. *n.* 9. At licet concedam promissionem fidejussoriam urbanitatis causa prolatam aliquando vitiari, nondum tamen probatum, verba proposita talem spirare civilitatem jocosam, sed potius sui natura aptissima sunt ad obligationem inferendam, mentemque semet obligandi declarandam; nec obstat, quod alter dicere velit, ego animo obligandi verba ista non protuli, sed dicis gratia; hoc enim dolum saperet, qui decipienti non prodest; et si verba sunt clara, frustra opus habemus mentis sententiam aliunde scrutari. Itaque nisi tempus, locus aliaeve circumstantiae civilitati jus irritandi addant, neutiquam arbitror, fidejussorem absolvendum ex hac civili verborum formula, non enim seriae actiones respuunt civilitatem et humanitatem, nec ea enervantur, sed saltem amabiliores redduntur. Hoc omnino largiendum, verba illa promissoris, *vel et pro alia quavis* nullum jus ad futuras fidejussiones inducere, quippe quae saltem dicis et ornatus gratia addita.

54 §. 42. Quid autem de illa fidejussionis responsione dicendum, qui dum in convivio inter honoratiores accumbit cum debitoris sui creditore, et ita intempestive ab illo monitus responderit: ego non sum fidejussor tuus, abstineas quaeso jam ab hac exactione; quaeritur, si postea in judicio ex fidejussionis causa conventus, an adhuc exceptionem ordinis aut divisionis opponere possit? juris enim alias tralatitii est, quod fidejussor, qui se negat esse talem, et convincitur mendacii, amittat privilegium ordinis *l. si dubitet.* 10. §. *ff. de fidejuss.* Dn. Brunn. *n.* 2. Hering. *de fidej. c.* 27. *p.* 1. *n.* 210. Carpz. *p.* 2. *cap.* 18. *d.* 6. quia nemo fructum ex illo sperare debet, quod impugnat, *c.* 38. *de r. j. in* 6*to.* et frustra legis auxilium invocat, qui contra leges delinquit; sed facile hic fidejussor sua responsione excusationem in foro merebitur, qui civilitatis et pudoris causa fidejussionem inficiatus est, et si alias paria delicta mutua compensatione tolluntur, neutrique jus quaerunt *l. viro* 39. *ff. de divort.* jure etiam dicere licebit, quod incivilitas incivilitate hic sit compensanda, et dum creditor inciviliter compellabat, eidem quoque inciviliter respondebatur, dum duro nodo durus est quaerendus cuneus; taceo, quod nuda negatio extrajudicialis non tollat hoc beneficium fidejussorium, sed tunc demum, si pertinacia negationis accesserit in judicio, ibique de mendacio convictus fuerit.

55 §. 43. Caeterum, cum non absque incommodo atque periculo maximo fidejussorum sit conditio, testantibus id in sacro quoque codice, Salomone Proverb. VI. vers. 1. et 2. his verbis: *Wirst du Bürge für deinen Nechsten, und hast deine Hand bey einem Fremden verhefftet, so bist du verknüpffet mit der Rede deines Mundes, und gefangen mit den Reden deines Mundes, etc.* Item cap. XI. v. 15. *Wer für einen andern Bürge wird, der wird Schaden haben, wer aber sich für Geloben hütet, ist sicher.* Et Ecclesiastico cap. XXIX. v. 20. et 21. *Bürge werden hat viel reiche Leute verderbet, und hin und wieder geworffen, wie die Wellen im Meer. Es hat grosse Leute vertrieben, dass sie in fremden Landen müssen in der Irre gehen,* quam maxime sibi prospicere quis necessum habet, ne civilitate sua nimia sibi in hoc negotio noceat, idque, vel nimium prompte ac non praemeditate fidejussionis onus in se suscipiendo, vel eo suscepto, non sedulo satis principalem debitorem de solutione faciendo monendo, juxta illud praelaudati sapientis monitum sapientissimum cap. VI. v. 3. et seqq. *So errette dich, denn du bist deinen Naechsten in die Haende kommen, eile, draenge und treibe deinen Naechsten. Lass deine Augen nicht schlaffen, noch deine Augenlieder schlummern. Errette dich wie ein Reh von der Hand, und wie ein Vogel aus der Hand des Voglers.*

§. 44. Sed si ad saepius reiteratam monitionem de- 56
bitor solvere cesset, interim tamen ad inopiam vergere manifesto appareat; aut creditor etiam studio litem differat, forte donec fidejussor mortuus; cum sentiat hunc praegnantes habere exceptiones, quibus si conventus fuerit, se a fidejussione liberare possit, quomodo sibi tunc consulet fidejussor satis alias providus? Duo huc egregie facentia remedia suppeditat magnif. dn. Praeses *in cautel. contr. sect. II. cap.* 6. *n.* 30. Scil: priori casu ex *L. Lucius.* 38. §. 1. *ff. mandati.* et *ex. l.* 10. *c. eod.* ut nimirum fidejussor si diu in obligatione steterit, vel debitor dilapidare incipiat bona sua, petat se a nexu fidejussionis liberari. Posteriori vero, ex *l. si contendat.* 28. *ff. de fidej.* ut nempe ex practica hujus legis creditorem ubicumque locorum degentem citet, quo veniat, se coram judice fidejussoris sistat et ejus exceptiones audiat, aut silentium perpetuum sibi imponi patiatur. Quod remedium propterea *l. cit.* elegantissimum vocat, cum quis eo ipso haeredes suos a futura litis molestia liberare possit.

§. 45. Illud hic quoque non praetermittendum quod, 57
cum alias fidejussoribus inter caetera beneficium ordinis seu excussionis, nisi eidem expresse renunciaverint, competat, eo quandoque se tueri nequeant, si pro personis ejusmodi fidejubeant, quae propter privilegia ipsis concessa, aut alia impedimenta non nisi magna cum difficultate conveniri possunt, veluti, si debitor principalis saltem naturaliter obligatus sit, uti pupillus, furiosus, prodigus, juxta *L. Marcellus* 25. *ff. de fidej.* Coler. *de proc. exec. p.* 1. *c.* 10. *n.* 101. quo et mulierem, minorem referunt. Item si debitor potens sit et tyrannus, ad quem non pateat tutus accessus, aut si rixosus sit, litigiosus vel consuetus non solvere etiam verum debitum sine lite. vid. Carpz. *p. II. const.* 18. *def.* 8. Unde et in hoc sibi cavebit fidejussorus, ut conditionem debitoris bene consideret, nec sibi ipsi incuria suo documento sit.

§. 46. Sed si quis ut principalem debitorem, *als* 58
einen Selbstschüldener und Sachwaltiger, se obligaverit, an ita beneficium excussionis amittat, quaeri solet? Et licet quamplurimi, quos videre licet apud Hering. *de fidej. part. cap.* 27. *n.* 118. *et seqq.* it. Zang. *de exc. p* 2. *cap.* 6. *n.* 9. id asserant, eo potissimum moti, quod sic tacite renunciatum videatur huic beneficio. Contrarium tamen verius existimo ex hoc, quod primo renunciatio contra jura expressa non praesumenda sit; deinde nec adjectio haec negotium alteret aut transformet, inque alium contractum convertat; sed saltem quod fidejussor animum sumsit eniam pro debitore solvendi, scil. si debitor forte non

solvendo exiturus sit, ostendere; non vero, ordinem in jure praescriptum evertere voluerit. Quo de pluribus vid. Carpz. *p.* 2. *const.* 18. *def.* item Dn. Crusius *ad jus stat. mindens. lib.* 1. *tit.* 13. *decis.* 1. Atque hanc sententiam in praxi receptam vid. in Dn. Praesidis *cautel. contr. sect.* 2. *cap.* 6. §. 22. ubi hoc limitatur, ut scil. excussionis beneficium cesset, si fidejussor addat; *Dass er vor diese Schuld als ein Selbstschuldiger Bürge, und zwar als ein Expromissor animo novandi hafften wolle.* Plura quidem circa materiam hanc contractuum ineundorum addi possent, nisi temporis ratio me excluderet, pergo igitur jam ad

CAPUT VI.

De civilitate nociva circa modum dissolvendi obligationes.

SUMMARIA

Civil. noc. in intermissa interpellatione. *n.* 1.
De modo interpellationis. *n.* 2.
Quousque debitorem excutere fas sit? n. 3.
Quid debitori opifici relinquendum? n. 4.
An usurae debeantur tempore moratorii? *n.* 5.
Respondetur dissentientibus. n. 6.
Civilitas quoad certos debitores necessaria. *n.* 7.
Civilitas hic ultra ll. expressionem nociva. *n.* 8.
Quid in debitore bello depauperato? n. 9.
De civili collatione solutionis in arbitrium debitoris. *n.* 10.
Si solutionis tempus arbitrio debitoris relictum, quando locus petitioni? *n.* 11.
De solutione dilata in commodam occasionem. *n.* 12.
Civilitas nociva in dandis quietantiis. *n.* 13.
Nocet neglectus juris retentionis. *n.* 14.
De *civ. nociv.* in acceptatione sortis quoad usuras. *n.* 15.
An quis teneatur solutionem in aedibus offerre? n. 16.
An debitori, pendente moratorio, *uni creditorum solventi noceat haec civilitas quoad reliquos? n.* 17.
Quid in haerede quoad legatarios? n. 18.
An noceat pro debitore valde inopi solvisse? n. 19.
De civili oblatione ad procurandam solutionem. n. 20.
Distinguenda verba. n. 21.
De nociva civilitate confidejussoris solidum solventis. *n.* 22.
An correus solvens sibi noceat quoad cessionem actionum? n. 23.

1 §. 1. Contrahuntur facilius obligationes quam dissolvuntur, promissis enim dives quilibet esse potest, et haud scio, annon de quovis dicere liceat, quod de foeminarum genio expressit Ulpianus in *l.* 4. §. *ff. ad sct. vellej.* Facilius se mulier alicui obligat, quam aliquid donat. Non enim speratur facile, alterum eo audaciae progressurum, ut exigat quod promissum, sed putant. uti civiliter promissum, ita civiliter expectandum donec solvatur. Verum non agnoscunt leges ullam incivilitatem exigentis et interpellantis, si tenorem pactorum observaverit et morosum animadverterit debitorem, contra quem civilitate et humanitate creditor non magis proficeret; quam blanditiis ad progrediendum movetur asinus. Cuneus potius contra cuneum adhibendus, quemadmodum enim de Gagate notant, quod aqua infusa incendatur, oleo restinguatur, ita mira copia non solum debitorum, sed et hominum aliorum datur, quos quo magis roges, eo magis intumescunt et inflantur, si negligis, ultro cupiunt, aut si quos officiis alienes, neglecta provoces ad amorem Plin. *lib.* 36. *cap.* 19. Cum quo bellissime convenit consilium comici apud Terentium *Adelphor. act.* 1. *sc.* 2. *in fin.* nam ita est homo, cum placo, adversor sedulo, et deterreo, tamen vix humane patitur.

§. 2. Commodam tamen interpellandi occasionem et 2
locum non negligat creditor, occasioni enim inservire semper sapientis est habitum, nam quae foret malitia, si quis in congressu publico, convivioque praesentibus honoratioribus debitorem interpellaret. Licet enim jus suum persequi cuivis sit liberum: via tamen honesta est ambulanda, si cum viro honesto integraeque famae tibi sit negotium, cujus famam laesisse piaculo esto. Nam si injuria reputatur, nocentis crimen non debito loco detegisse, dd. ad *l. eum qui* 18. *ff. de injur.* quidni etiam, si alterum intempestive de debito interpellaveris. Utut sit debitor morosus, et ad solvendum difficilis, hoc enim si videris, medium compellandi tibi paratum per judicem, hoc remedio illum durius tractare licet, inque invitum exercere judicium, manu militari auferre, si sponte satisfacere non sit paratus *l.* 83. §. 1. *ff. de v. o. l. qui manu militari* 68. *ff. de r. v.*

§. 3. At licebitne eo incivilitatis progredi, ut debi- 3
tor usque ad baculum et peram, uti loquuntur, excutiatur, et nequidem alimenta ipsi relinquantur? Ita communiter volunt *arg. l.* 8. *ff. de cession. bonor.* ibique Glossa Hering. *de fidejussor. cap.* 5. *n.* 80. adeo quidem, ut si non habeat in aere, quibusdam in locis carceri mancipari possit, quorsum spectat dura illa domini exactio apud Matth. *cap.* 18. Quam rigidam exactionem concesserim, si creditor aeque inops sit, ut vix alimenta habeat, arg. *l.* 6. *c. de servitut.* aut debitor sua luxuria et prodigalitate ad incitas fuerit redactus, hic enim omnem misericordiam est emeritus, et male meritus publice, ut exemplo aliis sit ad deterrenda maleficia, etiam egestate laborare debet, ut incipit Jctus *in l.* 31. *pr. ff. depos.* At si creditor bene nummatus sit, si luceat assiduo igne focus, et aliunde sat habeat, unde vivat, civilitati quam maxime consentaneum, imo aequitas et misericordia suadet, connivere debitori supplici et ei alimenta relinquere, non quidem pro conditione personae et dignitatis, sed qualia qualia ad vitae sustentationem necessaria *nov.* 135. *d. l.* 8. ibi. *si quid misericordiae causa ff. de bonor. cess.* Mev. *in discuss. levam. inop. debitor. cap.* 4. *sect.* 2. *n.* 4. *et* 5. Menoch. *de a. j. q. cas.* 183. *n.* 21. Florid. Mauson. *de caus. execut. lib.* 1. *cap.* 6. *limit.* 5. *n.* 44. Arismin. Tepatus *in epit. decision. tit.* 281. *de cessione bonor. cap.* 5. Si scilicet debitor aetate profectus vel alio vi-

tio ad laborem victumque comparandum fictus sit inhabilis, sicut enim reipubl. plurimum interest, ut cuilibet jus suum maneat illibatum, et ne quidem a principe minui aut auferri debet §. *fin. j. de his qui sunt sui vel alien. jur.* Ita non minus expedit reipubl. quam paucissimos habere mendicos, eamdemque virtutibus esse florentem, quarum quidem non minima est misericordia, oraculo divino per illud, *estote misericordes*, satis humano generi inculcata et commendata, neque juri nostro adversa, quod intempestivam tantum taxat *l. 7. pr. ff. depos.*

4 §. 4. Quod si autem debitor ille inops sit ad laborem aptus, sufficit ipsi vestem quotidianam et lectum reliquisse, et instrumenta artis, quibus facile industria adhibita victum et amictum sibi ulterius conquirere potest, Zoes. *ad ff. tit. de cess. bonor. n. 14. seq.* Roland. a Valle. *cons. 1. n. 19.* Lauterbach. *ad tit. de cession. bonor. §. 4.* Gomez. *tom. 2. cap. 11. n. 51.* Robert. Maranta *in spec. part. princip. 6. p. 3. act. ult. n. 29.* adeoque non credo creditorem compelli posse, ut relinquat etiam simul alimenta annua, nisi sponte, satis enim est periculum famis jam esse depulsum.

5 §. 5. Saepe tamen contingit, ut ab illa incivili et dura exactione plane cogatur abstinere, si debitor inducias moratorias a principe impetraverit, quae extorquent etiam ab invito modestiam, non tamen admodum nocivam creditori, quia sortis causa ei salva manet, et tantum indulgetur exactionis dilatio, spatiumque quo respirare et solvendi rationes meditari possit. Freyer. *de solut. cap. 9. n. 31.* Honorat. Leotard. *de usur. et usurar. contrar. cap. 85. n. 1.* An autem usurae intermedio tempore currant, aut earum jacturam patiatur creditor, non conveniunt dd. Posterius affirmant Hering. *de fidejuss. cap. 22. n. 39.* Carpzov. *in asyl. debit. c. 4. n. 39.* Manzius *decis. 4. qu. 9. n. 110.* huic rationi insistentes, quod mora sit mater usurarum, illam autem debitores ejusmodi guidati non committant, cum permissione principis morentur. Hunn. *in encyclop. jur. p. 2. tit. 5. c. 5. n. 3.* distinguit inter usuras ex mora et conventione debitas, illas putat tempore interstitii cessare, has autem currere, sed neutris assentitur Trentacinq. *lib. 2. tit. de solut. resol. 1. n. 26.* Anton. Cuchus *de rescript. morat. n. 148.* Faber. *in codic. lib. 1. tit. 9. def. 9.* Hillig. in Donell. *lib. 22. cap. 9. lit. n.* Wilhelm. Anton. Freundeberg. *de rescript. morat. concl. 63.* Leotard. *d. c. n. 22.* qui omnes non modo ex conventione sed et mora debitas usuras currere volunt, quod juri videtur convenientius. Rescripta enim principalia strictae sunt interpretationis Gail. *lib. 1. obs. 35.* Matth. de Afflict. *decis. 366. n. 1.* et in dubio semper ita explicanda, ut quam minimum laedant jus tertii *l. 4. c. de emancipat. liber. l. 2. §. 26. ff. ne quid in loc. publ.* adeo, ut illa potius nihil operari debeant, quam vergant in praejudicium tertii, Wesenbec. *consil. 207. n 73.* Hunn. *in encyclop. p. 1. tit. 5. cap. 1. n. 20.* Atqui non leve damnum infertur creditori, si non solum exactionem debiti differre, sed
6 et hujus dilationis usuras remittere cogatur. Nec obstat, quod urgent dissentientes, nullam moram committi: quidni enim mora committeretur ab illo, quem princeps permittit, non jubet morari. At si quaestio fuerit de induciis conventionalibus, quas creditores sponte debitori indulgent, ibi demum nocet indulgentia ista, ut creditores jam nec usuras interstitii computare possint, licet expresse non remiserint; quia tunc debitor vere dici potest, non fuisse in mora postquam bona gratia illam remisit creditor, cujus liberalitas non aeque stricte interpretanda, quam potestas principis rescribentis *l. lecta. 40. ff. de r. c. ibi: non in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest. et l. 8. §. 1. ff. de liberat. leg.* quod tamen ad usuras conventionales extendi nequit, nam ratio moraе negatae inducit remissionem, inde et remissio ultra usuras moraе extendi nequit *arg. l. 6. ff. de jure patron.*

§. 6. Praeterea civilis cogitur esse creditor erga illos debitores, quos jura veneratione, fide singulari et humanitate dignos voluere, eoque fini beneficium competentiae indulsere, quod est jus certis personis in jure expressis competens, ne ipsis omnia bona auferantur, sed ad alimenta sufficiens portio relinquatur. Quae civilitas quidem satis nociva est exhibenti, quoniam plus exigere nequit, quam in quantum facere potest debitor, adeoque illi alimenta relinquenda sunt, non qualia qualia, quibus corpus ali legique possit, sed et aliquando lautiora, quia ejusmodi debitor alendus pro conditione et qualitate personae, *arg. l. nepos Proculo. 125. ff. de v. s. l. tutor. 13. eod.* Matth. Brung. *de cession. bonor. qu. 30. princip. n. 1. seq.* Wesenb. *consil. 50. n. 21.* Coler. *de process. execut. p. 2. c. 3. n. 120.* Carpz. *p. 1. c. 32. d. 16.* Hartmann. Pistor. *lib. 2. tit. 18. obs. 2. n. 3.* Mantz. *decis. 3. q. 3. et 4.* Nihilominus se solabitur creditor, cum illud residuum, quod penes debitorem relinquit, non plane amittat, nec per exceptionem competentiae tollatur, sed ejus solutio saltem ad opimiorem debitoris fortunam, vel ejus obitum differatur, tunc enim solidum, quod sibi debetur, exigere potest, quem in finem cautionem debitor praestare tenetur Hartmann. Pistor. *d. t. 18. obs. 2. n. 9.* Schneidew. *ad §. sunt praeterea. n. 8.* Hunn. *in encyclop. jur. p. 2. tit. 29. c. 3.* Lauterbach. *disput. de benific. compet. th. 48.* Imo ne quidem compelli potest ad hanc civilitatem legalem, si creditor sit aeque egenus; quia quisque sibi proximus, et ordinata charitas incipit a se ipsa *l. 6. c. de servitut.* Coler. *de process. execut. p. 2. c. 3. n. 126.* Hunn. *d. tit. 29. cap. 2. n. 48.* Freyer. *de solut. c. 9. n. 82.*

§. 7. Hoc omnino cavendum creditori, ne se putet 8 ad hanc civilitatem obligatum, ubi jura eum non expresse obligatum volunt, nec necessitati tribuat, quod in ipsius libero positum est arbitrio; sunt enim, qui hoc beneficium certis personis tribuunt, quarum tamen leges nullam injiciunt mentionem; et fateor egregiam hoc sapere civilitatem et humanitatem, quisquis amore virtutis sine legum vinculo justiora amplectitur, aequitatique omni ex parte satisfacit; adeoque quis negaret praedicandum esse istum creditorem, qui erga quemvis debitorem sine culpa sua ad inopiam lapsum remissior et benignior existit, sed ut talis sit, non cogunt leges, quoniam non omne, quod absolute aequum est, in foro civili et ex necessitate civili observatur, *arg. l. 6. ff. de j. et j. l. 1. §. 17. ff. ad l. falcid. l. 12 ff. qui et a quib. manum:* et sicuti debitori hoc beneficium tributum est, ut possit in damnum creditoris etiam non acquirere *l. 6. princ. ff. quae in fraud. cred.* eum in finem, ne importunum nimis experia-

tur creditorem. vid. *disput. de damn. reb. alien. licite illato cap. fin. n.* 43. *seq.* Ita vicissim relinquendum aliquid erat arbitrio creditoris, illique ad minimum hoc privilegium dandum, ut ejus civilitatem civilitate sua eliceret et agnosceret debitor, beneficium esse quod creditor illi remittit; siquidem fieri solere experientia comprobatum est, ut quod officium leges imponunt, illud putent sibi licere quavis fronte imprudenti atque effronte exposcere et insultare; quare, ut mutuo metu, mutuaque benevolentia creditor debitorque contineatur, apprime videtur a legumlatoribus Laboratum esse, quod prolixius hic ostendere non est nostri instituti.

9 §. 8. Sufficit ex dictis liquescere, quid dicendum, si quaeratur, an ad hanc civilitatem cogendus sit creditor debitoris bello depauperati? Affirmant hoc Dan. Möller. *lib. 4. semestr. cap. 7. n. 3.* Berlich. *p. 2. decis. 236. n. 38.* Mev. *in discuss. levam. inop. debitor. sect. 7. n. 2. seq.* Manz. *in patrocin. debitor. depauper. dec. 3. qu. 2.* rationemque sui asserti potissimam fundant in humanitate. Verum nemo facile diffitetur, hoc esse humanitatis, humanis casibus tangi; inde tamen neutiquam colligi potest. Ergo etiam legis et necessitatis est beneficium competentiae indulgere, beneficium enim hoc est, et privilegium, quod robur suum non tam quaerit in aequitate naturali, quam auctoritate principali, nec de persona ad personam aequidem ex rationis identitate aut majoritate extendendum *l. 14. ff. de ll. §. 6. j. de j. n. g. et c.* Tusch. *pract. concl 731. n. 2. et 7. lit. p.* sint itaque illorum virorum assertiones consilia non iniqua, vim legis tamen non habebunt; persuadeant creditores, non statim compellandum dicant, usque dum sententiae suae vim legis a voce principali conciliaverint, quod prolixius vid. ap. Lauterb. *in disp. de beneficio competentiae. th.* 35.

10 §. 9. Jam incumbit pergere et considerare, quid liceat creditori, si solutionem crediti ex civilitate, ipsius debitoris arbitrio reliquerit, dicendo: *mit der Zahlung stelle ich es in seinen Belieben, er mache es damit, wie es ihm gefaellet?* Non videtur parum nocere haec civilitas creditori. Primo enim libertatem particularis solutionis hoc pacto confert in debitorem, quam alias acceptare creditor non tenebatur per *l. 3. ff. famil. herciscund.* Deinde sibi adimit libertatem exactionis, ita ut non quovis tempore debitorem solutionis admonere possit, sed ab arbitrio illius eamdem acceptare teneatur; imo dubitari posset, an unquam ad solutionem compellere possit debitorem ob *l. 8. ff. de o. et a. ibi: sub hac conditione*, si volam, *nulla sit obligatio, pro non dicto enim est, quod dare nisi velis cogi non possis, nam nec haeres promissoris, qui nunquam dare voluerit, tenetur.* Verum nimis durum foret, si conditionem istam *si volam* ad verba ista germanica applicare velis, civiliter haec censentur prolata, ergo et civiliter interpretanda, ne benignitas ista subtilitatibus plane eludatur, dum enim circa restitutionem seu solutionem pecuniae ex praevia obligatione ortam disponit, non censetur illam remisisse, et intelligenda est lex ista proprie de stipulatione prius constituenda, ubi stipulanti, an dare seu donare velit promissum, dabo si volam, quae stipulatio utique vitiosa et nullam parit obligationem. Alias Latini Jcti distinguunt inter promissionem solvendi *si volam* Germanis, *so fern es mir beliebet*, et *cum voluero*, *wenn es mir gefallen wird*, quorum illa obligationem plane reddit inutilem *d. l. 8 ff. de o. et a. l. 46. §. fin. ff. de v. o.* de hac autem dicit Jctus in *d. l. 46. §. pen.* alii stipulationem *cum volueris* ita inutilem dicunt, si antequam constituas, morieris, quod verum. Quae differentia videtur exilis, quia et promittens *si voluero*, ante mortem constituere posset, et quis dubitaret, quin haeres ex constituto teneretur? Praesertim hodie, ubi subtilitates stipulationum ad aequitatem et simplicitatem juris gentium sunt redactae, et ex quovis pacto nudo datur actio.

§. 10. Quid si ergo debitori permissa fuit solutio, 11
cum voluerit, quando creditori tunc licebit exigere? Equidem arbitror, quod debitor ipse, quamdiu vivit, compelli nequeat, licet habeat unde solvat, quia tempus arbitrarium in favorem debitoris est appositum, et imputet sibi creditor, quod adeo indulgens fuerit, in cujus arbitrio erat, leges dare et diem pro lubitu definire; nec obstat, quod civilis creditor non tam inciviliter tractari debeat; nam respondeo, sicuti remuneratio beneficii voluntaria est, ita et civilitas mutua non ex legis necessitate, sed hominis voluntate procedit. Post mortem autem debitoris haeres quidem procul dubio ad solutionem tenetur, si defunctus ante mortem constituerit solvere per *d. l. 46. §. 1. de o. et a.* Quod si non constituerit, dubium manet, an unquam in haerede existat obligatio, quae cum defuncti voluntate quasi extincta et sepulta videtur, dictus omnia §. 1. disponit, inutilis est stipulatio, si antequam constituas morieris; itaque sic sentiendum puto: quoties stipulatio seu pactum cum volueris est appendix contractus onerosi, toties terminus ille solutionis in arbitrium debitoris collatus in haerede statim incipit, ut solvere teneatur. Obligatio enim jam satis radicata erat in defuncto, et arbitrium illud solvendi seu restituendi ejus personae tantum competebat, adeoque cum persona extinctum censetur, ita ut in haerede obligatio existat pura, id quod clarius decisum videtur, si quis mutuum, commodatum, aut precarium concesserit sub clausula: *Er gebrauche es so lange er will.* Ultimus enim voluntatis humanae terminus mors est *l. 4. ff. locat. ibique dd.*

§. 11. Non idem mihi videtur, si solutio in arbi- 12
trium debitoris sub hac clausula confertur. *Und will der Glaubiger solchen Rest bey dem Schuldner unverzinset stehen lassen, so lange, biss er nach seiner guten Gelegenheit dazu kommen und denselben ablegen kan.* Putat Berlich. *p. 2. decis.* 193. quod debitor toto vitae tempore ad solutionem adigi nequeat, ob rationem, quia si quid in alterius arbitrium et voluntatem est collatum, alter ille arbitrari potest, quamdiu voluerit et quoad vixerit. Deinde, quia creditor ipse sibi imputare debet, quod non apposuerit certum tempus, inque hanc sententiam facultatem lipsiensem respondisse refert. Verum haec penitius consideranti aequius videtur, non nimis debitori indulgere; non enim simpliciter solutio in arbitrium debitoris collata, sed cum apposito, *nach seiner guten Gelegenheit*, scilicet cum commode solvere possit, cum pecuniam paratam habuerit. Judicis itaque hic est, examinare facultates debitoris, an eo interim excreverint, ut mutuum jam restitui possit. vid. Freyer *de solut. cap. num.* 44.

§. 12. Peccat etiam contra suam utilitatem creditor, 13

si facilis sit in apocha danda, antequam numeratam a debitore acceperit pecuniam. Quamvis enim debitor eousque denegare et protrahere solutionem possit, donec creditor quietantiam exhibeat. Guido Papae *decis.* 417. *n.* 2. Francisc. Marci *tom.* 1. *decis.* 380. *n.* 2. Francisc. Niger *lib.* 3. *controv. forens.* 534. *n.* 41. non tamen compelli potest ut tradat, antequam pecuniam teneat; quod si autem tradiderit, spe forte praesentis solutionis inductus, vel ut eo magis hac sua humanitate solutionem eliciat, jam via aperitur versuto et doloso debitori benignitate ista abutendi, creditoremque civilem magis divexandi; statim enim debitor semet in ista quietantia fundare et praesumptionem, quod pecunia reddita sit, sibi conciliare potest; adeo, ut licet creditori intra menstruum spatium pateat exceptio non solutae pecuniae, gravetur tamen onere probandi, sibi pecuniam non esse numeratam, quod forte singulare putaveris, ex eo, quia debitor contra datum chirographum exceptionem non numeratae pecuniae intra biennium opponendo non gravatur onere probandi; verum hoc rectius singulare dixeris, et contra communiores juris regulas introductum in gratiam debitoris egeni; qui calamitate pressus facile offert chirographum creditori, ut illum eo citius exoret, quae ratio quoniam cessat in creditore pecuniam recipiente, qui non praesumitur ante restitutionem pecuniae aeque facile apocham scripturus, hinc cessare debet hoc singulare, et ad jus commune recurrendum, quod disponit, instrumentum etiam privatam praesumptionem inducere contra scribentem *l.* 26. §. 1. *ff. depos.* Carpzov. *p.* 1. *c.* 17. *def.* 10. Ne tamen nimia damna incurrat creditor, dum potuit forte blanditiis debitoris motus dedisse nondum soluta pecunia quietantiam; indulgetur ipsi libertas exceptionem non numeratae pecuniae intra triginta dies opponendi, eamque probandi *l.* 14. §. 1. *c. de except. non numer. pec.* infringi enim potest fides instrumenti, si quis velit onus probandi contrarium in se suscipere, *cap.* 10. *X. de fid. instrum. l.* 14. *c. eod. cap.* 28. *de testib. cap.* 11. *de probation.* Zoes. *ad ff. de fide instrum. n.* 14. sed non in casu proposito post lapsum 30. dierum, tunc enim creditor prohibetur dicere et probare, sibi non esse solutas pecunias *l.* 14. §. 2 *in fin. c. de except. non numer. pec.* Zanger. *de except. p.* 3. *c.* 14. *n.* 32. Carpzov. *p.* 2. *c.* 29. *def.* 19. Freyer. *de solution. c.* 11. *m.* 1. *n.* 38. Wesenb. *cons.* 42. *n.* 28. Harpprecht. *ad tit. j. de liter. oblig. n.* 59.

14 §. 13. Quemadmodum itaque peccat creditor apocham tradendo, ita etiam sibi nocent bona debitori, in quibus jus retentionis habet; ante exsolutum debitum reddendo. Quod non solum usu venit in creditoribus pignoratitiis, de quibus *cap. praeced.* §. 20. sed et in negotiorum gestoribus, rerum alienarum possessoribus, inque illas sumptus facientibus. De his constat, quod ob expensas necessarias, interdum etiam ob utiles rem melioratam retinere tamdiu possint, donec restitutio expensarum fuerit facta. vid. Grake *de auctor. privat. cap.* 2. Lauterbach. *in disput. de retention.* Uti igitur hoc beneficium adhibitum multum urget debitorem ad restituendum quod debet, ita remissum reddit eumdem et negligentiorem et tardiorem, ut prolixis postea ambagibus et litium anfractibus divexetur, antequam suum recipiat creditor, ut recte fatuum vocent illum doctores, qui rem possidet et restituit ante receptas impensas. Moller. *lib.* 1. *semestr. cap.* 30. *n.* 1. Quam civilitatem praecipue effugere debet possessor tam bonae quam malae fidei; hi enim, si rem melioratam domino repetenti restituant, non prius repetitis expensis, jure civili plane illas amittebant, easque nulla actione consequi poterant §. 20. *i. de r. d. l.* 33. *ff. de condict. indeb. l.* 14. *ff. de except. doli. l.* 48. *de r. v.* quod fusius probatum dedit dn. D. Hoppius *in disput. de compensat. fructuum cum expensis cap.* 1. Nisi possessor res tradendo sibi restitutionem expensarum vel pacto, vel stipulatione reservaverit, tunc enim procul dubio competiisset actio vel ex stipulatu, vel condictio ex *l.* 48. *ff. de pact.* Quamvis hodiernis moribus expeditum sit, ut possessori restituenti actio pro repetendis melioramentis pateat ob summam aequitatis rationem, ne alter cum alterius damno locupletetur, dn. Praeses *ad d.* §. 30. *i. de r. d.*

§. 14. Porro minus sibi prodest creditor civilis, qui 15
sortem acceptat a debitore sine usuris; neque sibi eosdem in specie reservat. Protestatione enim omissa, qua jus quod habemus conservari solet, remisisse censetur usuras, hac tamen distinctione observata, ut remissio illa tacita saltem concernat usuras ex mora debitas, non quae ex stipulatione aut pacto speciali debentur, hae enim, sortis obligatione jam tum sublata, speciali actione adhuc condici possunt Trentacinq. *tit. de solut. resolut.* 9. *n.* 6. Anton. Faber. *lib.* 4. *in cod. tit.* 24. *def.* 5. Carpzov. *p.* 2. *c.* 30. *def.* 13. At usurae ex more debitae dependent ex obligatione sortis, cujus sunt accessorium, ideoque sublato principali et accessorium tolli necessum est *l.* 49. §. 1. *ff. de action. empt. l.* 1. *c. depos.* Hartmann. Pistor. *observ.* 102. Menoch. *lib.* 3. *praesumpt.* 113. Rota Genuens. *decis.* 61. Scheffer. *lib.* 1. *qu.* 40. *n.* 9. Carpzov. *d. const. def.* 12. nec spero auditum iri creditorem, qui dicit se ex civilitate statim noluisse usuras exigere, *Weil er gehoffet, der debitor würde vor sich selbst so discret seyn; und seinen Schaden nicht begehren,* dum enim harum exsolutionem ejus discretioni commisit, suo juri exactionis quasi renunciasse censetur.

§. 15. Haec hactenus de creditore seu solutionem 16
accipiente; paucis nunc de debitore et solutionem praestante, ubi incidit quaestio, an officio civilitatique illius semper conveniat, ut debitum in domum creditoris offerat, vel satisne sit dixisse creditori: paratam esse apud se pecuniam, veniat et auferat? Equidem sic sentio; in donationibus facile creditor patietur sibi hanc civilitatis legem dici, ut veniat et promissum accipiat, et si cesset vocatus, sua culpa et periculo cesset, quia nulla superbia magis absona videtur, quam cogere donatorem, ut ad donatarii aedes pecuniam ferat. Et ideo nec legatarium decet expectare legatum in domo sua, quia res est praestanda, ubi fuit relicta, non ubi legatarius habitat *l. quod legatur.* 38. *ff. de judic. l. cum res legata de legat.* 1. *arg. l.* 67. §. 8. *ff. de legat.* 2. Quoad debitum ex contractu descendens videndum, an oriatur ex contractu respectu debitoris oneroso an gratuito; hic debitoris est. debitum perferre ad domum creditoris, puta si quis alteri 1000. aureos mutuo dedit, quos debitor in domo creditoris reddere debet. Scaccia *de cambiis.* §. 2. *gloss.* 5. *n.* 236. Georg. Schultz. *de oblat. et obsignat.*

cap. 4. *n.* 19. Garsias *de expensis. cap.* 21. *n.* 1. Idemque dicendum de commodatario, quia sunt quasi creditores beneficiarii, et jam tum sat oneris habet creditor, quod gratis rem suam illis utendam concesserit. Distinguit quidem Freyer. *de solut. cap.* 6. *n.* 22. utrum debitor in perferendo sumptus facere cogatur, an non; ut illo casu res perferenda sit sumptibus et periculo creditoris, quod in contractu respectu debentis gratuito concedi non potest, quidni enim ille, qui hactenus commodum ex re percepit, hoc etiam incommodum sustinere deberet? Secus forsan erit in contractu bilaterali, veluti si quis mihi vinum vendit, ubi venditor non tenetur suis sumptibus illud ad aedes meas transportare, tradere quidem tenetur, inde tamen non sequitur, quod debeat transferre. Scaccia *d. l. n.* 241. Freyer. *d. l. n.* 24. *in fin.*

17 §. 16. Quaestionis est; si debitor, qui literas a principe moratorias impetravit, uni suorum creditorum intra spatium induciarum ex humanitate precibusque motus debitum exsolvit, an inde reliqui etiam jus consequantur exigendi? Affirmandum illud censeo, quia creditorum jus est aequale, imo potuit illorum, quibus nondum satisfactum, jus esse pinguius, quorum spes deterior hac solutione percepta redditur; arcedit, quod privilegio ille sit privandus, qui contrario actu utitur. Hieron. Grat. *respons.* 61. *n.* 45. *vol.* 1. Carol. Tapia *ad l. fin. p.* 2. *c.* 2. *de constit. princip.* Nec obstat, quod quis jure pro se introducto possit non uti: hoc enim jus et beneficium, quo abutitur talis debitor, non solum in suam, sed et creditorum omnium gratiam erat indultum, ut intra spatium induciarum debitor pecuniam conquireret et solveret suis creditoribus finitis induciis. Quapropter solus sine consensu reliquorum creditorum juri illi renunciare

18 non valuit. Securior est illa civilitas, quam quibusdam legatariis exhibet haeres solvendo legata et ex imperfecto testamento. Quamvis enim velint, quod haeres, si uni legatariorum ex imperfecta defuncti voluntate legatum exsolverit, etiam reliquis ad praestanda legata sit obligatus. vid. dn. Praeses *disput. de jure ex alter. persona concesso. c.* 8. *n.* 92. Civilis tamen haeres facile sibi ab hoc incommodo cavere potest, si protestetur, se legatum ex liberalitate mera non ex vinculo juris praestare.

19 §. 17. Consuescunt homines humaniores, dum quaerentes audiunt debitores multis nominibus gravatos, hosce a saburra aeris alieni liberare, et pro illis solvere, quaeritur, an haec civilitas facultatem repetendi a debitore tollat? Decidere hoc conatur Christinaeus *vol.* 3. *decis.* 14. *n.* 6. *et* 8. distinguendo: aut quis solvit ex liberalitate, utpote qui non erat obligatus ad aliquid, ultro tamen solvit, eo casu praesumitur liberare voluisse debitorem; aut solvit ex necessitate, ut fidejussor et correus, tunc praesumitur, solutionem esse factam salvo jure cedendarum actionum, ut quod solvit, a debitore recipiat. Sed videtur haec distinctio juri nostro non satis consona, utut enim is, qui ex liberalitate solvit, donasse praesumatur, haec tamen liberalitas exprimi debet, nec statim praesumi potest ex spontanea solutione: omnis enim negotiorum gestor, qui pro me solvit, nullo jure coactus sed ultro solvit, alias non foret gestor; ille autem procul dubio repetere potest, quod solvit actione negotiorum gestorum. Hartm. Hartmanni *pract. observ. tit. de debitor.* 28. *obs.* 6. *n.* 3. Zanger. *de exception. p.* 3. *c.* 16. *n.* 63. adeoque civilitas hoc casu minus nocet.

§. 18. At si quis creditorem, qui de debitore moroso queritur, consoletur dicendo; *Er gebe sich zufrieden, ich will ihn zur Zahlung verhelffen*, quousque se promittens hisce verbis obligasse censetur? Plerique putant ad usque omnem curam et diligentiam, ita ut liberetur promittens, si omnem operam in interpellando debitore impenderit, promisit enim se effecturum, in quantum possibile, Covarruv. *in cap. quamvis. p.* 2. §. 5. *n.* 3. Schurff. *cent.* 1. *cons.* 67. *Aretin. consil.* 142. *col.* 3. *consil.* 80. *col.* 6. Ernest. Cothmann. *r.* 50. *vol.* 5. Matth. de Afflict. *decis.* 295. Maulius *in thesaur. theoret. pract. de stipulat. tit.* 2. *n.* 25. §. *verum quaeritur.* Mevius *p.* 6. *decis.* 406. qui dicit, in dubio magis ut procurator quam ut expromissor intelligitur alienum debitum suscepisse. His semet opponunt Socinus *l.b.* 2. *cons.* 288. Gozadin. *consil.* 27. *n.* 5. 6. Hartmann. Hartmanni *pract. forens. lib.* 2. *tit.* 29. *obs.* 2. Roland. a Valle. *consil.* 53. *n.* 11. Surd. *vol.* 2. *cons.* 3. *n.* 5. Andr. Fachin. *controv. lib.* 3. *cap.* 20. qui contendunt ejusmodi promissorem simpliciter ad effectum praecise teneri, nec liberari praestando omnem diligentiam, quia promissione facti alieni statim ab initio imminet difficultas quae omnino providetur a promittente, unde sibi imputet, qui se ad rem difficilem obligaverit *arg. l. quod te ff. si cert. petatur.* Inter hasce contrarietates existimo attendenda esse verba promittentis. Non enim puto confundenda, sed aliud esse; *Ich will machen, helffen, dass euer debitor zahlen solle ich will euch die Zahlung von eurem debitore schaffen*; Aliud: *Ich will euch die Zahlung schaffen, zur Zahlung verhelffen*; adeoque ita distinguo, aut promissor simpliciter se curaturum ut solvatur, promisit; aut determinate promisit, se curaturum, ut debitor solvat: illo casu non sufficit diligentia exactissima adhibita, quia indefinita ista loquendi formula promissor alienum debitum quasi constituit et in se suscipit, quod satis colligi potest ex *l.* 67. §. 1. *ff. de s. o.* eum qui decem dari sibi curari stipulatus est, non posse decem petere, quoniam possit promissor reum locupletem dando liberari; inde ergo colligo, si talis promissor demum liberatur, postquam reum locupletem dederit, sequitur, si locupletem dare non possit, ipse solvere teneatur. Posteriori casu ubi oratio et promissio ad debitorem tantum refertur, aequissimum est, ut promissor liberetur, si omnem curam in interpellando debitore impenderit, ex illo enim promittit, se curaturum solutionem; quod si ergo ille non sit solvendo, curare amplius et laborare nec potest nec debet; nec quicquam facit in contrarium, quod dicitur, promissor dum factum alienum promittit, statim videt difficultatem, unde sibi imputare debet, qui se ad rem adeo difficilem obligavit: sed potius dicerem, quod promissor ob illam rationem plane liberari debeat, ut ne quidem diligentiam in admonendo praestare deberet, promissio enim facti alieni plane est inutilis et nulla §. 3. *I. de inutil. stipulat.*

20

21

§. 19. Quicquid tandem hujus sit, securus tamen 22
esse potest promittens, si ad solutionem compellatur, quod repetere possit solutum actione mandati ab eo, pro quo solvit. Dubioris conditionis videtur esse cou-

fidejussor vel correus debendi, qui nulla exceptione divisionis opposita, facilitate sua seductus, solidum solvit creditori sperans, fore ut sine controversia pars debiti, ad quam alter correus tenetur, restituatur, sed frustra; si enim illius benignitate alter abuti velit, nec ex civilitate mutua restituere partem, jure ad illius exsolutionem cogi nequit per *l.* 39. *ff. de solut. l. cum alter* 11. *c. de fidejussor. l.* 62. *pr. ff. ad l. fulcid.* Harppr. *ad* §. 4. *j. de fidejussor. n.* 8. singuli enim correi in solidum sunt obligati, et hinc si alteruter solidum solvit, alter simul liberabitur, quia jam sublatum est jus creditoris, cui semel tantum solidum debebatur. Ideoque correus cautione opus habet, ut si nolit divisionem opponere, saltem sibi cedi curet actionem a creditore contra alterum correum, qui nondum solvit; post factam enim solutionem frustra petit cessionem, quia nullum amplius jus est penes creditorem quod cedere possit, quippe per solutionem jam sublatum, et hinc etiam licite tam diu solidi solutionem detrectare potest, donec cessae fuerint actiones, ut ita quoad partem regressum contra correum instituere possit. Petr. Heigius *lib.* 1. *qu.* 38. *n.* 7. Matth. Coler. *de process. execut. p.* 4. *c.* 1. *n.* 106. *seq.* Johann. Oppen. *decis.* 51. *n.* 7. *seq.* Hering. *de fidejussor. cap.* 27. *p.* 3. *n.* 12. *et* 17. Hartmann. Pistor. *lib.* 1. *qu.* 48.

§. 20. Quamquam et ante cessionem correus solidum solvere possit, modo protestatus fuerit de cedendis sibi postea contra alterum actionibus, prout applicant *l.* 34. *ff. de fidejussor.* Dn. Brunnem. ad Wesenbec. *tit. de fidejussor. qu.* 36. Dn. Praes. *in cautel. contr. sect.* 2. *c.* 6. §. 28. Imo volunt quidam, quod correus etiam post solutionem cessionis petere possit, vel statim sine cessione actionem negotiorum gestorum instituere possit contra correum, cujus causam meliorem reddidit, Johann. Sichard. *ad l. creditores.* 2. *n.* 9. *seq. c. de fidejussor.* Matth. Coler. *de process. execut. p.* 4. *c.* 19. *num.* 416. *et* 425. *seq.* Heigius *d. qu.* 38. *n.* 13. *seq.* Hering. *de fidejuss. cap.* 28. *n.* 38. *seq.* Carpz. *p.* 2. *const.* 17. *d.* 14. *et* 16. quam sententiam ab aequitate non arbitror alienam, si solvens saltem dicat, se ex parte, quae alias correo exsolvenda incumberet, statim solvere et pro illo satis facere velle, qua mentione omissa potius rem suam egisse et suo nomine solvere voluisse praesumitur. 23

CAPUT VII.

De civilitate nociva circa ultimas voluntates.

SUMMARIA

Voluntas ultima debet esse libera. n. 1.
Legatum ex inimicitia revocatum per reconciliationem convalescit. n. 2.
Distinguitur. n. 3.
In oblatione testamenti judicialis *quandoque nocet civilitas. n.* 4.
An noceat minori *civilitas* conferendo testamentum in arbitrium curatoris? *n.* 5.
Quatenus haeredi *noceat civilitas nimia? n.* 6.
Distinguitur. n. 7.
De precibus potentiorum. n. 8.
Preces illicitae in agone constituto testatore. n. 9.
Conversatio cum inimico testatoris an tollat legatum? n. 10.
. n idem in haerede obtineat? n. 11.
Nocet ipsi uni solvisse. n. 12.
An ignorantia hic excuset? n. 13.
De effectu precum in fideicommisso. n. 14.
Quid si indigno quid restituendum? n. 15.
De impugnante testamentum inconsulto. n. 16.

1 §. 1. Voluntatem cogi non posse nec debere, docetur inter alia abunde exemplo testatoris, hic enim quicquid metu, minis, aliave inciviliori importunitate coactus promiserit aut legaverit, nullum est et peti nequit, quia liberum esse debet, quod non redit, arbitrium *l.* 1. *c. de ss. eccles.* et si omni consensui contrariatur coactio *l.* 32. *ff. de r. j.* nec ratum vult esse praetor quod metu promissum, procul dubio irrita erunt elogia, quae vi impudica haeres expressit, quare civilitas in ultimis voluntatibus magis videtur dominari et prodesse, quam obesse. Testator enim quicquid donat, ex liberalitate donat, nullo debito nec civili nec naturali obstrictus, si illos, quibus debetur legitima, exceperis; atqui fatuus foret ille, qui sua impudentia atque incivilitate alterum ad liberalitatem commotum iri sperat. Non parcunt sane sagaciores civilitati, qui alicujus improbis et opulenti divitiis inhiant, quantum cavent, ne vel gressu vel nutu vel verbis molesti sint, omniaque ad ejus arbitrium dirigant, ut favorem testatoris concilient, et accipiant quod intendunt atque exoptant. Neque solum opus est civilitate in liberalitate testatoris concilianda, sed eadem ex asse observari debet in conservanda usque ad ultimum testatoris halitum, qua cura non indiget donatarius, qui extra mortis cogitationem liberalitatem altesius experitur, ubi dono semel accepto vel promisso licebit licentius intra civilitatis terminos vagari, imo et evagari; non ita in beneficentia testatoris, hic enim si haeredis aut legatarii rusticitate fuerit offensus, quamquam leviter, pro lubitu testamentum scindere, suamque voluntatem irritare potest; imo si offensa fuerit gravior, praesumitur legatum quondam relictum iterum ademptum, utut testator voluntatem contrariam non expresserit. Dn. Hoppius *in disput. de inimicit. capital. th.* 52.

§. 2. Interim agnoscemus et hic civilitatem nociva, et sentiemus, aliquando optime cogitata sinistre procedere. Si enim testator graviter fuerit offensus a legatario, sed hujus blanditiis iterum delinitus et ad humanitatem reductus offensam remiserit, sua sponte reviviscit legatum, etsi testator expresse non renovaverit per *l.* 4. *ff. de adim. et transfer. legat. l.* 88. §. 11. *ff. de legat.* 2. Gomez. *variar. resol. de testam. cap. de legat. n.* 56. Donell. *lib.* 8. *cap.* 17. ibique Hilliger. *tit. d.* Mantic. *de conjectur. ultim. volunt. lib.* 12. *tit.* 5. *n.* 14. Menoch. *lib.* 3. *praesumpt.* 170. *n.* 13. Mascard. *probat. conclus.* 1287. *n.* 149. Quamvis enim legatum per inimicitias capitales ad non causam fuerit redactum, et obligatio semel extincta non 2

reviviscat, limitanda tamen haec sunt, nisi de renovatione appareat, quae ipsa ex renovato amore odiisque sublatis omnino praesumitur; pendet enim legatum ex nuda testantis voluntate, ejusque declaratione vel tacita vel expressa. Quod si autem haeres probare velit, nunquam rem in veram coaluisse amicitiam neque postea testatorem legatario isti aeque bene voluisse, sed civilitatis ergo tantum cum eo, si res postulavit, conversatum, tunc an legatarius legatum retinere debeat dubium est; fundat enim sese legatum in benevolentia testatoris, quam licet simulaverit, tamen si revera abfuit, quidni hac ratione magis rerum veritas quam quod simulate concipitur attendi debeat? Cum simulata sint nullius momenti *l.* 54. *ff. de o. et a. l.* 16. *ff. de r. j. l.* 30. *ff. de r. n. et t. t. c. plus valere quod agitur.* Accedit, quod utut reconciliatio verbis declarata fuerit, odium tamen semel contractum dirimi facile nequeat, ut hinc amico reconciliato minus credendum suadeant dd. Verum his graviter obstat, quod nemo praesumatur odio proximi plenus decedere, et immemor esse salutis aeternae *l. fin. c. de crimin. repetund.* praeterea et illa via potius eligenda, qua defuncti vo-
3 luntas conservetur quam qua corruit. Distinguendum itaque, aut verbis facta fuit reconciliatio et injuria utrinque remissa est expresse, aut saltem factis quibusdam simulate praesumitur. *Priori* casu praesumitur renovatum legatum, si non expresse revocetur, licet pectus testatoris via adhuc occulta scateat, et saepe quaedam odii inveterati scintillae micuerint. *Posteriori* casu non ex quovis facto statim reconciliatio praesumenda, interim tamen et testatori cavendum, ne intempestiva civilitate inducat praesumptionem reconciliationis *cap.* 3. §. 11. *seqq.*

4 §. 3. Magis sibi officere videtur aegrotus, qui testamentum judiciale conditurus non vult gravare judicem ut ad se veniat et testamentum accipiat, sed putat magis convenire suae civilitati, ut per alium id actis insinuari curet. Quae reverentia non videtur improbanda, neque juris rationi adversa, quoniam in ejusmodi testamento apud acta facto sublatas solemnitates juris civilis volunt ob *l.* 19. *cap. de testam.* ex qua eum in finem praeprimis haec verba urgentur: nec institutus haeres pertimescat cum oblatas preces secundum voluntatem defuncti idoneis testibus possit approbare; unde satis patet, quod non requiratur, ut voluntas ab ipso testatore actis sit insinuata, sed sufficiat, si haeres idoneis testibus possit approbare, oblatas esse preces secundum voluntatem defuncti, et sic mandato ejusdem per alium, quae sententia nuper defensa sub dn. Praeside meo peculiari *dissertat. de testament. judic. per procuratorem ob'ato.* sed fatetur idem §. 15. contrariam communi dd. calculo hactenus comprobatam esse inque judicio observatam testatur Moller. *lib.* 1. *semestr. cap.* 5. Carpzov. *p.* 3. *c.* 3. *def.* 23. Ideoque non sine metu damni, et irriti post mortem testamenti, aut ad minimum processibus obnoxii, huic civilitati insistit testator.

5 §. 4. Quid de *minoris* civilitate statuendum qui putans nihil sine curatoris consensu valide geri posse, testamentum condit adhibito in consilium curatore, idque ad ejus voluntatem conscribit? diceres, testamentum ideo non valere, quia in alterius arbitrium collatum *l.* 32. *ff. de haered. institut.* cum nostrae voluntatis, non alterius debeat esse sententia *l.* 1. *ff. de testament.* sed falleris, non labefactabit elogium minoris haec ratio, utut curato, quid scribere, quos haeredes instituere, qualia legata relinquere debeat, suggesserit, modo non coactus fuerit minor hisce suggestionibus obtemperare, et cum aliter testari vellet, tutor contradixerit et in suas partes minus volentem traxerit, hoc enim libertati voluntatis esset contrarium, cui simplex consilium et suggestio non contrariatur §. 6. *inst. in fin. de mand.* aut interrogatio tutoris, an huic vel illi legare velit, praecesserit et minor affirmaverit, Carpzov. *p.* 3. *c.* 5. *def.* 4. Zoes. *ad ff. tit. de testament. n.* 55. Mantica *de conjectur. ultim. volunt. lib.* 2. *tit.* 6. *n.* 8. Non enim illa tantum velle censemur, in quae nostra motu proprio delabitur voluntas, sed et quae approbando et consentiendo volumus. Imo potuisset minor testamenti confectionem de bonis suis plane curatori committere vid. disputat dn. Praesidis *de jure ex alter. person. concesso. caput.* 1. Quis valere volunt testamentum, quod me consentiente ab altero de bonis meis est conditum per *c.* 3. *x. de testament.* Berlich. *p.* 2. *dec.* 92. *n.* 6. Quod autem minor, si velit, solus testamentum valide condere possit, licet curator non consentiat vel aperte contradicat, patet ex *l.* 20. §. 1. *de liberat. leg. l.* 5. *ff. de testam. l.* 4. *c. qui testam. fac. poss.* Gail. *l.* 2. *obs.* 96. *n.* 8. Johan. Sichard. *ad l.* 3. *n.* 9. *c. de in integr. rest. min.* Jacob. Thoming. *dec.* 14. *n.* 12. Hunn. *in encyclop. jur. p.* 4. *tit.* 1. *n.* 40.

§. 5. Videndum etiam de haeredis civilitate, aut le- 6
gatarii, quatenus periculosa sit, si in nimiis consistit blanditiis atque precibus, quibus haereditatem aut legatum eliciunt. Multum quidem improbantur captatoriae voluntates *l.* 70. *ff. de haered. instit.* Captare autem videtur, qui verbis mellitis atque dulcibus apud testatorem instat ut sibi bona relinquat, adde, quod frenum quasi injiciatur libertati voluntatis ejusmodi blanditiis, humanissimisque precibus, quibus pudet saepe testatorem quicquam denegare; sed haec sententia durior, et nimio odio exponerentur preces et blan-
ditiae, si omnes hanc sortem experiri deberent; po- 7
tius distinguendae erunt preces, quales fuerint, a quibus, et quando adhibitae. Si preces et blanditiae importunae fuerint et instantissimae, recte dixeris, illis legatum vitiari, Matth. de Afflict. *decis.* 69. *n.* 7. Petr. Peck. *de testam. conjug. lib.* 1. *cap.* 9. *n.* 8. *seq.* Farinac. *de fals. et simulat. qu.* 61. *n.* 58. id quod non solum intelligendum de illa importunitate, quae civilitate seposita, impatientibus et verbis minus mollibus, vultuque minus blando testatorem molestat et turbat; haec enim apertam vim minarum prae se fert, precumque et blanditiarum naturam exuit. Sed et illa magis hic supponitur importunitas, qua quis mira blanditiarum arte et precum mansuetudine utitur sine omni austeritate, sed dum indesinenter de die in diem imo singulis horis utitur, illisque testator se aliter liberare nequit quam legatum relinquendo, hae etiam importunae dicuntur preces, et apertae violentiae non multum absimiles, cui multi magis resistere possunt quam hisce phaleratis dictis et lascivis persuasionibus.

§. 6. Secundo attendendum quisnam precibus erga 8
testatorem usus fuerit. Sane si persona potens, quae precibus legatum exoravit, concidere illud volunt. Farinac. *de fals. et simulat. qu.* 65. *n.* 92. Mantic. *de*

conject. ult. volunt. lib. 00. *tit.* 7. *n.* 4. Sed dubito, an sola potentia tantum odium blanditiis conciliare debeat, nisi concurrat magna reverentia illi personae potenti a testatore debita, et hic jam morbo implicitus decumbat; hisce enim circumstantiis concurrentibus facile aliqua compulsio praesumi potest, cum difficile sit, et impudicum videatur precibus magnatis reverendi locum relinquere nolle. Sicuti solum metum reverentialem volunt sufficere ad actum ultimae voluntatis, isto intuitu elicitum, rescindendum. Sichard. *ad tit. c. si quis aliqu. test. prohib. n.* 4. Gail. *lib.* 1. *obs.* 117. *n.* 4. *in fin.* Quoniam nimia reverentia conjugalis justum metum inducit et actum vitiat *cap. ex literis.* 11. X. *de sponsal. impub.* Hinc si curator minorennem inducat, ut se haeredem scribat, testamentum vult esse vitiosum Farinac. *d. tr. n.* 34. neque horum sententiam improbandam autumo. Quamvis enim reverentia non statim actum invalidare debeat, cum ita nullus actus inter principem et subditum, inter patrem et filium, inter virum et uxorem consisteret, contra *l.* 9. *c. de his quae metu fact.* Inducit tamen suspicionem metus in ultimis voluntatibus, quae liberiores esse debent, si maritus ab uxore, curator a minore legatum exoret et ex civilitate impetret. Manz. *de testam. val. et inval. tit.* 3. *qu.* 1. *n.* 89. *seqq.* et *qu.* 3. *n.* 23. *seq.* Dn. Praeses *in disput. de jure blanditiar. cap.* 4. *n.* 53. has preces praecedentes si probare non possit haeres, concidit suspicio metus reverentialis, cujus sunt indicia.

9 §. 7. Tertio attendendum, quo tempore illa civilitas precum fuerit adhibita, ut si fiat testatori jam agonizanti, quaeso quis illam legati impetrationem validam diceret? Dum aegrotus curis hujus seculi depositis, animo ad coelum unice elevato coelestibus plane, et precibus ad Deum directis est intentus atque defixus, qua ratione, si legatum rogitanti et interloquenti amico annuerit et concesserit, non poterit dici, mente deliberata esse concessum, sed saltem ut molestiis obstrepentis liberetur, et quieti restituatur. Burcherd. Berlich. *de jure novero. p.* 2. *art.* 2. *sect.* 110. *n.* 793. Petr Peckius *de testam. conjug. lib.* 1. *cap.* 17. *n.* 2. Mantica *de conjectur. ultim. volunt. l.* 2. *tit.* 7. *n.* 4. Manz. *de testam. tit.* 3. *qu.* 3. *n.* 25. Hunn. *in encyclop. jur. p.* 4. *tit.* 1. *cap.* 1. *n.* 43. Extra hasce circumstantias vel potentiae, vel reverentiae, vel importunitatis indesinentis, vel temporis incongrui non nocebit haeredi vel legatario precum civilitas et blanditiarum *l.* 8. *c. si quis aliqu. test. prohib. l.* 11. *ff. de testam. l.* 70. *ff. de haered. institut.* Dn. Praeses *d. disputat. de jure blanditiar. cap.* 4. *n.* 1. *seqq.*

10 §. 8. An civilis conversatio cum inimico testatoris capitali sufficiens causa sit, ut exhaeredari possit, discussum superius *cap.* 3. Cui hic subjicere lubet, an legatario cum inimico testatoris conversanti adimendum sit legatum? Constat quidem, legatum perire, si inimicitiae non leves inter testatorem atque legatarium extiterint, atque perduraverint, quales praesumuntur etiam, si legatarius fuerit amicus inimici testatoris, Cardin. Tusch. *conclus. pract.* 149. *pr. lit. I.* Cravetta *consil.* 386. *n.* 1. Menoch. *de praesumpt. lib.* 5. *praesumpt.* 42. *n.* 12. quoniam amicus est alter ego et dimidium animae meae, ita ut uterque uno in idem objectum feratur studio vel odio. Hae tamen suspicione non gravari debet quivis cum inimico alterius colloquens, aut obiter conversans, et communia humanitatis officia, quae etiam peregrino debentur, exhibens. Illud enim amicitia cum testatore contracta nunquam operari debet, ut eumdem odio habeam, qui ipsi praecipue sine merito invisus existit, siquidem amicitia se tantum ad honesta extendit, et ad inhonesta non porrigitur. Interim hoc amico non est indignum, ut amore mei adversarii teneriori atque familiari abstineat, nec in ejus intimam descendat consuetudinem; ita enim jus amicitiae meae deseruisse praesumitur, quoniam unus idemque animus contrariorum non potest comode esse subjectum. Talem itaque si legatarius cum capitali testatoris inimico contraxerit, omnino etiam hujus praesumetur inimicus, legatoque adeo indignus *l.* 9. *ff. de his quibus ut indigne. l.* 3. §. *fin. ff de adim. legat.* juncta *leg.* 28. *c. de inoff. testament. in fin.* Dn. d. Hoppe *in disputat. de inimicit. capital. th.* 30.

§. 9. Atque haec tantum locum habent in legatario 11
non haerede, qui non amittit haereditatem, si cum testantis inimico familiaritatem, etiam intimam, contraxerit, quia haereditas non aeque dependet ex nuda testantis voluntate, et praesumpta benevolentia atque legatum. Sed sicuti solemnibus adhibitis conceditur, ita solemnibus aufertur Zoes. *ad ff. tit. de his quibus ut indign. n.* 12. Modo haeres sibi caveat ab illa civilitate, quae parcit testatoris percussorem accusare, caedemque nefariam ulcisci; haec enim vindicta, aut ad minimum denunciatione nocentis omissa, tota indignus judicatur haereditate *l.* 17. *et l.* 20. *ff. de his quibus ut indign.* Nocet insuper haec civilitas haere- 12
di, qui in detrahenda falcidia mai legatariorum remissior et benignior existit, quam alteri, qui unius legatum integrum exsolvi, alteriusque legato jam falcidiam detrahere audet, quod non licet, sed si uni totum exsolvit, jam reliqui jus habent compellendi, ut et sibi integra solvantur 1. per *nov.* 1. *cap.* 3. Quod mirum, quasi vero liberali non liceret suae liberalitatis terminos pro lubitu vel contrahere, vel extendere, et benignitatis suae rivos in unum derivare, in alterum obstruere, est enim res meri arbitrii. Nocet autem tunc demum haec civilitas uni exhibita, si haeres sciens quantitatem relictae substantiae uni solidum exsolvit; quia testatoris sententia non est dividenda, ut ex parte complere, ex parte minuere velis. *d. novell. cap.* 3. et praesumeris beneficio falcidiae renunciasse, dum actum illi directo contrarium committis. At quid si haeres semet excusare velit, se hoc 13
beneficium ignorasse? Non admittitur haec ignorantiae excusatio *l.* 7. *ff. de jur. et fact. ignor.* Tunc excusatur, si erravit in quantitate haereditatis, et plus speravit de facultatibus defuncti, quam in illis est. *l.* 4. *ff. d. t.* Facile tamen huic civilitatis incommodo haeres mederi potest, si uni tantum gratificaturus protestetur, se hac sua liberalitate nolle renunciare beneficio falcidiae, etiam quoad legata reliqua, vid. disput. dni. Praesidis *de jure ex alter. pers. permisso. cap.* 8. *n.* 98. hac enim protestatione facta frustra urgent reliqui, quorum est aequalis sanctitas, eorum aequalis debet esse festivitas, in hoc enim non consistit hujus dispositionis singularitas.

§. 10. De fideicommittente testatore adhuc scien- 14
dum, quod olim verba ejus civilia precesque, quibus

rogabat haereditatem restitui, parum profecerint §. 1. *institut. de fideicommiss. haered.* quia nemo invitus praestare cogebatur de quo rogabatur. Sed successu temporis hisce verbis ab augusto pondus est additum, et imperii vim sortitae, ut quicumque haeres hodie restituere haereditatem fuerit rogatus, ad restitutionem compelli possit *d.* §. 1. Hoc tantum dubium restabat, si haeres a testatore rogatus, ut haereditatem indigno restitueret, illeque se ei gratificaturum privatim atque clam promiserit, an ob hocce inserviendi studium, et promissum haeres excidat lucro suo haereditario et praemio, quod pro obsequio restituendi accipit? Hoc certum, quod haereditas restituenda fisco addicatur, ob fraudem legis *per l.* 3. §. 1. *ff. de jure fisci. l.* 10. *ff. de his quib. ut indign.* sed non expresse decisum, an haeres etiam sua portione sit privandus? Legis quidem ratio suadebat, ut quoniam haeres fraudem legis simul commisit et adjuvit, etiam poenam legis sentiat, quam sentire non videtur, quod ipsi fideicommissum a fisco auferatur, quippe quod ipsi a testatore non erat relictum, adeoque fas erat, ut et sua ipsius portione privare'ur, quorsum inclinat Bald. in *l.* 3. *n.* 5. *c. ad l. falcid.* ob textum ibidem et *l. quidam* 30. §. 2. *ff. de donat.* ubi pactus de parte haereditatis viventis tota dicitur indignus, secus tamen placet Zoesio *ad ff. tit. de his quae ut indign. n.* 8. qui putat, quod pars tantum fideicommissa ad fiscum devolvatur, salva portione haeredi rogato relicta, ne poena excedat delictum, in parte enim qua peccatum, mulctari etiam convenit, quod verum dico, si testator directo in certa parte haeredem instituerit, et aliam partem separatim ejus fideicommisit. Sin vero ita conventum in chirographo, ut haereditatem restitueret incapaci Mevio, et postea rogatus vellet quartam deducere, hoc non liceret, et hac ratione omnino tota haereditate privaretur arg. *l.* 11. *ff. de his quibus ut indign.*

§. 11. Frequentius forte rustilies inconsulta, et odiosa incivilitas naufragium hic patitur, si nostri foret instituti illam examinare. Colophonis loco saltem illam importunitatem notare liceat, qua haeres ab intestato, minus sibi relictum putans, audacter semet elogio patris ultimo opponit, idque improbe evertere annititur, quam irreverentiam ita puniendam voluerunt legislatores, ut jam omni emolumento, quod testamento filio isti destinatum erat, indignus judicetur *l.* 8. §. 14. *ff. de inoffic. testam.* suamque legitimam etiam jure naturali debitam petere amplius ne queat: gravis enim, imo gravissima injuria testatori infertur, dum judicia sua injustitiae incusantur, et ex minus sana mente profecta esse arguuntur, *pr. I. de inoff. testam.* Indeque nihil convenientius rationi, quam ut illo emolumento, quod impugnat, excludatur; at quemadmodum vitia omnia proaeresin aliquam mentisque propositum dolosum requirunt, si poenae statutae esse debent obnoxia, ita et rusticitatem jura non ex specie externa, sed rudiori cortice aestimant, et mentis machinationem improbam attendunt, quare is demum impugnator poenam illam sancitam incurrit, qui improbe, nulla probabili ratione victus ad impugnandum testamentum prorupit et persistit, donec sententia lata succumbat, arg. *d. l.* 8. §. 14. ibi: *improba lite perseveraverit.* Wes. *consil.* 315. *n.* 14. inckelthus. *obs.* 109. *n.* 6. Dn. Brunnem. *ad. d. l. n.* 33. a qua impugnatione longe differt querela nullitatis, si testamentum non rite factum, nec solemnia debita fuisse observata incusetur, talis enim impugnator, si improbe litem moverit, condemnatur quidem in expensas victoriae, sed portio relicta ipsi nihilominus exsolvenda *l.* 24. *ff. de his quae ut indig.* Carpzov. *part.* 3. *c.* 7. *d.* 24. Richter. *decis.* 42. Peregrin. *de jure fisci lib.* 2. *tit.* 7. *n.* 2. Donell. *l.* 19. *cap.* 10. *lit. K.* ibique Hilliger. *lit. e.* Dn. Brunnem. *ad dict. l.* 24. ubi ad hunc modum judicatum refert.

CAPUT VIII.

De civilitate nociva, circa actus judiciales.

SUMMARIA

In judiciis non semper civilitatis ratio habetur. n. 1.
Judex debet esse civilis. n. 2.
Nocet tamen nimia civilitas. n. 3.
Confessio delinquentis an civilitate elici possit? n. 4.
An ex tali confessione puniendus? n. 5.
Limitatio. n. 6.
Nocet civilitas erga delinquentes. n. 7.
Quid judici liceat in poenis? n. 8.
An in puniendis nobilibus mitior esse possit? n. 9.
Affirmativa probatur. n. 10.
Quid judici liceat in civilibus? n. 11.
De civilitate partium in judicio. n. 12.
Citati non sint nimium civiles in comparendo. n. 13.
Nocet litigantibus liberalitas in judicem. n. 14.
Poena partis donantis. n. 15.
Quid si daret ad maturandum processum? n. 16.
De civilitate in judicem finita lite n. 17.
De nociva facilitate in admittendo procuratore. n. 18.
De civilitate advocatorum. n. 19.
Non sint faciles in quacumque causa acceptanda. n. 20.
Advocatorum diversa ratio. n. 21.

§. 1. Civilia judicia utplurimum minus civilia esse, et civilitatis deliquium pati, strepitus ille forensis jurgiaque et cavillationes impudicae satis edocere possunt, quibus etiam turbatus censetur nobilis ille causarum patronus in *orat. pro archia.* §. 12. Non enim cum ingeniis modestis et civilibus in foro res est, quae pacem potius redimunt, ut vitent superba patronorum limina, nec in minima felicitatis parte ponunt, litem nunquam habuisse; sed rixosa ibi plerumque prodeunt ingenia, verborum aucupes, calumniatores improbi, ora Appiana, quibus pudor periit, qui civilitati quasi bellum indixerunt, insuper dantur judicia etiam in invitos *l.* 83. *pr. ff. de v. o.* Quid mirum si coacta ingenia male respondeant; conveniebat quidem loco isti, summa civilitate atque reverentia res pertractari, cui Deus praesidet, *l.* 2. *chronic. cap.* 19. *vers.* 6. et Dii assident *psalm.* 82. *actor.* 23. *vers.* 5. *epist. ad Roman. cap.* 13. sed

vindictae cupido, irae furor, linguae procacitas, et amor habendi in transversum rapit homines et occoecat, ut non videant, quid melius, pejus, prosit, obsit.

2 §. 3. Nihilominus nec prodigos decet esse civilitatis, quippe quae intempestive adhibita nocet judici civili, nocet civilibus litigantibus, nocet civili causarum patrono. Est quidem populare, humanos esse judices, sub quorum tutela contra potentiorum spolia et injurias tuto requiescere possint infirmiores; quantum famae in seros usque posteros conciliavit Miltiadi, summo atheniensium duci, quod in eo fuerit cum summa humanitas tum mira comitas, ut nemo tam humilis esset, cui non ad eum aditus pateret, Cornel. Nep. *in vita Miltiad. cap. fin.* Et potest, imo tenetur jure quivis judex aditu esse facilis, nullius preces supplices alto despicere supercilio, aut minaci vultu
3 repudiare *l.* 19. *ff. de offic. praesid.* Hoc tantum improbatur, si intra privatos parietes alterutram partem ad colloquium admittat, seque in causa publice postea ventilanda privatim informari patiatur. Parit enim haec informatio praeconceptas opiniones, a quibus difficulter judex in tribunali dimovetur, quicquid etiam pars altera contradicat et probet; siquidem ita se habet ingenium hominis, ut primam quamcumque rei gestae narrationem facile recipiat, eamque tam alte imprimat, ut evelli deinceps haud ita facile queat; secundamque dum audit, vel conciliare eum prima, quantum fieri potest, intendit, vel, si conciliare nequeat, rejicit eam, et primae pertinaciter inhaeret, dn. Ziegler. *de offic. jud. conclus.* 17. §. 5. Dn. Brunnem. *process. civ. cap.* 1. *in fin.* Quapropter, ut privatis hisce cum judice congressibus fibula injiceretur, imperatores varie caverunt, et litigantibus limina judicum privata prohibuerunt *l.* 6. *cod. theod. de offic. rect. provinc. l. un. ff. de crim. ambit.* Quas in usum et observantiam redigi optat dn. Brunn. *d. l.* Et dn. Zieglerus ejusmodi judicem ut suspectum rejiciendum esse, more suo egregie demonstrat *d. concl.* 17. si enim testis de causa privatim ante a producente informatus, et ita subornatus fidem non meretur, sed ut suspectus repudiatur Socin. *sen. lib.* 2. *consil.* 274. *n.* 12. Ziegler. *ad Calv. prax.* §. 20. *concl.* 13. *n.* 1. Quidni et judex privatim de causa edoctus? Dum causa, quae testem, multo magis judicem suspectum reddit, Hillig. in Donell. *lib.* 17. *cap.* 25. *lit. g.* Dn. Brunnemann. *de proc. civ. cap.* 17. *n.* 19. adeoque judici nocebit haec civilitas, ut officium ejus in illa causa suspendatur, illaque alii committatur decidenda.

4 §. 3. Sic et illa rejicitur judicis civilitas, quam erga criminis suspectum adhibet, ut confessionem ab illo eliciat, primo invitando illum ad convivium, ubi post coenam colloquio blande instituto, variisque rebus gestis recensitis, eo tandem sensim inducit reum, ut delictum confiteatur, vel secundo spem veniae et absolutionis expresse faciendo, si reus confessus fuerit. Neuter modus decet judicem; bonus enim vir esse debet, a quo omnis fraus, fraudisque suspicio exulare, et ultra legum praescripta nihil tentare debet, atqui nullibi legibus cautum per ejusmodi captiones et machinationes veritatem elicere, ideoque puniendum ejusmodi judicem, ut legis transgressorem volunt Bapt. Bojardus *in Clari sentent. lib.* 5. *qu.* 55. *n.* 10. Dn. Ziegler. *de offic. jud. conclus.* 29. §. 5. qui ad minimum notam imprudentiae atque perfidiae incurrit, quod promittat talia, quae servare nequit, non etiam in judicis est arbitrio poenam remittere cui velit, quippe qui est minister, non magister legum *l.* 8. *c. de vi publ. et priv. l.* 1. §. 4. *ff. ad sct. Trebellian.* Ziegler. *d. conclus.* §. 2

§. 4. Ergone confessio ejusmodi dolo elicita poenae 5
delinquentem subjiciet? Distinguunt hic; aut delinquens confessionem suam revocat, aut in illa sponte perdurat. Illic confessio confitenti nihil nocet, quia inter pocula, extra judicium, ex lubrico linguae censetur profecta, qualis exiguae habetur firmitatis. Dn. Brunnemann. *ad Wesenbec. tit. de confess. qu.* 20. aut quia praesumitur reus non conscientia facinoris, sed illius promissionis fiducia confiteri, quod adeo verum putat dn. Ziegler. *d. conclus.* 1. 10. ut non ordinaria tantum poena, sed et extraordinaria illum immunem pronunciet, scil. si alia indicia praegnantia non concurrant, quia confessio contra jus elicita est ipso jure nulla, nullumque juris effectum habere potest. Quod si autem, dum se spe sua frustratum videt, in confessione sua nihilominus perseveret, eamque extra metum et minas torturae constitutus repetat, communis est sententia, damnari eum posse, non quidem ex confessione antehac ad judicis promissum facta; sed ex hac nova, quae secuta est, atque sic dolus judicis adhibitus in promittendo censetur purgatus perseverantia rei, cum dolo circumventus amplius dici nequeat, qui perseverat Cels. Bargal. *de dolo. lib.* 1. *cap.* 6. *n.* 28. Quam sententiam tameu 6
ita notabiliter limitant, nisi delictum fuerit atrox, et adhuc committendum, quod primo quovis tempore manifestari Reipubl. interit, cujusque plurimi participes sunt, ut conspiratio contra principem, ubi judex impunitatem alicui, qui suspectus est, promittere potest, eum in finem et sub hac conditione, ut ille de conjuratis indicia faciat, omnesque machinationes et totam conspirationis seriem fideliter exponat, quia delictum committendum facilius remittitur, quam commissum, et conatus regulariter in poenam non incidit dn. Ziegler. *d. conclus.* §. 25. *seqq.* add. dn. Brunnemann. *in process. inquisit. cap.* 8. *m.* 1. *n.* 55. Dn. Praeses. *in disput. de jure blandit. cap.* 5. *n.* 20. *seqq.* Didac. Covarruv. *lib.* 1. *variar. resolut. c.* 2. *n.* 6. Gabriel. Alvarez. de Velasco *in judice perfecto. rubr.* 14. *annot.* 4. Petr. Binsfeld. *de confess. malefic. m.* 2. *conclus.* 7. *d.* 3. qui quaestionem hanc adhuc aliter decidunt.

§. 5. Quod si igitur ne quidem ob veritatem eli- 7
ciendam judex civilitatem erga reum remittendo exercere potest, multo minus pro suo arbitrio mitiorem atque civiliorem erga delinquentem esse convenit, quam leges permittunt, non enim precibus calamitosorum illacrymare oportet *l.* 19. *ff. de off. praesid.* nec aut severitatis, aut clementiae gloria affectanda *l.* 11. *ff. de poen.* sique contra faciat, infamiam incurrit *l.* 8. *c. de vi publ. et priv.* Quod facile largiuntur, si judex ob respectum aliquem privatum, amicitiae aut cognationis, indulgentior et humanior lege esse velit. Sed de respectu publico secus sentiunt, ibi enim attendi oportere personae merita, et προσωπολημψιαν tunc judici prohibitam non esse in poenis jure humano statutis, ita ut aliter plectatur minor, aliter major, aliter foemina, aliter masculus, aliter admi-

nistrator pecuniam auferens, aliter fur extraneus, aliter nobilis, aliter plebejus vid. dn. Bruno. ad Wesenb. *tit. de poen. qu.* 36. sed ne nimis laxa pateat judici remittendi potestas, et benignitas ista in crudelem misericordiam convertatur, distinguendum inter poenas ordinarias et arbitrarias; in his sane multum judicis ingenio, et arbitrio discreto relinquitur, ita ut pro qualitate circumstantiarum, vel exasperare, vel mitigare poenas possit. *t.* 13. *ff. de poen. l.* 14. *eod. cap.* 4. *x. de offic. et potest. judic. delegat. l.* 6. 7. 10. 11. *ff. de extraord. crimin.* non tamen plane remittere, Gregor. Sayr. *in clav. regn. l.* 3. *c.* 8. *n.* 13.

8 §. 6. In poenis ordinariis judex regulam legis sequi debet, ita, ut si quoad hanc vel istam personam delinquentem non appareat exceptio, et mitigatio lege prodita, non conveniat illi ex cerebro aliquam formare et affingere; quare recte quidem asseritur, quod minor aliter, aliter major punistur, quia leges ita disponunt, Struv. *ad tit. de minor. th.* 57. Mitius administrator pecuniam auferens, quam extraneus, quia legibus expressum *l.* 55. *ff. de administr. tutor* aliter foemina, aliter masculus, sed nonnisi in casibus jure expressis; mitius nobilis, quam plebejus *arg. l.* 1. §. *fin. ff. ad leg. Cornel. de sicar.* Sed nonnisi lege ita disponente, quia poenae stricti juris sunt, inde non ampliandae, nec ad diversos delinquentes et disparia delicta extendendae.

9 §. 7. Exinde jam fluit decisio quaestionis, an nobilis furtum committens sit mitius plectendus quam plebejus, ita ut poena laquei sit eximendus? Sunt qui patrocinantur nobilitati, et volunt, ut civilius illos tractet judex, nec afficiat vilissimo et foedissimo suspendii supplicio Felin. *in cap. cum quidam.* 12. *x. de jurejur. n.* 5. Prosper. Farinac. *p.* 3. *qu.* 98. *n.* 116. *seqq.* Jul. Clar. *lib. sentent.* §. *ult. qu.* 60. *n.* 24. Berlich. *p.* 5. *concl.* 44. *n.* 33. Tiraq. *de nobilit. cap.* 20. *n.* 110. suaeque sententiae fundamentum ponunt in vulgata regula, mitius agendum cum nobili quam plebejo, *l.* 4. §. 1. *ff. de incend. ruin. et naufrag. l.* 1. *in fin. de jure balnear.* His obloquuntur Paris de Puteo *de syndic. verb. poenu. vers. an se statutum. n.* 5. *seq.* Dn. Carpz. *pr. crim. p.* 2. *qu.* 72. *n.* 63. Equidem tutius starem a partibus posteriorum, si priores soli isti brocardico tantum inniterentur, quippe quod non generale formandum; nec minor numerus est doctorum, qui regulam, licet nec hanc in genere approbem, proponunt: durius cum nobili quam plebejo agendum, *arg. l.* 6. §. 1. *ff. de re milit.* Aloys. Ricc. *decis. cur. archiep. Neapol. p.* 2. *dec.* 196. *n.* 20. Tiraq. *de nobil. c.* 20. *n.* 135. *seqq.*

10 §. 8. At quoniam prioribus in hac causa suffragatur textus in *ordin. crim. Carol. V. art.* 159. ibi: *Oder sonst nach Gelegenheit der person, et art.* 106. ibi: *Mehr soll ermessen werden der Stand und das Wesen der person, so gestohlen hat*, quibus verbis satis aperte innuitur προσωπολψίαν in suspendio non plane eliminandam, sed statum personarum discernendum esse, et quamvis Carpz. *d. l. n.* 64. verba ista ad qualitatem animi et imbecillitatem judicii restringere velit, aequius tamen est verba generalia in mitiorem partem inclinare, quae in dubiis semper optima via. Contra, quoniam in statuto robbariae poena nulla fit status personarum mentio, aeque illi subjicitur latro nobilis, atque plebejus, rejecto isto generali axiomate, quod nobilis mitius quam plebejus puniendus Carpzov. *pr. crim. qu.* 90. *n.* 39. Tiber. Decian. *lib.* 1. *consil.* 57. *n.* 12. quippe quod tantum in casibus jure expressis, et poenis arbitrariis locum obtinuit. Inque hanc sententiam olim hic pronunciatum ab illustri facultate juridica legi, ubi simul consilium additum, quod nihilominus delinquenti integrum sit, ad principem confugere et gratiam delicti expetere. Nam princeps et legislator ob nobilitatem vel remittere, vel lenire, vel exasperare potest, non judex inferior sine consensu principali.

§. 9. Quid ergo sentiendum de causis civilibus, an nec ibi in gratiam alicujus remissior lege esse potest judex? Nil minus, hic enim jus cuique suum aequa lance est distribuendum §. 3. *I. de j. et j. l.* 31. *ff. dep.* nec quicquam per sordes aut gratiam faciendum *l.* 15. §. 1. *ff. de jud. l. f. c. de poen jud. qui male jud.* ne quidem in causa dubia, ubi animus fluctuat judex, pro utro pronunciet. Quamvis enim tunc aliqui putent in judicis arbitrio esse, utri parti favere velit atque gratificari, Sanchez. *in summa lib.* 1. *cap.* 9. *n.* 45. Francisc. Bordon. *in propugnac, opin. probabil.* et hinc consulunt advocatis, ut studeant, judicem in talibus causis habere benevolum et propitium; Jul. Clar. *lib.* 3. *sentent.* §. *testamentum qu.* 99. *n.* 5. Improbant tamen ejusmodi arbitrium Jcti religiosi, qui casus illos, ut vocant, pro amico casus pro diabolo appellare solent, quod diabolus lucretur animam istius judicis. Sigismund. Scaccia *de sentent. et re judic.* Gloss. 14. *qu.* 23. *n.* 10. Ventur. de Valent. *in Parthen. litigios. lib.* 1. *cap.* 12. *n.* 18. Hillig. in Donell. *lib.* 26. *cap.* 2. *lit. A.* Exclusa enim est a judiciis προσωπολψία, nullaque re justitia magis labefactetur, quam si ad respectus personarum inclinat judex, et in gratiam amici causam decidit, qui utique aliter decisurus fuisset, si amicus non esset. Et qui tandem casus adeo perplexus et ambiguus emergere potest, qui a consultioribus et sagacioribus enodari nequiret? licet ille judex, cui proponitur, eumdem explicare nequeat. Quem in finem ipsi aperiuntur oracula facultatum juridicarum, ut inde lumen suis tenebris foeneretur et consilium petat, quibus inter tot myriades casuum haud scio an ullus obvenerit, quem indecisum et relinquere et remittere coacti fuissent. Imo esto tandem, ut Herculi clava excutiatur, et quandoque bonus dormitet Homerus, tamen ideo non statim pro amico sententiam ferre debebat judex, sed res dividenda erat partibus volentibus, aut sorte dirimendum negotium. Dnus Praeses *ad princ. I. de j. et j. verb. tribuendi.* Dn. Ziegler. *de offic. jud. conclus.* 41. 11

§. 10. Partes litigantes quod concernit, optandum foret, ut magis civilitati studerent et humanitati, ita minora in republ. occurrerent litigia, aut ad minimum terminus illorum foret angustior, ita magis florerent amicabiles compositiones, mutuisque remissionibus aleretur concordia, qua servata et parvae res crescunt, et neglecta res magnae dilabuntur et pessum eunt, lites enim sumptus requirunt immensos, sunt fundi salamitae, sunt vorago profundi, qua etiam splendidissima interdum patrimonia deglutiuntur, quod satis indicant verba Mediolani praetorio inscripta; in controversiis causarum inimicitiae capitales oriuntur; fit amis- 12

sio expensarum, labor animi exercetur, corpus quotidie fatigatur, multa et inhonesta crimina inde consequuntur, bona et utilia opera postponuntur, et quo saepe credunt obtinere, succumbunt, ac si obtinent, computatis laboribus et impensis nihil acquirunt, quod recenset ex Chytraei Itiner. Carpzov. *p.* 1. *c.* 1. *def.* 9. Unde vere dictum censetur: satis lucrari eum, qui a lite discedit, Valent. Winther. *in Parthen. litig. lib.* 1. *cap.* 4. *n.* 6. *seqq.* et recte verecunda ejus vocatur cogitatio, qui lites execratur *l.* 4. *ff. de alienat. judic. mut.* Non itaque nocivam dixeris litigantibus civilitatem, quam potius omni studio ob mille incommoda amplecti et observare debebant. Modo rei civiliores sibi in hoc caveant, ne coram quovis judice citati statim se submittant, illiusque jurisdictionem sine exceptione revereantur et approbent; sed potius si viderint, judicem vel incompetentem vel suspectum esse, non erubescant eumdem recusare, et exceptionem vel incompetentis, vel suspecti primo omnium opponere, his forte verbis: *Dass er swar aus schuldiger Ehrerbietigkeit E. E. Raths erschienen, jedennoch wolle er hiemit feyerlichst bedungen haben, dass er sich hiedurch ihren Gerichts-Zwang keines weges wolle verbindlich gemacht haben.* Marant. *in practic. forens. p.* 4. *dist.* 12. *n.* 12. Mynsing. *cent.* 4. *obs.* 59. Covarruv. *pract. quaest. c.* 26. *n.* 2. Quod si autem reus alias exceptiones prius opponat, judicem agnovisse et personam ejus approbasse censetur, ut postmodum semet declinare nequeat. Zanger. *de exception. p.* 2. *c.* 4. *n.* 34. Abbas *in cap. except. n.* 10. *X. de exception.* Menoch. *consil.* 87. *n.* 25. Ziegler. *ad Calv. prax.* §. 12. *conclus.* 1. *n.* 3. Nisi incompetentia post litem motam demum innotescat vel emergat. *cap.* 4. *X. de except. c.* 25. *de offic. deleg.* Ziegler. *d. l. n.* 4. *et* 5. Du. Brunnem. *in process. civil. c.* 7. *n.* 16. *et* 17.

13

14 §. 11. Deinde civilis litigator abstineat a liberalitate erga judicem, judici enim qua judici nihil dandum, ne quidem xenia, aut esculenta vel poculenta, possunt enim haec non minus quam pecunia illum illaqueare et corrumpere *l.* 7. §. 1. *et* 2. *ff. de leg. jul. repetund.* Ziegler. *de off. jud. concl.* 20. §. 35. Magistratui quidem in provinciam venienti poterant provinciales ejusmodi dona offerre *l.* 6. §. 3. *ff. de offic. procons. l.* 18. *ff. de offic. praesid.* Quia ille initio accessus in peregrina terra non praesumebatur statim instructus esse in omnibus quae ad victum pertinent, hinc illum ut hospitem primis diebus tractare licite poterant. Et quidni hodie etiam magistratui et judici donare posset ille, qui nec de proximo lites sperat, nec praesentibus conflictatur, huic enim uti reverentia et observantia debetur, ita nihil vitii habent dona a subditis oblata, quae et gratitudinem eorum erga superiores declarent. At litigatori haec civilitas et liberalitas neutiquam permissa, sed potius vindicatur non solum in mala causa, quando iniquitate et justitia causae diffisus largitur. *l.* 1. *ff. de condict. ob turp. caus. et t. t. ff. de l. jul. repetund. l.* 1. *c. de poen. jud. qui male judic.* sed et in bona; adeo tenaces fuerunt in conservanda et defendenda justitia Romani, ut judicio publico δωροδοκιαν subjecerint, qualitercumque ea a judice exercita, et pecunia accepta fuerit, sic enim legitur *in l.* 3. *et* 4. *ff. ad l. jul. repetund.* „ Lege Julia repetundarum tenetur, qui cum aliquam potestatem haberet, pecuniam ob judicandum decernendumve acceperit, vel quo magis quid aut minus ex officio suo faceret; ad quod enim judex ex officio obstrictus est, in eo turpiter agit, si venalem se prostituit, et justitiam facit mercenariam; dans autem in bona causa, et sibi et judici infert injuriam; sibi, quia videtur suae causae diffidere; judici, quia eum existimant talem, qui ne quidem in bona causa ex aequo sit pronunciaturus, nisi pretio redemptus, quibus adde, quod hac ratione offerens faciat, ut judices adsuescentes muneribus in causa alioquin justa, tandem etiam in minus justis abduci se sinant a recto. Ziegler. *de off. judic. concl.* 20. §. 14. *et* 16.

§. 12. Sed qua poena ejusmodi dator plectendus erit? 15
Expeditum est, quod ad quadruplum dari teneatur dans in mala causa, *l. fin. c. de leg. jul. repetund.* neque datum repetere possit, *l.* 3. *ff. de condict. ob turp. caus.* In bona autem causa volunt quidam dat um condici posse, quia non turpiter datum *l.* 1. §. 2. *ff. de condict. ob turp. caus.* Duaren. *in comment. ad d. t. c.* 3. *in fin.* Arumaeus *disput.* 11. *ad ff. th.* 15. Sane *l.* 2. §. 2. *d. t.* ita se habet: „ Sed si dedi, ut secundum me in bona causa judex pronunciaret, e „ quidem relatum, condictioni locum esse, sed hic „ quoque crimen contrahit; judicem enim corrumpere videtur, et non ita pridem imperator noster „ constituit, litem eum perdere „. Unde patet, quod licet quidam voluerint, ut condictioni esset locus, quia putarunt dantis nullam concurrere turpitudinem, correxit tamen hanc opinionem imperator, dicendo, quod hic quoque crimen contrahat, et inde non solum condictionem cessare, sed dantem causa sua excidere, victoriam litis, quam sperare poterat, perdere. add. Donell. *lib.* 14. *cap.* 25. *lit. c.* ibique Hillig. Bachov. *vol.* 1. *disp.* 22. *th.* 3. *lit. f.* Wissenbach. *vol.* 1. *disp.* 25. *th.* 7. Du. Brunn. *ad l.* 1. *n.* 4. *de condict. ob turp. caus.*

§. 13. Quid si tamen litibus fatigatus et ab adver 16
sario improbo circumductus; dum videt judicem etiam in bona causa morosum, tandem donis exstimulet, ut processum maturet et pronunciet, an dator muneris peccabit? Est quidem hoc seculi vitium amplissimum, altissimasque jam egit radices, de quo recte dicitur:

Aurea nunc vere sunt secula, plus ut in imus auro
Venit honos:
Si nihil attuleris, ibis Homere foras.

Et datur etiam magna judicum istorum copia, qui justitiam alterius partis videntes contra eum judicare verentur, sed non nefas ducunt processum eo fine aliquamdiu protelare, ut litigatorem ad largitionem commoveant, cujus exemplum non ignotum in actis Apost. *c.* 24. *v.* 26. Nihilominus multitudo peccantium non parit errori patrocinium. Hoc seculum non primum est, quo omnia auro sunt venalia, jam tum olim eadem labes legitur, et forte tunc maxima fuit, cum leges praesentes a Julio Caesare contra corruptores judicum ferrentur, ideoque nulla est excusatio litigantis qui dicit: scio causam meam justam esse, sed scio judicem processum non maturaturum, nisi data pecunia. Potius ad alia media jure prodita convolet, quam ad has largitiones, impetret a principe rescripta compulsorialia, ut processus maturetur, avocet in casum denegatae justitiae acta, scilicet:

Tu ne cede malis, sed contra audentior ito.

§. 14. De eo forte, qui obtenta victoria, judicioque fi- 17

nito se in speciem gratitudinis liberalem judici exhibet et ejus operam remuneratur, dubitari posset an peccet? Sed sanctiores justitiae sacerdotes judicem et hoc casu taxant, quia justitiae munus non debet esse mercenarium, praesertim cum in *l. fin. c. de crimin. repetund.* jurare jubeantur magistratus et judices, se, exceptis salariis, nihil penitus tam in administratione positos, quam post depositum officium pro aliquo praestito beneficio tempore administrationis, quam gratuito meruerunt, accepturos, Anton. Matth. *de crimin. tit. de pecun. repetund. cap.* 1. *n.* 5. Anton. Perez. *ad l. jul. repetund. n.* 4. Dn. Ziegler. *d. conclus.* 20. §. 23. Wissenbach. *ad ff. vol.* 2. *disp.* 36. *th.* 13. Struv. *ad tit. de crimin. repetund. th.* 73. Dans tamen videbatur absolvendus, quidni enim virtuosa facta remunerari liceret, beneficiumque beneficio compensare, *arg. l.* 27. *ff. de donation.* Sed rectius et hunc peccare arbitror, quia et illae remunerationes judicem seducere possunt, nam si hae licerent, judex inescatus spe lucri daret lites secundum locupletiores potius quam pauperes, quorum tenuitas spem lucri praecidit, Tulden. *ad tit. c. de annon. et capit. num.* nolim tamen sententiam semel pronunciatam tunc ita nullam dicere, ut victor penitus causa excidat, uti casu priori.

18 §. 15. Inter ipsos collitigantes haec dissuadenda civilitas, qua alter alterius procuratorem facile acceptat et approbat, nec inquirit vel in ejus mandatum, vel personam, sed omnia ante perlectionem, aut rem bene pensitatam rata et grata habet, quid si enim constaret procuratorem esse minorem, qui licet in limine judicii repudiari possit, post illud tamen susceptum non amplius est integrum. Quid si viceris et jam in procuratorem, aut principalem executio facienda? Ubi procurator jure quoad suam personam petit restitutionem in integrum, principalis vero opponet defectum mandati, dicendo, ego non mandavi, ut ille meo nomine tecum ageret, qua ratione irritus erit totus processus, et jam de novo causa recoquenda. Res enim illa erat inter alios acta, quae alteri non praejudicat. *leg.* 63. *de re judic.* Unde etiam multum illi peccant, qui procuratori ad litem legitime dato etiam pecuniam, in quam condemnati exsolvunt, cum tamen debitor solvens, si postea procurator illam pecuniam prodegerit aut aufugerit, semet isti incommodo subjiciat, ut adhuc semel solvere cogatur, nec prosit illi exceptio: ego jam tum procuratori solvi; non enim omnis procurator statim omnibus negotiis datus censetur, sed plures uni vel certis tantum actibus gerendis praeficiuntur, ultra quos nihil valide nomine meo agere possunt, cum mandata sint stricti juris, et praecise juxta formam praescriptam exequenda. *l.* 5. *ff. mandat.* hinc procuratori litis male solvitur *l.* 13. *ff. de pact.* Nisi ad hoc in specie datus, ut ei solvi possit, *l.* 86. *ff. de solut.* et mandatum recipiendi pecuniam. Boër. *decis.* 28. Hering. *de fidejussor. c.* 21. §. 27. *n.* 33. *seqq.* Freyer. *de solut. c.* 3. *n.* 53.

19 §. 16. De advocatorum civilitate quid dicam, in ambiguo fere est. Sane humanitas illis maxime convenire videtur, ut accessu alloquioque faciles sint, si turba clientum stipati, judicisque gratiam, quae major quam ipse codex fieri solet, inire et lucrari velint, fugimus enim tetricos vultus tristesque sermones, et irritant animum judicis orationes incomptae, minaces et contumaces. Unde etiam sunt, qui suadent advocatis, ut in suis allegationibus judicem extollant, nec vulgaribus encomiis ornent, praesertim talem, qui laudes suas sibi praesenti enarrari lubens audit, dn. Ziegler. *de offic. jud. conclus.* 41. §. 4. vocando eumdem doctissimum, excellentiss. celeberrimum, acutissimum Ziegler. *ad Calv. prax.* §. 6. *conclus.* 2. *n.* 3. Alias recte dicetur advocato moroso et inhumano: abi, nunquam rem facies, nescis inescare homines. Interim tamen blanditiis saepissime et se et clientes in praecipitia seducunt, multisque damnis et periculis gravissimis subjiciunt. Quam multi enim ad pacem proniores existerent, lites fugerent, odiaque averterent, nisi sollicitatores existerent advocati, quibus lites pendere diu vindemia est.

§. 17. Qui quamlibet causam a cliente propositam 20
approbant, justissimamque crepant, ita implent imperitum spe vincendi vana, et eumdem arguunt stultissimum, si latum unguem de jure suo discederet, hoc facto jam promptissima offerunt officia, sibi causam demandari petunt. Impudens profecto haec est civilitas et orco digna, dum ejusmodi furciferi, harpiae et improbi sycophantae coeca habendi cupiditate adeo fascinati se diabolo mancipant; omniaque litibus et clamoribus implent, de quibus recte Tholosan. *l.* 49. *c.* 8. *n.* 11. *in syntagm. jur. univ.* quod sint lupis voraciores, docti legum tyranni, crudeliores corvis, qui cum nonnisi funus extincti lacerent, isti vivos scalpunt et sugunt animam, nec missura cutem nisi plena cruoris hirudo. O infamis et ignominiosa professio; mendacium et iniquitatem protegere, cujus rationem reddituri sunt coram terribili omnipotentis Dei judicio. Valentin. Winther. *in Parthen. litigios. lib.* 1. *c.* 19. Itane decebat jurisprudentiam deformare et odio exponere, quasi injusti scientiam, quasi ars jurisperiti in eo consistat, ut justitiam pervertat, aequitatem evertat et veritati fucum faciat! Rabulariam hanc potius artem dixeris, non veram sed fucatam philosophiam, cujus amatores exitiales summa cum laude Ferdinandus rex Hispaniae, India occidentali,' cum pedrariam proregem eo mitteret, prohibuit. Bodin. *de rep. l.* 5. *c.* 1. *n.* 511.

§. 18. A quibus toto coelo differunt illi justitiae anti- 21
stites *l.* 1. §. 1. *ff. de j. et j.* qui collapsa erigunt, fatigata reparant, laborantem spem, vitam atque bona sustinent *l.* 14. *c. de advocat. divers. jud.* horum non est captare lites, sed officia eo offerunt et impendunt, ut deterreant iracundum clientem a lite, et ad transactiones amicas ineundas hortentur, quorum proprium est, suavitate et facundia oris, fide et aequitatis studio, susceptas lites maturare, et compendia sumptuum facere. Horum opera uti honorarium meretur, ita sua sibi humanitate nocent, si illius exactionem in finem processus differant. Nam licet merces ante finitum opus regulariter non debeatur, Harpprecht. *ad pr. i. n.* 56. *seq.* et hinc videatur, nec advocatum quioquam praemii petere posse ante finitum processum, illa tamen omnia facile pactis mutari; et ita conveniri possunt, ut sibi praenumeretur, et nullum scriptum edatur, nisi praesto sit pecunia, nam alias aegre remunerationem impetrabit, victo praesertim cliente et condemnato, juxta vulgatum, illud.

Dum processus ventilatur
Et aegrotus divexatur
Studeas accipere.

Nam processu ventilato
Et aegroto liberato
Nemo studet solvere.

Dicuntur enim advocati et medici tres facies prae se ferre; *angeli*, tempore necessitatis et vexationis; *hominis*, lite morbove decrescente; *cacodaemonis*, finita lite et restituta sanitate, *Parthen. litigios. l. 1. c. 19. n. 27.* Sed vix indigent hodierni causarum patroni aliquo suasore, satis audacter sibi de lucro suo possunt cavere, etiamsi cliens ex victoria nihil lucrari deberet; invaluit enim adeo apud eos habendi fames, ut dialecticae mutata sit subtilitas; rhetoricae languescat civilitas, quia nummorum perorat pluralitas. *Parthen. litigios. d. l. n. 26.* Multo magis illorum insignis detestanda est impudentia, et deformis linguae procacitas deploranda, cum authore *discurs. von justitien-Werck.* Cujus verba ex pag. 841. colophonis vice addere licet: *Um einen Juristen ist es nun gleichwie um einen Apothecker mit seinem Kram, und einen Hauffen Tiriacks-Kraemer auff einer Dorff-Kirchmess; Wenn der nicht wie jener von seinem Kram ein gros Geschrey machen kan, wird er damit verlachet, die grossen Brillenreisser und Schlangen-Fresser haben die beste Lösung, also achtet man auch zu unsern Zeiten die grossen Schwaetzer und unverschaemte Streitkoffe fur die besten Juristen, bey welchen auch die alten Juristen, aus welcher Bücher das Recht mehrentheils gezogen, schamroth werden müssen:* et paulo ante; *Es pfleget auch gemeiniglich also zu gehen, wann Oratoren für Rechtsgelehrte gebraucht, die grossen Schwaetzer und Streitkaepffe für die besten juristen gehalten werden, solche Gesellen wissen das Recht zu drehen, wie manes haben will, wissen böse Sachen zu verblümen und gut zu machen, mögen kein gewiss Recht leiden, stehen allés fürsetzlich in Zweiffel, disputiren allezeit, sind im schliessen ungewiss, es kan ihrer einer mehr verwirren, als ihrer zehen schliessen mögen, ruhmen dess keine Verschreibung so strarck, dadurch sie nicht ein Loch machen könten, welcher unbesonnenen Rede wegen sie billich in das engste Loch so vorhanden, damit sie kein anders machen moechten, gestecket werden.*

Sed ne nimium, hoc quicquid est laboris, excrescat, plura, quae longo numero adhuc circa materiam hanc adduci potuissent, addere supersedeo. Deo t. o. m. veluti omnis benignitatis ac civilitatis fonti grates agens devotas pro auxilio hucusque benigne praestito. Caeterum sicubi forte erratum, aut non aeque commode atque ad palatum cujuslibet cuncta, quod lubens agnosco, proposita fuerint, civilitate lectoris b. fretus, talem eumdem mihi promitto ac spero, qualem sub auspicio hujus negotii exoravi. Sit itaque hic.

FINIS.

DISPUTATIO OCTAVA

DE CIVILITATE PROFICUA.

AD DIEM IV. MAJI ANNO MDCLXXXV.

RESPONDENTE

JOHANNE SCHULTZE, GRUDENT. PRUSSO.

CAPUT I.

De civilitate proficua in genere.

SUMMARIA

Distinctarum vocum brevis explicatio. n. 1.
An civilitas utilitatis causa exerceri juste possit? Carneadis opinio refutata. n. 2.
Affirmatur quoad prima naturae. Quid de jure gentium, virtute ipsa, regni Christi initiis, Constantini m. procerum, stirpisque jagellonicae conversione sentiendum? Argumentum affirmationis. n. 3.
Civilitas ad quod genus honesti referenda? an secundum causam demonstrativam propter utilitatem exerceri possit? Affirm. cum distinctione, ex rationibus. n. 4.
Ex ipsis etiam scripturae s. textibus. n. 5.
Refutatio eorum, quae a contraria parte allegari solent ex textibus s. scripturae. n. 6.
Item ex rationibus. n. 7.
Definitio ejusque explicatio. n. 8.
Explicatio, per causarum genera. (1.) Efficientis, quae est libera voluntas. (2.) Instrumentalis, quae est prudentia indirecta. n. 9.
(3.) Finis est procuratio majoris boni. Quo cessante vanitas est. Demonstratio ejus per rationes et exempla. Licet non totus finis acquiratur, sufficit pars ejus acquisita. n. 10.
(4.) Materia civilitatis sunt res in potestate nostra positae. Excluduntur turpes, statum nostrum evertentes, item parvae. n. 11.
Subjectum informans sunt personae (1.) Sacrae. Exemplum S. Pauli. pontificis. (2.) Seculares. Regum quasi propria jurium submissio eaque proficua. Regis Galliae casus. Regum submissiones in pedilavio, tactu, cui fini gallicae nationis naturalis sub spe commodi civilitas, Aulicorum civilitas ob com-

modum necessaria. Sexus masculini civilitas erga foemineum, exemplo declaratur. n. 12.

Subjectum recipiens. Qui hoc nomine veniant, qui excludantur. Inferiorum erga superiores periculosa saepe civilitas. n. 13.

Signa civilitatis sunt ceremoniae, verae, modicae. Politici perversa appellatio. n. 14.

Explicatio per ἀφαιν. Removetur, dolus qui consistit vel in laesione tertii; exemplum Absolonis: vel in laesione ejus cui exhibetur. Quid de blanditiis, precibus et munusculis sentiendum? Vel in laesione utriusque. Quid de transfuga, Judithae facto sentiendum? Apparens dolus in facto Jacobi Genes. 25. *n.* 15.

Removetur culpa. Osculi examinatio. An clerici excusentur, si publice illud applicent. Pontificialis ceremonia in admissione osculi. n. 16.

An erga invitum exhiberi potest civilitas. n. 17.

Quomodo civilitas effectum juris conferat? n. 18.

1 Accuratam distinctarum vocum explicationem, quam abundanter toto exhibuit capite inauguralis ante semestre sub domino Praeside habita dissertatio de *civilitate nociva c.* 1. jure meritoque omissurus sum, ne Iliada post Homerum scribens, ex judicio Aemylii Feretti, de aequalibus temporum Alexandri atque Felini Jctis, dato, *libro de mora pr. tract.* innumera fere ad similitudinem potius quam ad rationem huc referam, de re veteri novo modo loquens. Quin et ipse posterioris vocis *proficua* scilicet, sensus vix diversam hic exiget interpretationem, utpote quae lucem ex contrario ejus in d. dissertatione verbi *nociva* fuse declarato foeneretur. Si tamen positivus ejus desideretur conceptus, eum exhibeat utilitatis, cujus eadem ac proficui interpretatio est, definitio, ex *ll.* 9. *l.* 2. *in pr. et §. fin. ff. de eo quod certo loco l.* 14. *ff. Si quis caution. in judicio etc. l. si sterilis* 21. §. 3. *ff. de act. empt. Utilitatem seu proficuum idem esse, quod alicujus interesse, scilicet lucrum proveniens et damnum cessans, Coras.* 6. *Miscel.* 2. *n.* 2. Ne v. inusitatus videatur hic exprimendi modus, parallela loquendi ratio conspicitur in *necessitate proficua*, qua moralistae utuntur et talem intelligunt, sine qua utiliter vivere non possumus. v. Angelus de Clavasio *in summa angelica de casibus conscientiae ad vocem, necessitas.*

2 Sed neglecta hac verborum cura, consulendum erit jam potius legalitati in conjunctis vocibus demonstrandae, cujus rationem reddet non inutiliter movenda quaestio, *an civilitatem utilitatis s. proficui causa exercere fas sit?* Rem difficilem forte habiturus cum moralium doctoribus, si in affirmativam inclinavero, cum eo nomine Carneades jam, *qui homines jura sibi utilitate sanxisse, jusque naturale nullum esse docuit, apud* Grotium vapulet *l. de j. b. et p. proleg. th.* 5. nec immerito; *virtus enim per se expetenda, et recte facti fecisse merces est,* nervose ita disserente Seneca *epist.* 81. *Quae quidem tam firma sunt, ut, etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari nequit, non esse Deum aut non curari ab eo negotia,* ita graviter argumentante Grotio *d. proleg.* §. 11. Conf. Taylor *ductor dubit. l.* 2. *c.* 1. §. 4. Nihil tamen ideo susceptae decedit assertioni, quae, ut justa suppleatur probatione, in antecessum adductam hic velim Stoicorum, ex relatione *Ciceronis de finibus* allegati etiam hoc in passu ab illustri *Grotio l.* 1. *c.* 2. *th.* 1. *n.* 12. distinctionem, quae eleganter disseritur, dari quaedam, quae, prima sint naturae, τὰ πρῶτα κατὰ φύσιν, quaedam consequentia sed quae illis praeferenda s. ut vulgato hodie scholasticorum proferuntur termino, dari terminum à quo s. occasionem, et prima causae f. principium demonstrandi.

Quoad prima igitur naturae, certum est, ipsum jus 3
naturale s. quod idem dixerim, virtutum complexum Grot. *l. cit. pr.* §. 44. Bachovius *ad treutl. disp.* 1. *th.* 1. Duarenus *de just. et jure tit.* 3. propter perpetuae utilitatis et tranquillitatis mutuae munimenta a Gentibus recepta et observata, docente Grot. *cit. proleg. th.* 18. *et l.* 1. *c.* 4. *th.* 4. *n.* 2. Ipsaque virtus sui quidem causa expetenda est, spes praemii externi tamen homini prima occasio esse potest ad ipsam amplectendam. Nec aliis regni Christi initia quam ab externis discipulorum persuasionibus fuisse, mundani sc. regni instaurationem pulsis Romanis, atque in eo summos honores, munera atque divitias, id quod ex matre liberorum Zebedaei *Matth.* 21. *v.* 20. evidenter constat. Nec Constantini m. procerum aulae conversionem alia cepisse incrementa, quam per beneficiorum mundanorum illecebras, quae tamen veritatis agnitio tam firmas egit radices, ut ad finem usque serio in ea cura posteri perstiterint, magn. dn. Beeman. *diss. de turbam. vulgi c.* 4. *th.* 9. Idem agnoscit totius Lithuaniae ejusque ducis Jagellonis et hujus posterorum susceptа et continuata religio christiana principium, dum ille legatis in Poloniam missis regnum illud nuptiasque Hedwigis ambivit; promittens inter alia, se religionem christianam cum omni sua Lithuania et Samogitia susceperum, si in regem eligeretur. Celeberrimus dn. Hartknoch. *in republ. Polon. l.* 1. *c.* 2. *th.* 13. Non abludit ab hoc, ipsius Dei ad se diligendum invitationis modus, qui quidem, etsi nulla foret spes vitae aeternae aut metus inferni, amandus est. Placuit tamen summe bono Enti promissione plurimorum beneficiorum et aeternorum et terrestrium ad amorem sui pellicere homines. Hinc judaeorum sub promissione terrae Canaan ad religionem invitatio, ad quod exemplum et hodie judaeus aliique haeretici ad veram religionem christianam pellici possunt sine peccato et agentis et confitentis, modo huic occasio, non causa fuerit beneficium. Jam vero injustum illud non est, quod auctore Deo fit, aut eo non improbante, qui, quoniam perfectissimus est, non potest non justas agendi habere rationes. cit. *diss. de turbam. vulgi c. th.* 16. Eodem vero modo et civilitatem inter homines exerceri posse quis dubitat; nimirum utilitatis causa, cum id ipsi juri naturae et textibus divinis inconveniens non sit ut dictum. Huic non leve affert momentum textus scripturae *Matth. VII.* 12. *quaecumque volueritis ut faciant vobis homines, ita et vos facite eis.* Hic praemittit servator prima naturae, seu primos motus, i. e. utilitatem propriam, cujus consequendae cogitatio incitamentum sit ad officia proximo praestanda gratissima. Hoc ipsum vero per civilitatis actiones expediri, quam optime ipsius civilitatis demonstrat natura, quam in spontanea jurium submissione atque officiorum gratissimorum exhibitione consistere, constabit inferius.

Jam vero in altero distinctionis membro, an pro- 4
pter utilitatem secundum consequentia naturae seu cau-

sam demonstrativam et intrinsecam civilitas juste possit exerceri, difficilior videtur assertio. Sed salva res erit, si praemittatur, duo agnosci genera honesti: alterum est, quod in puncto consistit, ut, si vel minimum decedas, ad vitium deflectas; alterum habet liberius spatium, ita ut fieri laudabiliter, et sine turpitudine omitti, aut aliter fieri possit. Grot, *de j. b. et p. l.* 1. *c.* 2. *th.* 1. *n.* 3. ad quod genus honesti jam civilitatem referas, perspicuum inde erit, quod ad eam nemo quidem stricto jure cogi, eoque sine turpitudine omitti possit, laudab liter tamen et rectius fiat quam non fiat. Et ecce exsuperantiae virtutis eamdem, quae secundi generis honesti est, naturam. Objectum enim illius sunt res bonae, et quidem tales, quarum exercitium in potestate nostra remanet, magn. dn. Becman. *in dissert. de exsuperantia obsequii c.* 1. *th.* 2. seu quarum exercitium aliquando in potestate nostra est positum *d. c. th.* 3. Quasque si omittimus, delicti non possumus argui, at si eas faciamus, melius agimus *th. ult.* Itaque secundum consequentia naturae (1) utilitatis causa exercitam civilitatem dictamini rectae rationis congruere vel inde patet, quia recta ratio neminem impedit, utilitatem jurium suorum cum altero partiri, vel alterum in beneficium recipere. Ergo nec impedit jurium nostrorum in alterum transcriptionem vel eorumdem submissionem in commoda nostra vertere, cum oppositorum hic eadem sit ratio. Jam vero, cum nihil sine ratione faciendum sit, civilitas vero hoc modo proficua rationem praesupponat, recte etiam honesta h. e. in principio demonstraudi justa permanebit, quoniam ratio omnis honesti comes est. Seneca *l. IV. de beneficiis c.* 10. *lit. a.* (2) *Summae malignitatis est, non vocare civilitutem, nisi quae dantem aliquo incommodo affecit.* quibus verbis fere Seneca iterum utitur in materia *de beneficiis l. VI. c.* 13. (3.) Civilitas species quaedam beneficii est, beneficia vero ex dictamine rectae rationis fluunt, amore sc. proximi, seu proposito procurandi commoda proximi, cujus demonstratio ex generali natura boni moralis dependet, docente magn. dn. Becman. *moral. c.* 16. *de amore proximi* §. 1. *et seqq.* Jam vero beneficia utilitatis propriae causa tantum collata, licet amittant naturam suam, si tamen una cum commodo alterius nobis consulamus, non eo minus beneficia manent. Quam in rem denuo graviter Seneca *cit. l.* 6. *de benef. c.* 13. *Non sum*, inquit ille, *tam iniquus, ut nil ei debeam, qui, cum mihi utilis esset, fuit et sibi, non enim exigo, ut sine respectu sui mihi consulat, imo etium opto, ut beneficium mihi datum vel magis danti profuerit, dummodo is, qui dabat duos induens dederit et inter se meque diviserit; licet id ipse ex majori parte possideat, si modo me in consortium admisit, si duos cogitavit. Ingratus sum non solum injustus, nisi gaudeo, hoc illi profuisse, quod proderat mihi.* Exinde conclusionem hanc necto cum Grotio *l.* 1. *de j. b. et p. c.* 2. *th.* 7. *n.* 14. Quae natura et bene moratarum gentium consensu honesta censentur, eadem quoque sub generali praecepto omnis honesti ac virtutis comprehendi debent. *Ad Philipp. IV.* 8. *Corinth.* 1. *v.* 13. 14.

5 Ad praecepta christianismi digrediamur, aut ad ea, quae scopo nostro maxime sunt congrua attendendo, aut quae a contraria parte solent allegari breviter refutando. Ad prius faciet insignis textus *Matth. V.* 51. *et Lucae. VI.* 31. *et* 32. *diligite, inquit Salvator, inimicos vestros, benedicite eis, qui devovent vos, benefacite eis, qui oderunt vos etc. Ut sitis filii patris ejus, qui est in coelis*, civilitas vero dilectionis species est, diligere igitur dum jubemur, ut filii Dei vocemur, jubemur civilitatem proficuam exercere. Summae enim utilitatis est argumentum, filios ipsius Dei ideo nos effici: nihil enim est dicere, utilitatem hanc ad coelestia pertinere; vera enim nihilominus est utilitas, dum nihil ab homine optari possit melius, utilius et divinius, quam ut sit aut esse possit patris altissimi filius. Franciscus Lucas burgensis *in comment. ad evang. Matth. c.* 3. *v.* 46. Et sic civilitatem proficuam in his terris eo magis stabilit, quia modus agendi secundum eam in ipsam aeternitatem usque durabilis est. Subjungit porro Servator *c. Matth. v.* 46. *et Luc.* 32. 33. *Quod si diligitis eos, qui vos diligunt, quae vobis erit gratia, nam et peccatores diligunt eos, a quibus diliguntur: et si benefeceritis eis, qui vobis benefaciunt, quae merces aut gratia vobis?* h. e, nulla erit vobis gratia aut merces. Nam si illi tantum beneficiamus, qui jam nobis benefecit, non tam beneficentia aut civilitas dicenda erit, quam aequalis beneficiorum permutatio, ex justitia commutativa oriunda *Id.* Franciscus Lucas *in comment. ad Lucam* 1. *c.* 6. 7. 33. cum tamen multum a beneficio distet negotiatio. Cleanthes *in Seneca l.* 6. *de benef. c.* 12. *in fine* dilectio ergo, quam Christus commendat, proficua est, approbat ergo quoque civilitatem proficuam, utpote speciem dilectionis. Eodem facit dictum Pauli *ad Rom. XII.* 19. 20. de cibando potandoque adversario, quae summa civilitas, et tamen proficua. *Si enim*, pergit, *hoc feceris, carbones ignis coacervabis in caput ejus.* Quibus verbis non ultionis explendae intentionem haberi, docet Pererius *tom.* 2. *disp. ad epist. Pauli c. XII. v.* 19. 20. prout communiter hic locus interpretationem patitur, quasi benefaciendo inimicis nostris gravius illis ulciscamur, cum ob ingratitudinem adversus nostram beneficientiam et civilitatem majori vindictae Dei et suppliciis reddantur obnoxii. Licet enim haec damna inimicis nostris eveniant certo, haec tamen, ut fines civilitatis nostrae, non sunt proponenda, Petrus Martyr. *in comment. ad d. epist. Pauli ad Tim. p.* 639. Verum interpretatio haec plane aliena est, et devia a Pauli consilio illud subjicientis: *noli vinci a malo, sed vince in bono malum*, imo contra naturam charitatis est, benefacere inimicis eo animo, ut eo gravius in malum incidant. Ergo verus et germanus hic sensus est, ideo obruendum esse inimicum beneficiis, quo tandem resipiscens et civilitatis nostrae officiis victus ex hoste fiat amicus. Nulla quippe major provocatio ad amandum est, quam praevenire amando. Nimis enim durus est animus, qui, si ultro dilectionem non vult impendere, etiam nolit rependere. Quod ex Augustino *lib. de catechizandis rudibus* refert Benedictus Pererius *c. l. ad vers.* 20. *et* 21. Utilitatem igitur, quam ex hac civilitate commendat Paulus, maxima et certissima est. Ex hoste sc. amicum sortiri, quod exemplo regis israelitici et Syrorum probatur. *II. Reg. VI. v.* 23. ubi Elisaeus hostes Syros monet cibo et potu lautissime excipi, cum effectu utilitatis secuto, dum ait textus, *nec perrexisse deinceps turmas Syrorum invadere terram Israelis.* Idem exemplo civilitatis a David

in Saulem exercitae probatum vide in citato ante Pererio.

6 Speciem insignem habere videntur, quae ex textibus novi testamenti, contra dictam assertionem afferuntur. Quibus in antecessum id cum Grotio replicandum, non ulterius nos obligari legibus Christi, quam ad ea, ad quae jus naturae per se obligat. *l.* 1. *c.* 2. *th.* 6. *n.* 2. quod tantum, extra praecepta credendi et Sacramenta, in gradu excellentiori, sublato scilicet omni jure positivo, a Salvatore nobis injungitur. Hinc ipsi textus civilitatis non necessitatem inducunt, quin potius consilium, aut propositi sublimis commendationem continent. Grot. *c. leg.* 1. *c.* 3. *th.* 5. Et quidem obstare primum videtur Servatoris dictum *Matth. V.* 40. 41. *et Lucae c.* 1. *Qui tunicam a te petit, ipsi et pallium mitte.* Item *Qui angariabit te ad milliare unam, cum eo abi duo.* Hic licet non negetur, talem civilitatem exsuperantiam affectus erga proximum esse debere, quae alias totum christianismi fundamentum absolvit, eo ipso tamen necessitas nondum arguitur, tunc demum obtenturа, si homines omnes christiani essent, aut christiane viverent, ita non incongrue disserente Grotio de talibus actibus *leg.* 1. *cap.* 2. *th.* 8. *n.* 1. cui assertioni in hac materia *allegati Arnobii* verba non parvam conferunt lucem: *si omnes omnino, qui se homines esse non specie corporis, sed rationis intelligunt potestate, salutaribus ejus pacificisque decretis aurem vellent accommodare paulisper et non fastu et supercilio tumidi suis potius sensibus quam illius commonitionibus crederent, universus jamdudum orbis in mitiora seu humaniora et civiliora conversis usibus ferretur, in tranquillitate mollissima degeret, et in concordiam saluturem incorruptis foederum sanctionibus conveniret.* Quo modo vivendi jam inter homines cessante, jurium nostrorum prosecutio non per necessariam civilitatis viam, sed instituto juris ordine, (quem ipse Deus tot textibus scripturae confirmavit. *Act.* 25. *v.* 11. 1. *epist. Petri c.* 2. *v.* 18. *et* 20. *ad Rom.* 13. *v.* 4. Conf. *fusius de hisce textibus* Grot. *citato saepe lib.* 1. *c.* 2. *th.* 5. *n.* 9. *et th.* 7.) a summo numine nobis indulgetur, utpote quod remediis imperfectionum nostrarum etiam mutilis ex summa benignitate connivet. Secundo ex illis textibus id tantum sequi docetur, civilitatem proficuam non in omnibus casibus exercendam, si sc. praecipue talia a nobis officia sunt exhibenda, quae nos non sunt multum incommodatura. Grot. *c. l.* 1. *c.* 2. *th.* 8. *n.* 4. 5. dum in dictis textibus ad unum milliare angariandum, non vero ad mille extendatur civilitas exhibenda; tale enim iter hominem a suis negotiis longius abduceret. De uno ergo, et si usu veniat, de duobus monet Salvator, quae deambulatio quasi pro nihilo ducitur. Conf. *fusius c. l.* Grotius. Dicta igitur illa, cum de iis loquantur, quae nobis non sunt multum incommodatura, adeoque de materiis levioribus sint capienda, ad ea civilitas proficua se utique non ostendit; ob rem enim leviculam seu ob minimum commodum jura sua submittere, et alio modo civilitatem contestari, non prudentiae aut consilii, sed abjecti animi indicium est. Notabile ejus rei exemplum jura nobis exhibent de homine libero majore 20. tantum annis, qui jus inaestimabile libertatis per venditionem sui ad participandum pretium, inaequali certe et indigno libertatis amissae lucro compensare tentavit, quem ob abjectae indolis indicium in hac juris sui submissione tam indignum jura aestimarunt, ut, cum aliis minoribus 20. annis restitutionem largiantur, huic tamen dummodo sit major 20. annis, plane auferant. *l.* 5. §. 1. *ff. de statu hom.* mirante hoc nimium quantum Gothofredo *ad d. leg. lit. n.* Cujus legis rationem justam ait esse in poena facti improbi et abjecti Hilliger. *in Donell. l.* 2. *c.* 9. *lit. l.* Quo facit, quod a Grotio haec subjectionis species ignobilissima vocetur, utpote homine indigna *de j. b. et p. l.* 2. *c.* 5. *th.* 25. *n.* 1. Solent praeterea et ipsi in nostram partem textus allegati a contraria parte allegari, ut *Matth. v.* 46. 47. *et Rom. XII.* 14. 20. ubi inimicos jubemur diligere, licet nihil beneficii ab ipsis expectetur. Ad quem textum Bened. Pererius *in comment. ad epist. Pauli cit. c. v.* 18. distinguit inter exhibitionem dilectionis, cujus fundamentum in cognatione naturali ponitur *l.* 3. *ff. de j. et j.* generalis, et specialis, ad quam posteriorem referendae largitiones subsidiorum, beneficiorum. Illamque, quia ex praecepto divino, necessitatis, hanc, qua ex consilio, tantum civilitatis esse docet ibidem, quamquam falso idem, contrariam opinionem evangelicis omnibus imputet. Si vero sunt quidam, qui tanto charitatis amore ad praeclarissima quaeque capienda succensi fuerunt, ut consilia divina pro praeceptis saepe amplecterentur; quale elogium Christianis primorum temporum attribuit Grotius *de j. b. et p. l.* 2. *c.* 9. *th.* 9. *n.* 4. Non tamen ideo scommate afficiendi, cum more Christianorum ad summa quaeque contenderent ideo, ut tanti nominis christiani scilicet mensuram implerent sua non caituri mercede. Idem Grotius *proleg. th.* 60. *et* 51.

Quae supra §. 2. circa prima naturae dicta sunt de 7
virtute propter se expetenda ex *epist. Senec.* 81. hic in consequentibus naturae seu principio demonstrandi maxime urgeri solent. Civilitas igitur, ajunt; proficua aut non est virtus, aut causam utilitatis procul habere debet. Sed resp. Proficui terminum adeoque utilitatem non afficere civilitatem, sed denominare, civilitas vere virtus est, quia est species dictaminis rectae rationis, licet in secundo genere honesti, de quo supra *th.* 4. Si vero proficua est, id naturae virtutis in civilitate nihil derogat, sicut ipsa pietas utilis est, nec tamen ideo pietas esse desinit. *Benedictio domini est in mercede Pii*, ait *ecclesiasticus XI. v.* 23. ubi et vers. sequentibus fuse pietatem ab utilitate commendat *idem.* Ne dicam, utilitatem omnium virtutum consequens esse necessarium, licet ejus solius causa expeti nequeat. Quorsum pertinet *Sapientiae Salomonis c.* 3. *v.* 15. *Bonorum laborum*, inquit, *fructus est celebris.* Cur non ergo civilitatis? in qua id adhuc praeterea advertendum, quod, cum ea sit ex secundo genere honesti, utilitatis acquirendae causa modum illi praescribat Syracides, huic prae illo beneficii exhibendi, quia ab hoc prae illo major expectanda utilitas. *c. seq.* 12. *fere toto.* Imo amor nostri qui vere virtus est. Dn. Beemann. *cit. Moral. c.* 16. *de amore proximi*, sine utilitate ne concipi quidem potest. Utilitas ergo civilitatem non efficit, sed denominat, nec e contrario evertit, sed comitetur, ex eo tantum limitem accipiens, ne jus alienum tollatur. Grotius *l.* 2. *c.* 2. *th.* 1. *n.* 7. Insuper et illud solet allegari, paucissimos esse, quos virtutis amor ad exercitium civilitatis impellit, quin potius omnis intentio a futura utilitate consequenda dependet. Non negandum quidem

illud, ideo tamen civilitatem hanc externe proditam suis non destitui oportet utilitatibus, quas externum jus promittit, cum de interno animi affectu nec ipsa ecclesia judicet. Ergo ab externo respectu bonitas vel malitia judicanda, cum aliud in vita sociali magis congruum remedium non patiatur imbecillitas humana. Conf. *cit. diss. de turbam. vulgi. c.* 1. *th. ult.* Dn. Brunnemann. *in processu c.* 1. *n.* 6.

8 Ut vero civilitatis proficuae natura, qualitates, attributa justiori ordine cognoscantur, consultum erit conceptum ejus sequenti definitione exprimere: *civilitas proficua est spontanea jurium submissio, commodorum nostrorum causa* (I.) Est submissio, in discrimen a contractibus permutatoriis aliisve omnibus, in quibus est mutua quaedam obligatio *l. consensu.* 2. *ff. de obl. et act.* In his enim (I.) est translatio jurium, non submissio *l. traditionibus.* 20. *c. de pactis in fine.* (2.) In iisdem natura aequalitatem desiderat, ut ex inaequalitate jus oriatur minus habenti. Grotius *de j. b. et p. l.* 2. *c.* 12. *th.* 8. In civilitate vero sponte minus habemus, aliumque plus habere sinimus in ipso sc. actu civilitatis, post eumdem enim majora nobis quam aliis evenire juste possunt commoda. Nec hic excludimus contractus mere beneficos sive civiles, de quibus ex Grot. *d. l. th.* 1. *et seq. c.* 3. *infra autem*, qui quidem incentivum a civilitate habent, eoque nomine civilium insigniti sunt; actus tamen ipse obligatorius est, et cum permutatoriis communis. Cognoscitur porro natura submissionis a contraria illi stricta juris prosecutione, s. rigore juris, quo nomine severitas in jure accipitur *l.* 6. *c. de haered. instituend. l.* 4. *c. ex quibus causis infam irrog.* De qua obiter, quam nociva sit vid. Grot. *de j. b. et p. l.* 2. *c. th. ult. n.* 12. in belli materia, in qua per severitatem alterius, alteriusque civilitatem, h. e. oblatam satisfactionem, saepe pia offerentis arma effici et bonam causam ab illo ad hunc transire docetur. De exemplo Wladislai Jagellonis contra crucigeros vid. celeberrimus dn. Hartknoch. *de republ. polon. l.* 1. *c.* 2. *p.* 56. (II.) Juris h. e. qualitatis moralis ad aliquid juste habendum vel agendum Grot. *l.* 1. *c.* 1. *th.* 4. (III.) Spontanea h. e. ex lubentia s. interno animi motu prodiens, eoque differentiam ostendit, (1.) ab adulationibus, quae non spontaneae, sed fictae sunt submissiones *l.* 2. *in fine c. de donat. inter. vir. et ux.* Heider. *philos. moral. p.* 2. *p.* 714. (2.) Ab iis actibus, quos ex incumbenti necessitate edimus, sic qui in servitutem se dant, submittunt quidem jura sua, sed ob necessitatem quamdam extrinsecam ipsos prementem. Quam licet etiam sponte eligant, spontaneitas tamen ista s. lubentia est tantum in se non vero in causa, veluti qui vitandi naufragii causa merces in mare projicit, sponte quidem facit, sed in se, in causa neutiquam, quippe id nunquam facturus, nisi metus naufragii ipsum premeret. Sic Przemislaum victoriosum regem Bohemiae legimus initio varie impetitum, tandemque regno ejectum in tantam egestatem incidisse, ut operam diurnam architectis Ratisbonae locare, dissimulata conditione sua, coactus fuerit. Balbin. *epit. rer. bohemic. l.* 3. *cap.* 12. Quae utique fuit submissio jurium, spontanea quoque, sed in se, non in causa, nisi enim ab hostibus ubique quaesitus fuisset, nunquam se eousque submisisset (4.) *Commodorum causa*, in discrimen a gratia aliisque beneficis actibus, quos totos sine participatione commodi ad alterum dirigimus. Conf. Seneca *l.* 6. *de beneficiis. c.* 12. *et seq.*

Foenerabitur porro lucem suam ipsa definitio ab 9
ipsis causarum generibus huc adducendis. Efficiens igitur erit libera voluntas, ita ut non coactum sed spontaneam esse oporteat officii alicujus exhibitionem. Quae enim necessario fluunt, debitum praesupponunt quod in gratuiti officii seu civilitatis exhibitione vi vocis cessare debet, hinecque nullam ejus adesse civilem obligationem ipsum agnoscit jus civ. *l.* 2. § 8. *ff. de aqua pluv. arcend.* Instrumentalis est prudentia indirecta, quo termino gaudet magnif. dn. Beckmann. *in diss. de turbamentis vulg. c.* 1. *th.* 6. h. e. per ambages et circuitus instituta, quae dum directe hominum animis se insinuare nequit, per vias obliquas hujusmodi, quae vult, inducit. Talis nempe est civilitas, quam merito speciem quamdam nobilissimam *rationis status* dixerim: non inelegans huc in partes meas traho simile generosi dn. de Jhena *de ratione status dissert.* 3. *concl.* 7. dictae rationis status speciei seu civilitati non incongruum: *gubernator navis, inquit, qui vento minus secundo in portum recta se conferre nequit, mutata saepius per artem velificatione eum assequi laborat et assequitur, ac eodem omnino vento, ad quamcumque e duobus oppositis placuerit partem, suam appellit navem. Si etiam animadvertit fluctibus obsisti non posse, ab iis jacturi se sinit, vela demittens.*

Finis est *procuratio majoris boni.* Alias actus ejus 10
modi vani essent. Sic Paulum jamjam videbimus, omnibus omnia fieri, ut universos Christo lucraretur. Quod exemplo boni medici illustrat Nicolaus Gorranus *in comment. ad epist. Pauli ad Corinth.* 1. *c.* 9. *p.* 197. *in fine. Sic*, inquit, *facit bonus medicus, comedit cibum infirmi, ut eum provocet ad comedendum et sic sanet*: vel quae huic ordinata est *evitatio majoris mali.* Minus malum enim induit rationem boni. Grot. *de j. b. et p. l.* 2. *c.* 23. *th.* 2. *n.* 2. His finibus non propositis, non est civilitas, sed pro re nata neglectus jurium et vanitas. Sic apud Paulinum *epist.* 11. Mater Augusta patefactis ad opera bona thesauris prompto quidem filii imperatoris consensu, attamen toto abusa fisco est. Et de *Antiocho Epiphane* testatur Athenaeus *l.* 5. *c.* 5. *et l.* 10. *c.* 10. *Cum duobus famulis comitibus aspectum fuisse deprehensumque, etiam jus dixisse, saepissime cum argenti sculptoribus et aurifusoribus in ipsorum officinis copiose verba funditantem et de artis subtilitate, cum celatoribus et aliis opificibus ingeniose ratiocinantem. Praeterea in popularium hominum coetum se demittentem, quisquis forte occurrisset, cum eo solitum confabulari, cum advenis vilissimis et peregrinis compotare. Si quando juvenes quosdam simul convivari sensisset, nullo adventus sui dato signo illo commeare, lascivientem et commessabundum, nec aspernantem figulina vasa, nec cantantium rudes concentus, ut inespectato ejus accessu territi huc illuc dilaberentur et aufugerent. Eamdem saepius exuta regia veste, amictum toga forum circumire etc.* In quibus omnibus, si speciem civilitatis conatus fuit exhibere, declinare tamen non potuit quod idem *Athenaeus* mox subjicit. *Eam ob rem ansam dubitandi praebuisse cordatis modestisque viris, quibusdam eum simplicem esse atque facilem suspicantibus, quibus-*

dam insanum. Eoque ipso factum, ut quem *Epiphanem* vocare debebant, *Epimanem* dixerint. Polybius *l.* 26. Ex eadem causa et suspicionem sinistram Russorum primo movit pseudo Demetrius primus initio hujus seculi, quod civilitate Russis alias ignota sine fine uteretur. Qua de re Petrus Petrejus de Erlesanda *tr. Musskowitische chroniea Anderer. Theil p.* 320 verbis: *Gieng offt in der Goldschmiede Laeden, sahe zu, was sie vorhanden hatten, und wie sie arbeiteten, hatte offt nicht uber einen oder zwey Jungen bey sich, welches von den vorigen Gross-Fürsten nimmer geschehen war, denn die konten nicht vor Musskowitischer Eminentz und Hoheit aus der Kammer gehen, sondern den Stab in der Hand haben etc.* Ac licet finibus hisce civilitatis usurpantes vitio recipientium saepe excidant, sufficit tamen in ipso nihil defuisse, quominus finem propositum obtineret. Sic de Pauli civilitate *Chrysostomus* ipsum novisse se non posse omnes lucri facere, attamen minus diligentiae non adhibuisse quam si omnes per se fuissent conservandi. Sed, *ut qui seminat, licet intelligat non omnia grana, quae terrae committit, proventura esse, attamen ideo diligens est, quasi speret, omnia esse nascitura. Unde sicut impossibile, ut omnia grana proveniant, ita est impossibile, ut, quando tanta diligentia seminantur, omnia pereant.* Petrus Martyr. *in comment. ad epistol. Corinth.* 1. *c.* 11. *pag.* 118. *B.*

11 Materia civilitatis nostrae sunt. (1.) Res in potestate nostra positae. In impossibilia enim sicut nihil valemus, ita nec civilitatem exercere possumus. In turpibus eadem ratio; sunt enim moraliter impossibilia. Hinc foemina non potest turpi obsequio suo civilitatem obtendere, quae fere Russorum fabula est, de meritorum Mariae Magdalenae causis. Jus enim corporis sui tantum non habet, adeoque nec libertatem juris sui submittendi. Conf. quae fuse contra *Covarruviam* docet Dn. Brunnem. *in comment. ff. ad l.* 4. *ff. de conditione ob turpem causam.* Eoque (2.) res mediae ac indifferentes h. e. quae jure divino vel naturali nec prohibitae nec mandatae sunt. Sic Paulus Judaeis factus quasi judaeus, sed quoad ceremonias et res medias. Hinc passus est Timotheum circumcidi, totondit caput, aliisve votis se obstrinxit. Qui si ceremonias hasce e vestigio funditus evertisset, judaeos statim a se alienasset. Interim coram Deo et conscientia manebat illi salva et integra libertas sua. Petrus Martyr. *in comment.* 1. *Corinth.* 9. *v.* 21. *f.* 118. *A.* Non (3.) *quae statum nostrum evertant.* Has enim admittere est abjectioni sui operari. Ideo Paulus, qui circumcisionem admiserat, non passus tamen fuit, ut crederetur circumcisio esse necessaria ad justitiam coram Deo. Id enim statum Apostolatus ejus, eoque religionem christianam evertisset, et narrat Selnecerus *in d. ad* 1. *Corinth.* 9. *v.* 20. se una cum visitatoribus aliis *a. MDLXX.* in monasteriis Brunsuicensis ducatus jejunia statu pontificiorum observasse quidem, sed minime invocare sanctos, celebrare missas, uti una specie coenae dominicae voluisse, quippe institutioni Christi adversa, eaque ratione se Sophiam Sigismundi Poloniae regis sororem ac Henrici Brunsuicensis viduam ad Religionem evangelicam convertisse. Hinc Antiocho nimiam familiaritatem vitio versam, paulum ante notatum, quippe in abjectionem sui esinentem. *Principibus conscientia virtutis propriae nunquam vitio vertit, quippe raro in res magnas via est per sui despectum*, inquit Gramond. *Hist. Galliae l.* 1. *fol.* 30. Quid ergo de civilitatis formula, qua nos servos alterius profitemur, *sein Diener, vostre serviteur.* Resp. non esse notam oblatae servitutis, sed usus officiorum. Sic etiam et Gallicum *servir* et nostrum *dienen* capiendum, quemadmodum in formula benedictionis sacerdotalis palatini, alloquio ad sponsam *verheisst ihnen gehorsam zu seyn und zu dienen.* Ubi *dienen* non est servire uxor enim socia est non serva, sed commodo esse. Nec (4.) parvae, quippe nec prudentia indirecta dignae, nec ad finem civilitatis ducentes. Sic civilitas s. submissio jurium suorum leviusculi causa non est civilitas, sed abjectio animi et sordities, quorsum pertinent, quae supra de minore 25. annis in servitutem se submittente ad participationem pretii dictum *th.* 6.

Subjectum civilitatis constituunt personae tam sa- 12
crae quam seculares. Illarum exemplo sistitur Paulus 1. *Corinth.* 9. *toto* argumento certe dignissimo non tantum *civilitatis* h. e. spontaneae juriumm submissionis. Ita enim post alia scribit *Si alii potestatis vestrae participes sunt, quare non potius nos? Sed non usi sumus hac potestate.* Et *v.* 14. 15. *Dominus ordinavit eis, qui evangelium nunciant de evangelio vivere. Ego autem nullo horum usus sum.* Sed etiam *civilitatis proficuae*, et quidem fine suo instructae; sive is sit procuratio majoris boni, id enim *volanti*, *v.* 19. *Cum liber essem ex omnibus, omnium me servum feci, ut plures lucrifacerem* v. 20. *et factus sum judaeis tamquam judaeus ut judaeos lucrarem etc.* v. 22. *Factus sum infirmis tamquam infirmus, ut infirmos lucri facerem.* Seu evitatio majoris mali. Iterum *v.* 12. *Non usi sumus hac potestate, sed omnia sustinemus, ne quod offendiculum demus evangelio Christi.* Videtur hic pontifex m. vestigia Pauli pressisse in cit. textu *v.* 19. *Cum liber essem ex omnibus, omnium me servum feci, ut multos lucrifacerem.* h. e. ad amplificationem ecclesiae romanae, hinc servi servorum appellatio tracta. Quod tamen, qua ratione factum aut quo animo per tot secula exceptum sit, historiae passim docent. Conf. magnif. dn. Becmann. *notitiae dignitatum diss.* 3. *cap.* 3. *th. ult.* nisi quis vel ex imperatoris Justiniani elogio licet temporario *ex l.* 1. *in fine pr. c. de officio praef. praet.* qua se ultimum servum Dei appellat, vel ex solis similitudine id illustrare velit, de quo Dion prusiensis *in oratione ad Trajanum: an non eum servitutem servire quis dicat plane durum? Etenim si vel paulum fraudulenter agat, suumque transgrediatur ordinem; nihil prohibet omnes homines, omnemque terram et omne mare disperire, et omnem tunc formosum et beatum mundum turpissimum horridissimumque immunditie fieri;* Sequuntur seculares, inter quos regum conditio primum observanda: de qua non alieno ab eo, quod modo de sole laudavimus, loquendi genere Seneca *l.* 1. *de clement. c.* 8. *Haec summa magnitudinis servitus est, non posse fieri minorem, etc.* Quo sensu accipienda sunt, quae de regibus Poloniae scripsit auctor *Apostrophes* ad serenissimos Poloniae candidatos *anno* 1674. *emissae. Dannenhero Durchlaerchtigste Printzen — der sich nicht nach dem exempel des Königes aller Könige selbst zu er-*

inedrigen weiss, und nicht Knechtes Gestalt anzunehmen gesonnen ist, der bemühe sich ja nicht um die Kron Pohlen etc. Diarium Europaeum *nov. p.* 2. *fol.* 181. Quibus verbis nihil aliud intendit auctor dictus, quam spontaneam remissionem jurium inter propria bonorum principum esse requisita. Neque aliunde est, quam ex hoc civilitatis ornamento, quod vocentur clementissimi, de quo iterum Seneca: *bonum principem Augustum et bene illi convenisse parentis nomen, factum ob nullam aliam causam; quam quod contumelias quoque suas, quae acerbiores principibus solent esse, nulla crudelitate exsequebatur, quod probrosis in se dictis arrisit, quod dare illum poenas apparebat, cum exigeret, quod, quoscumque ob adulterium filiae suae damnaverat, adeo non occidit, ut dimissis, quo tutiores essent, diplomata daret. l.* 1. *de clementia. c.* 10. Nec vero commoda desunt evidentissima, de quibus idem cit. loc. *Haec Augustum, clementia ad salutem securitatemque perduxit, haec gratum favorabilemque reddidit, haec hodieque illi praestat famam.* Conf. pluribus quae adducta exhibentur infra *c.* 2. *de civilitate proficua circa statum personarum.* Illud tantum hic adjecisse merebitur, quod de hodierno rege Galliae, cum causa quadam inter ipsum et subditos agitata cecidisset, elegenti carmine expressit *M. de Santeüil canonicus de s. Victor.* in Journal des Scavans ad annum 1681.

Regem inter populumque ingens de divite fundo
Lis erat, eventus urbs male tuta timet.
Scinduntur varii studia in contraria patres.
Rex propria, semet judice, lite cadit.
Vinci dum voluit, potuit dum vincere, patrem
Se populi, regem se probat esse sui.

Caeterum quae de illa regum submissione circa lotionem pedum, festo die institutionis dominicae, notari merentur, videri potest sub nomine pedilavii magnif. dn. Becmann. *notit. dign. diss.* 6. *c.* 3. *th.* 12. *et XIII. c.* 2. *th.* 7. Sane exemplo Salvatoris submissio haec regia eodem fine instructa videtur; ad majorem sc. inter subditos conciliandam submissionem, mutuamque dilectionem et concordiam. Ita enim, postquam lavisset pedes Apostolorum, ait servator: *Vos vocatis me, magister et domine, et bene facitis. Sum etenim! Si ergo lavit pedes vestros Dominus et magister, et vos debebitis alter alterius lavare pedes. Exemplum enim dedi vobis. Johan.* 13. *vers.* 12. 13. 14. 15. Idem argumentum agnoscit tactus aegrotorum a regibus Galliae, Angliae, de quibus cit. *notit. dignit. diss.* 5. *c. th.* 4. Quorum exemplo regem Daniae Waldemarum I. ad urbem Metim tactum hunc aegrotorum, tamquam regibus omnibus communem, exercuisse refert Cranzius *de dan. l.* 6. *c.* 16. Ad universalem v. quamdam totius nationis civilitatem eamque proficuam ostendendam facient, quae Baro d' isola auctór Bouclier d' Estat de gallica natione notat, verb. seq. *mit einem Wort, ihre Monarchie auffzurichten, imitiren und appliciren Sie zu ihrem Forhaben die Maximen oder Regul welche s. Paulus applicirte, umb Christi Monarchie zu vergrössern;* factus sum omnibus omnia, *und gleichwie sich dieser Apostel auff allerhand Gemüther accommodirte, etc.* Conf. Diarium Europaeum *continuat.* 14. *append. p.* 2. *fol. edit. Gall.* 183. *serm.* 212. Eodem referendum, quod auctor *Machiavelli gallici,* quaeritur, *ax.* 44. *Die Teutsche noch ferner hinter das Licht zu führen, kam eine neue Frantzösische Demuth wol à propos, Krafft derer auch die geringste Beichstaende mit dem Titul Königliche Cousins geehret werden wollen, massen man sagen will, dass für wenig Jahren dergleichen Brieff mehr denn* 100. *spediret worden.* Quod attinet personas inferiorum erga superiores praecipue in aula degentium, illis ipsis civilitatem proficuam brevibus quidem, nervosis tamen commendat verbis Seneca *l.* 2. *de ira c.* 33. *pr. Potentium injuriae hilari vultu, non patienter tantum ferendae sunt.* Rationes sexus notabilis illa in masculino civilitas, qua sexui foeminino cedit, s. quod nolit ipsi displicere, s. ut consulat ejusdem teneritudini, singulari quadam satrapae illius persici oratione explicari meretur; *credite mihi,* inquit, *quia magnus est rex in potestate sua, quoniam omnes Regiones verentur tangere eum. Videbam tamen Apemem filiam Bezazis mirifici concubinam regis sedentem juxta regem ad dexteram et auferentem diadema de capite ejus, et palmis caedebat Regem de sinistra manu. Et super haec aperto ore iactuebatur eam, et si arriserit ei, ridet, nam si indignata ei fuerit, blanditur, donec reconcilietur in gratiam.* Esdrae *l.* 3. *c.* 4. *v.* 28. *a.* 31. Reliqua vero quae circa hunc personarum respectum ex civilitate proficua observari merentur, fusius toto *c.* 2. exhibentur.

Subjecti recipientis titulo comprehenduntur, qui 13
juris nostri capaces sunt; non *morosi.* Hi enim civilitatem non curant, nec dum proficuam nobis esse sinunt: quod non incongrua phrasi expressum, *Einem das compliment verderben. Nec plebeji,* quia civilitatem non capiunt, vel perverse saltim intelligunt. Quo referendum istud: *Ungentem pungit, pungentem rusticum ungit. Nec Barbari,* quos feritas morum illam comitatis speciem intelligere impedit. *Nec infirmis* quoque Paulus semper infirmus esse potest. Id enim est non consulere infirmitati, sed eamdem fovere. Quorsum pertinebit notabilis illa des. Erasmi *commendatio ad Adag.* Cum Care Cariza h. e. Cum rustico age rustice, cum Barbaro loqueris barbare, cum Crasso crasse, Chiliad. *cent.* 2. *pag.* 60. Ergo potentiores denique necessaria quidem saepe, attamen periculosa est civilitas, unde in foederibus inaequalibus, quae moralem praelationem quamdam alteri donant, observant politici, accidere plerumque, ut, licet libertas civilis infirmiori relinquatur, nihilominus qui superior est in foedere, si is potentia multum antecellat, paulatim imperium proprium in alterum usurpet. Exempla foederatorum cum romanis, et qui infelici foedere in protectionem turcicam concesserunt, Transylvanorum, Moldavorum, Wallachorum, Ragusianorum notissima jam patent. Conf. Grot. *de j. b. et p. l.* 2. *c.* 3. *th.* 21. *n.* 1. 2. 9.

Signa civilitatis sunt ceremoniae (1.) non minus 14
necessariae, quam alia externa in vita sociali, quibus in notitiam internorum deducimur (2.) responsura signato suo, alias vanae sunt, sicuti nullo signo locus est, si signato destituatur. Ex quo capite *Alexander Farnesius dux parmensis speciosa venerantium officia, certantesque blanditias mutuo mentientium, ceu personales magnifice nugas cum risu spectabat, ac rebus intentus officiorum inania transmittebat.* Strada *decad.* 1. *l.* 9. Nec (3.) nimiae, quia

negotiis seriis magnopere impedimento sunt. Magnif. dn. Becmann. *moral. c.* 15. *th.* 3. Caeterum non ignotum est hisce ceremoniis vulgo *complimenten* dictis instructos ab ignaro vulgo, incongruo politicorum affici nomine. Quod nomen tamen politicorum, jam olim etiam in scomma traductum fuisse meminit Thuanus *l.* 52. *ad annum MDLXXII. et XLIV. ad annum. MDLXVIII.* Cum tamen elegantior morum compositio et aliena sit a laesione tertii, et ob meliorem convenientiam cum vita sociali publice recepta sit, ut hinc quod publice receptum est, vitiosum esse non possit. Confer. Joh. Casae *Galateus s. de morum honestate et elegantia.*

15 Absoluta civilitatis proficuae constitutione, ἄρσις jam seu remotio eorum, quae vel inquinant vel evertunt ejus naturam, indaganda erit, cum licet actum ejus indifferens sit, ita tamen ex virtutis norma regulari debeat, ne in vitium incurrat. Igitur, ut terminis juris communibus exprimam, vitia removenda erunt ab ea haec: *dolus et culpa.* Dolum quod attinet, licet enim unicuique liberum sit ac permissum pro suis vigilare commodis *l.* 6. §. 7. *l.* 24. *in fin. ff. quae in fraud. credit. l.* 21. *pr. ff. de peculio.* et damnum sibi imminens avertere *l.* 1. *ff. de dam. infect.* Dn. Praeses *sect.* 1. *de cautel. contr. c.* 1. *th.* 11. unde et cautelis ad suum commodum quemlibet uti posse docet Menoch. *l.* 6. *praesumpt.* 29. *n.* 17. Id tamen ex communi limitatione *arg. l.* 206. *ff. d. r. j. in cit. sect. tract. caut. eod. c. et th.* restrictum est, nisi mea commoda cum damno alterius promoveam. Quae quo sensu accipiantur, videndum erit. mensuram scil. legalitatis actus tales accipiunt ab intentione agentium. Quae si bona fuerit, promotio utilitatum nostrarum etiam cum damno alterius concessa, quod tunc non ex intentione agentis, sed ex ipso actu per negligentiam alterius producitur. Nam vix fingi potest casus, ubi non cautela, quae uni parti prodest, alteri noceat. Supponitur igitur omnia aperte i. e. bona fide, bona intentione agi, h. e. intra limites justitiae. Covarruv. *l.* 2. *varia. c.* 3. *n.* 2. ubi tunc alter suae imputabit negligentiae, quod sibi non melius caverit *l.* 3. *ff. de transact.* Dn. Praeses. *c. s.* 1. *caut. contr. c.* 1. *th.* 9. Damnum enim quod quis sua culpa sentit, sentire non videtur *l.* 203. *ff. d. r. j.* Si enim mala i. e. principaliter vergens ad laesionem tertii, vel ejus etiam, cui exhibetur civilitas, utique plane e foro christiano eliminanda erit. quo cautelarum genere perversissimo in tractatu suo Coepollam aliosque auctores damnandos merito perstringit dn. Praeses *cit. loco.* Cum contra conscientiam primaque juris naturae praecepta ipsumque jus externum vergant. Exercetur itaque saepe civilitas vel cum laesione tertii, vel cum laesione ejus, cui exhibetur civilitas, vel cum laesione utriusque. Ad prius jam facilis erit de facto Absolonis instituenda decisio 2. *Sam.* 15. *v.* 1. *ad* 6. *inclusive.* Osculando populum, praebendo manum, audiendo causas, et ut *Mariana* loquitur *in not. ad d. l.* benignum se et comem ostendendo, suffurabatur quasi corda populi ex versione *Tremellii et Junii d. c.* 15. *v.* 6. Qua ipsa civilitate quid tunc majus tentari potuisset, quam acquisitio maximae utilitatis i. e. regni totius. Sed conjuncta erat illa cum laesione tertii, patris scil. cui jus regendi populum auferre conabatur improbus filius. Quorsum trahi potest discursus, (qui alias proprie ad laesionem ejus, cui exhibetur civilitas referri debet.) *des vice-cantzlers beym Allmodischen politico. p.* 1. *p.* 51. et in specie *p.* 74. *et seq. verb. Nachdem nun die Vertraege unterschrieben und besiegelt, wurden alle Stück zur Freuden-Contestation losgebrand* — (postquam assedissent mensae) *viel starcker Weine der Heucheley und Falschheit giengen in grossen Krausen, in güldenen Bechern herum, aber Glaeser wurden wenig gebraucht, damit man nicht sehen koente ob trüb oder klar eingeschencket waere, die Worte lauteten: E. L. einen freundl. Trunck von guten Hertzen, aber die Gedancken waren, sauff dass dir der Trunck die Gurgel abstoss. Hochgeehrter Hr. Vetter, Gott wolle Ew. L. gesegnen, aber das Hertz gedachte wie jener Goldschmieds-Bub: Judas Kuss ist worden neu etc.* Eodem tendit alieni servi vel ancillae blanditiis ad se contra jus tertii pertractae exemplum, graviter notatum *ex praecepto* X. *decalogi.* Qua jus ejus, cui exhibetur civilitas, laeditur, quaestio parabit decisionem. *Quid de blanditiis sentiendum, precibus et munusculis missivis, quibus aliquid à tertio extorquemus, an etiam aequipolleant coactioni?* Et regulariter quidem negatur, cum illae augeant potius voluntatem, et incitent, non auferant. Fagundez. *in* 6. *praecepto decalogi.* Saepe tamen dolum inhaerentem fovent, ita ut laesionem conferant. Exempla sunt (1.) in precibus importunis praecipue coram aegrotantibus factis, qui taedio illarum, quicquid placuerit petenti, de jure suo remitterent, et has preces coactioni aequipollere docet Sotus *in* 4. *distinct. qu.* 7. *art.* 1. *in medio.* (2.) in potentium precibus et blanditiis, quas vel constanti viro metum inferre probat Mascard. *de probat. concl.* 193. *n.* 4. *et* 8. cum de resistentibus potentes praecipue vindictam sumant. Fagundez. *d. j. et j. contr. l.* 1. *c.* 5. *n.* 25. Notavit hoc de intercessionibus principum pro episcopatibus conferendis episcopus bipontinus in concilio tridentino: *episcopatus liberos quidem, attamen preces principum simul armatas esse, h. e. excusationem non admittere, eoque pontifici eorum pro merito conferendorum libertatem adimere,* apud Petr. Suav. *hist. concil. trid. l.* 11. (3.) In casu communiter a doctoribus allegato *in tit. ff. de eo per quem fact. quo min. quis in jud. sist.* de eo, qui aliquem in via, conviviis, saepe etiam crapula quasi insigni beneficii specimine incautum et oblitum juris sui detinet, ut sic forte vel fatalia appellationis, vel praescriptionis negligat etc. Qua utriusque laesio evenit, exemplum praebet transfuga. Sive enim hosti exhibeat civilitatem, se suaq; jura submittendo eidem, patriam laedit, cui ad extremum usque halitum obligatus est, seu ut patriae consulat hostem fallendo, nihilominus peccat. Videtur enim tunc jure externo ut interni interprete inter homines, hostis fidem elegisse, quam fregisse nefas est Grot. *in casu Zoppyri. l. III.* 24. 2. Quare etiam Judithae factum non sine reprehensione erit. Nam hostem fefellit, in cujus fidem concesserat vid. *Judith.* XI. *tot. et XII.* 13. 14. 18. Confer. *Mirabilis de Bona casu* (qui est Eberhard. a Weihe) *in ficta Juditha et falsa ex ea sumpta doctrina, licere hostem quemcumque omni in loco sub praetextu amicitiae et simulationis religionis ex ratione status interficere.* Saepe tamen evenit, ut multi casu doli censuram incurrant, ab imperitis tamen circumstantiarum factum

totum saepe immutantium. Qualis inter alios est *Jacobi*, qui non jussus praeparare cibum patri, nihilominus eumdem praeparatum obtulit eidem, ad quemvis nutum paratissimus, inserviendo patri, offerendo calicem, et quibuslibet blanditiis deliniendo, ut benedictionem fratri suo ex intentione patris conferendam auferret. *Genes.* 27. *v.* 20. *ad* 31. Sed nec dolus a Jacobo commissus, nec Esavi jus laesum, quia benedictio ad Jacobum jam pertinebat.(1.) Jura promissionis divinae Rebeccae factae *Genes.* 25. *v.* 23.(2.) Jure ipsius primogenituae, quam ab Esavo emerat *eodem capite. v.* 33. 34. Vindicavit igitur sibi quod suum erat, et Isaacus peccavit, qui vel immemor divinae voluntatis, vel eamdem neglecturus, benedictionem in Esavum transferre conabatur. Peccato igitur haec civilitas Jacobi caruit, quia nemo laesus erat. magnif. dn. Becm. *moral. c.* 3. *th.* 4.

16 Ad culpam a civilitate proficua removendam veniendum erit: quae facile committitur, non observatis loci, temporis, personae, aliisque circumstantiis. Sufficiet hic pro exemplo osculum quod ratione loci in Belgio, ratione personarum inter aequales dignitate et sexu magnum praebet civilitatis argumentum. Figuntur enim oscula in signum amoris, quem reverentiae et civilitatis characterem scripturae testimoniis et regnorum exemplis fuse annotat praelaudatus dn. Becm. *in notit. dignitat. diss.* 6. *c.* 2. *th.* 4. 5. *et* 6. in quo capite plurima simul civilitatis in moribus argumenta. Quid vero, siquis virginem vel matronam his in locis osculatus fuerit, amorem et affectum civilissimis verbis contestatus? Puto certe, posse ipsum injuriarum actione conveniri, non obstante exceptione civilis animi, dum culpa residet in circumstantia loci hunc actum pro injuria reputantis: latitat quippe et hic interna aliqua turpitudo, stimulus sc. libidinis, ut hinc osculum nisi mos regionis aliud suaserit, praesumatur luxuriosum. dn. d. Roman. *diss. d. osculo.* §. 24. *et* 26. Conf. Dn. Praeses *exam. jur. feud. c.* 23. *th.* 15. hinc si actus hic exerceatur a vassallo cum uxore domini feudi, propter neglectam simul circumstantiam personae, dignitatis, privat vassallum feudo Vultejus *c.* 11. *n.* 31. *ob textum* 1. *feud.* 5. *ibi cum ea turpiter luserit.* Conf. dn. Praeses *in examine juris feudal. c.* 23. *qu.* 15. Matthaeus de Afflictis *ad* §. *item si fidelis n.* 30. *d. text.* 1. *feud.* 5. Quem et alios ddres citatos vid. in dn. Praesidis *tr. de jure sensuum disp.* 7. *c.* 5. In circumstantia temporis, loci, personarum, clericos tempore actuum sacrorum, in publicis et sacris saepe aedibus, oscula, benedictionis causa, etiam foemineo sexui conferentes, a praesumptione libidinis vix excusari posse docent dn. Roman. *d. l.* §. 27. et dn. Praeses *cit loc.* quibus utpote et ipsa in peccata cogitationum occasio deesse debet. Quapropter inter ritus venerationis sedi romanae exhibendos expresso ceremoniali romano cautum est, ut imperatore ipso ad osculum pedum, manus et oris admisso, imperatrix solum ad osculum pedis et manus, non vero oris admittatur. vid. *cit. not. dignit. diss.* 6. *th.* 6. *p.* 167. *pr.* Conf. Gold. *cit. tit.* 1. *const. imp. f.* 414.

Restat tandem ut resolvatur id, quod insignem civilitatis effectum videtur nonnihil impedire ex dubio, quod invito conferri non possit beneficium. Verum idem est in jure, non habere ac habere nolle, cum renunciatio sit juris sibi competentis rejectio. Hinc et quaestionem illam *utrum debitor ante diem solvere possit invito creditori, affirmative decidit* Gómez. *t.* 2. *var. resol. c.* 11. *n.* 22. cum distinctione tamen, si scil. dies debiti sit certa et in gratiam debitoris talis dilatio fuerit concessa, quod in dubio praesumitur. Effectusque istius civilitatis communis est cum oblatione ordinaria debiti, nempe liberatio ab interusurio et periculo, per *alleg. a* dn. Brunnem. *Parat. Wes. tit. de usuris qu.* 36. Conf. Aemilius Ferretus *tot. tr. de mora.* 17

Ut vero utilitati in genere ex civilitate oriundae effectus juris attribuatur, qui regulariter consistit in actione, ad quam producendam sufficiens sit oportet causa efficiens. Schneid. *tit. de act. ad rubr. et pr. tit. n.* 7. Quaeritur *an producat actionem civilitas proficua?* Breviter igitur omissis spinosis quaestionibus, dicendum erit. Ipsam quidem civilitatem principaliter non producere actionem, sed junctam contractibus vel aliis actibus horum effectus utilitatibus ita augere, ut instituta actio ex contractu vel alio actu, civilitatis effectus simul consequatur. Quos jam ad ipsam juris methodum §. *ult. inst. d. j. n. g. d. et c.* examinandos, sequentia exhibebunt capita. 18

CAPUT II.

De civilitate proficua circa statum personarum.

SUMMARIA

Methodi ratio ex jure rectorio et aequatorio. n. 1.

Civilitas proficua non est terminus aptus respectu Dei erga hominem et contra, demonstratur id per exempla, quo sensu tamen in Deo admittatur, et quid civilitatis proficuae nomine in homine erga Deum venire possit, abusive tamen in utroque? n. 2.

Nec respectu principis erga subditos et contra. Rationes. Abusive igitur etiam. An adversetur naturae principis civilitas in submissione juris sui consistens? Neg. ex Grotio, ob varias rationes. Quid de seren. regum Poloniae juramentis sentiendum, in quibus magna juris regii submissio? Longe alia quam communiter solet, demonstratur interpretatio ex declaratione ipsa statuum regni. Quomodo ultima verba declarationis intelligenda. Ob unum vel alterum actum tyrannicum non potest deponi rex. Quid sentiendum, si rex consummatum malum sit, h. e. perfectus tyrannus? Reipublicae pol. pietas quae nunquam ob crudelissimos actus reges suos deposuisse legitur. Unicum exemplum Casimiri. Quod factum tamen poenitentia et revocatione regis expunxit: specialis de hac regum submissione observatio ex jure Culmensi. n. 3.

Commoda istius civilitatis in regibus. Regum Galliae, et Trajani imperatoris submissio, quo fine facta? Caroli V. in Belgio foederato conservato et Philippi II. in eodem amisso rationes ex civili-

tate proficua, et ejus contrario. Instantia contra regum civilitatem. Gravitas non excluditur. Magnatum quorumdum in objectis appellationibus submissi. Subditorum civilitas in principem quomodo appellanda? n. 4.

Civilitatis proficuae inter principes invicem exemplum in s. r. p. Joh. III. erg. aug. imper. anno 1683. ejusque legalitas. n. 5.

Transitus ad juris civilis tractationem, cum explicatione juris varii in personas. n. 6.

Servitutis constitutio est ex civilitate dominorum proficua. Quae civilitatis in servandis captis inter christianos utilitas? quae eo magis augetur, quo major est victoris in determinatione pretii civilitas. Severitas Caroli V. nocivo hoc passu. Propter inopiam lytri praestandi retineri potest captivus in compensationem civilitatis victoris. n. 7.

Constituta servitute civiliter utendum propter incommoda incivilitatis. Diversa ratio in hodiernis servis, quibus aegrotis si dominus alimenta et medicamenta conferat, quae istius civilitatis utilitas? n. 8.

Infantem expositum tollere et educare civilitatis est. An ita proficuae, ut servitutem, aut ad minimum operas serviles in perpetuum ab eo exigere possit, disquiritur jure civili, moribus, et jure culmensi? n. 9.

Succurritur civilitati dominorum in venditione servi et si nullum illorum interesse concurrat ob solam rationem civilitatis proficuae. n. 10.

Ultimus civilitatis proficuae dominorum casus per manumissionem. Cautela pro obaeratis. n. 11.

Servorum in dominos civilitas cur rarior? Recte agit qui dominum delicti reum accusat, at non ex civilitate proficua. n. 12.

Servorum nostrorum cauta et proficua civilitas in non resistendo domino verberanti, injurianti. n. 13.

Sequitur status familiae: liberorum submissio sub patriam potestatem non est ex necessitate quocumque aetatis tempore, quale triplex expositum vide. Sed ex civilitate. n. 14.

Eaque proficua praesertim secundo et tertio aetatis tempore. Exemplum civilitatis proficuae in filio erga parentes ad consequendos sumptus studiorum, quousque haec extendenda, Bartoli opinio refutatur. Instant. 1. Si pater tantum consulat, vel suadeat. Resp. instant. 2. Soror conferre dotem tenetur e. et filius sumptus stud. resp. peregrinationis sumptus connecti debent. n. 15.

Dubium resolvitur si filius bona castrensia vel adventitia habeat, et mater sit tutrix, vel alii extranei tutores. Juris culmensis decisio. n. 16.

Filia si ex civilitate patri obtrudenti maritum prodigum non contradixit, an liberetur, si inanem actionem dotis conferat? aff. de jure civili, imo etiam de jure culm. Quid in filio dicta civilitas prosit. n. 17.

Patris captivi liberatio ab uno filiorum est necessitas respectu patris, at respectu fratrum est civilitas. An proficua? aff. utroque jure civ. et culm. n. 18.

A matre inope et secunda vota meditante ne exigat rationes civilitas liberorum, si nimirum tutelam gesserit? quae istius civilitatis utilitas? n. 19.

Patris civilitas proficua in emancipatione filii. Moribus diversitatis ratio. n. 20.

Mater ad secundas nuptias transiens, ut incommoda illarum evitet juvatur a civilitate proficua: idem jure culmensi. n. 21.

Adoptio respectu adoptati civilitas est eaque proficua Eam imitatur unio liberorum. Vitricum, vitricum recte appellamus. Quid si ex civilitate privigni pater appellatur? Quae inde utilitas? cautela civilitatis proficuae privigno sumptus studiorum a vitrico petenti, ne scil. repetantur. Juris culmensis decisio. n. 22.

Ne tutores a suscipienda tutela se excusare possint, patris prodest civilitas. Eadem prodest porro, ut tutor ad levissimam culpam teneatur, in peri suarum rerum jactura pupillorum servare teneatur, nec suas n. g. actione repetat. Contraria tutoris civilitas proficua. Alia patris ad tutorem obligandum civilitas proficua. Non nocet civilitas testatoris in remissa tutori rationum redditione. n. 23.

Jus in personas ex consensu. Matrimonia per civilitatem constituuntur. An juste sub spe lucri suaderi possunt? aff. Munerum sponsae missorum civilitas, quomodo proficua in praesumptione matrimonii paranda? n. 24.

Sponsarum nativa civilitas proficua. Osculi concessio, quid operetur? Quomodo caute a sponsa exhibeatur. An in virgine putativa idem civilitatis effectus. Civilitatis proficuae in osculo imprimendo regula commendatur sponso. An ex concessis amplexibus et copula idem civilitatis lucrum sponsae? Quid in sponso, ratione osculi? n. 25.

Uxoris civilitas proficua commendatur, ut magnam constituat dotem ad securitatem bonorum suorum dotalitium prae donatione propter n., cammendatur mulieri ex ratione civilitatis proficuae, praecipue in casu, quo ex civilitate mulieris oblatos etiam a marito fidejussores dotium recusat. n. 26.

In constituenda donatione propter n. ad consequendam magnam dotem, quomodo succurratur sponso inopi per civilitatem proficuam. n. 27.

Juveni cui senex mulier nupta dotem non constituit cautela civilitatis proficuae suppeditatur, qua si non idem, tantumdem tamen consequatur. n. 28.

Pro sponso cautela civilitatis proficuae in casu, si mobilia multa nulli usui apta in dotem offerantur, ut a donat. p. n. et aliis incommodis se liberet. Praesertim jure sax. n. 29.

Pro mulieribus contraria cautela civil. prof. praecipue, si mutui titulo quid petierint marito n. 30.

Civilitas proficua pro sponso in casu, si parentes sponsae, duras illi objecerint conditiones, ad impediendum harum effectum et consequendam nihilominus sponsam. n. 31.

Civilitas proficua ad meretricem ducendam commendatur jure can. n. 32.

Quantum prosit civilitas in Anglia mulieribus, si mariti dotem distrahere velint. n. 33.

Societas alia est sine inaequalitate, ut inter fratres, amicos, foederatos, alia inaequalis κατ' ὑπεροχήν ut inter patrem et liberos, dominum et servum, regem et subditos, Deum et homines, quorum illi ex aequo inter se viventes jure aequatorio, hi ex diverso inter

se jure h. e. rectorio dirigantur. Ita universalem personarum et rerum statum exhibente, Grot. *de j. b. et p. l.* 1. *c.* 1. *th.* 3. n. 2. Ipsum igitur jus rectorium, eorum scil. qui diverso inter se jure utuntur, hoc capite in conspectum veniet, et licet insufficiens enumeratio partium hactenus a Grotio citato inserta fuerit, suppleri tamen ea poterit ex *l.* 2. *c.* 5. *th.* 8. *n.* 1. in quo jus ex consensu in personas demonstratum imperium marito in uxorem, quoque tribuit. Sicque has personas ad ipsum jus rectorium referri oportebit.

2 Respectus ille, qui est inter Deum et hominem, civilitatis proficuae applicationem merito respuit. Id enim omne quod inaequale nobis est, seu cui ipsi nos inaequales sumus, ad aequalitatem nobiscum reduci nequit. Ac proinde velut actiones cum proximo nostro instituitae studium aequalitatis exhauriunt, sic cuncta quae supra nos sunt, aliter spectanda veniunt, magn. dn. Becman. *polit. paral. c.* 3. *th.* 4. Hic nec congrue terminus rationis status in Deum cadere potest, utpote quae necessitatem et utilitatem praesupponat. Dn. de Jena *de rat. status diss.* 3. *con.* 5. cum tamen Deus nulla re egeat, qui ut Ens perfectissimum necessario est, ideo et ipsum necessario regnare sine ullo erga homines civilitatis proficuae subsidio. *Psal.* 99. praedicat *dominus regnat, fremant gentes, sedet super Cherubin, moveatur terra.* h. e. homines et universas creaturas velint nolint oportet divinum regimen agnoscere et recipere. M. dn. Becman. *volum. diss. laudes regales c.* 2. *th.* 1. Dum enim est ens perfectissimum, necessario est, in quo posse et esse reciprocari probe notant, jam olim cardinalis de Cusa *de poss. tom.* 1. *op. f.* 249. et nostris temporibus Cartesius in principiis philosophiae *p.* 1. §. 14. Conf. *cit. diss. laudes regales cit. l. th.* 2. Eadem ratio honestatis est, quae quia potissimum respectum inter homines obtinet, diciturque, inde bonum morale inter homines in Deum et Angelos vix congrue applicabitur. Licet enim santissime agant, minus tamen commode dicuntur honeste agere *cit.* Dn. Becm. *moral. c.* 12. *de virtute th.* 1. *in fine.* Civilitatem igitur, bonum quidem morale, sed tale etiam quod inter homines obtinet, ut congruum divinae majestati terminum juste negabimus. Multoque minus proficuam asserere licebit, ob adversam divinae omnipotentiae indigentiam, cujus explendae causa civilitas proficua inter homines occasionem nacta est, tanquam remedium imperfectionum humanarum. Commodior ergo in Deo bonitatis videtur terminus, dum magis ad perfectionem divinam accedit. Quo quidem ipse ex salvatoris testimonio delectatur, denegata ejusdem participatione omni Creaturae extra Deum. *Matth.* 19. *v.* 17. Conf. Heiderus *Philos. Moral. P.* 1. *p.* 62. Proficuique respectus eo magis hic cessat, quod bonum ex definitione moralistarum tale quid sit, cujus gratia omnia expetuntur, ipsum vero nullius causa. Heiderus *cit. p.* 1. *p.* 59. Si tamen bonitas divina proficua dicenda esset, non erit talis respectu exhibentis, sed ejus cui exhibetur, nostri quippe, quorum commodo copiosissimo flumine effunditur, licet dispar sit in nobis meritum. Hominum vero erga Deum civilitas non entis nomen merebitur. Sive eadem exteriori blando exerceatur signo, animo interim averso, nihil proderit coram Deo, qui cordis et renum scrutator vere audit. *psalm.* 7. *v.* 10. Et hinc merus futurae poenae inevitabilis. Sive bona, se ad exsuperantiam obligandi concurrat intentio, nec tunc quidem obtinebit, ipso servatore nobis haec omnia in debitum interpretante. *Cum haec omnia feceritis, inquit, dicite, servi inutiles sumus, Luc.* 17. *v.* 10. Si tamen et hic aliquid in hoc nomen trahi possit, votum erit, quod est obligatio sponte accersita adversus Deum. Est enim in libertate nostra positum quam Deus nobis reliquerat, dum rei alicui necessario explendae nos adstringimus, jureque libertatis cedimus. magnif. dn. Becman. *med. polit. c.* 5. *th.* 13. Objecta quoque eadem erunt quae civilitatis res in se quidem bonae, sed quarum exercitium in arbitrio nostro remanet, h. e. ubi actio rei per se bonae, indifferens tamen ante conceptum, votum est. Haec vero erga Deum civilitas non sine commodo vel jam accepto vel praesenti vel futuro sperando exercetur; ut enim rupturam voti non sine gravi divina ultione relictam, ita strictam observationem non sine maxima benedictione compensatam, exempla docent. De qua votorum materia moralistae fusius. Eodem quoque titulo zelus huc referri poterit dum is consistit in affectione Deo placendi et ejus gloriam promovendi in gradu intensiori. Guilelmus Amesius *de consc. et ejus jure l.* 3. *c.* 6. *qu.* 1.

Proximus divinae majestati status regius est, qui 3
quidem etsi magis accedat ad mensuram cogitationum nostrarum, quia tamen principes semper aliquid ultra jus commune habent, intra hasce juris nostri angustias vix aut minus tute continebitur *per l.* 31. *ff. de legibus.* Habent enim leges auctoritatem suam a principe, et sic princeps illis superior, jam autem illud quod est superius, ab inferiori non poterit dirigi. Dn. Praeses *in notis inst. ad tit. de jure n. gent. et c.* §. 6. *verbis Ei et in eum.* Quid quod et hic ratio th. 2. pr. allegata incongruam loquendi rationem moneat, ob summam illam inaequalitatem inter principem et subditos. Cui illud adde: si quae concessae circa thronos et sceptra cogitationes, eaedem extra terminos Juris nostri futurae sunt. Ut tamen scopo satisfiat, mutuabimur pauca tantum et abusivi istius in principibus termini civilitatis ex eo jusdem cum clementia similitudine effectus et commoda contemplabimur. Dum itaque superiori capite civilitatem in submissione juris depictam vidimus. Quaeritur: *annon adversetur naturae principis talis civilitas in submissione juris proprii consistens?* Ad quod Grotii sufficiens mihi videtur responsum *l.* 1 *c.* 3. *th.* 16. *n.* 1. ubi inquit: *Non desinere summum imperium, etiam si is qui imperaturus est, promittit aliqua subditis etiam talia, quae ad imperii rationem pertineant. Nec jam de observatione juris naturalis divini et gentium loquor, ad quam Reges omnes tenentur, etiamsi nihil promiserint, sed de regulis quibusdam, ad quas sine promisso non tenerentur. Verum esse, pergit; quod dico, ex similitudine patrisfamilias apparet, qui si quid familiae facturum se promiserit, quod ad familiae gubernationem pertineat, non eo desinet in sua familia jus summum, quantum fert familia habere, nec maritus marituli potestate privatur, eo quod aliquid uxori promiserit.* Nam in iis, quae ipsam imperandi facultatem, sive imperium habendi modum minuunt, si quae pru-

missa ex civilitate submittendo se placitis subditorum, promissio nulla est defectu facultatis promissionem exigentis. (1.) Summum enim imperium judicium supra se excludit, quo alias convictus quis sit oportet, de quo iterum Grotius *cit. loc. th.* 17. Si populus liber futuro regi imperet per modum manentis praecepti, ut si fidem fefellerit, per modum poenae a subditis jure obedientiae exigendae privandus sit. Praeceptum quidem superioris saltem in eo videtur, quod praecipitur, sed cogere tamen ad illud, cum inferioris natura repugnat. (2.) Cessat simul fractae fidei in principe praesumptio, cum imbecillitatis nota sit ad talia confugere velle. Princeps enim talis est, qualis esse praesumitur, pro cujus factis etiam praesumptio est quod sint justa. Crav. *cons.* 253. *n.* 8. (3.) Licet simul accesserit promissioni juramentum, non tamen involvit illud coactionem, cum juramenta principum ipsis non praejudicent, sed eos regulent ob defectum superioris potestatis. Egregio nobis hic exemplo erit declaratio juratoriae promissionis regum serenissimorum Poloniae, electi quippe jam placitis reipublicae, quae pacta conventa appellari solent, ita clementissime humanissimeque subscribunt, ut partem maximam summi imperii quasi ad subditorum placitum conferant. Haec enim ultimorum verborum jurisjurandi regii vis. *Et si, quod absit, juramentum meum violavero, nullam mihi incolae regni omniumque dominiorum uniuscujusque gentis obedientiam praestare debent: imo ipso facto eos ab omni fide et obedientia regi debita liberos facio, absolutionemque nullam ab hoc meo juramento a quoquam petam, nec ultro accipiam. Sic me Deus adjuvet.* Haec vero tam magna juris regii submissio ipsos regni proceres in stuporem traxit, utpote quae frena licentiae subditorum maxime laxare videtur, Conf. Fredro *in histor. Henrici I. p.* 110. Igitur edita in lucem declaratione demonstrarunt, omnem hanc regis submissionem longe alio, quam apud exteros capitur, gaudere sensu. Merebitur hic ipsa *anno* 1607. *et* 1609. edita inseri, quae hoc modo se habet: *si quis nobilis, sive sit ex ordine senatorio sive non viderit aliquid violenter egisse regem vel adhuc aliquid committere velle contra jura et privilegia regni, debebit hoc indicare sive archiepiscopo ut primati, sive senatoribus ex constitutione in aula regis degentibus sive etiam aliis senatoribus, dum senatores, sive omnes sive aliquis ex ipsis seorsim regem monere debebit. Si rex hoc flocci fecerit, licitum erit unicuique ex senatoribus, imo etiam illi nobili, qui hoc primus indicavit illud ad comitiola referre, et nunciis hoc injungere, ut rex nomine nobilitatis moneatur, ut desistat a proposito legibus patriis adverso. Quod si Rex ad secundam admonitionem sententiam non mutet, licebit rem ad omnes ordines deferre: si neque post tertiam admonitionem rex resipiscat, (sufficienter tamen illi demonstrari debet, quod hac ratione vis inferatur a rege privilegiis) tum demum debent ordines sese gerere secundum articulum de non praestanda obedientia.* Quae ex Theod. Zavvacki *p.* 1. *constit. f.* 16. *seq.* vide apud dnum. Hartknoch. *de republ. polon. l.* 2. *c.* 2. *th. ult.* Quamvis hic ultima verba nonnihil rigoris adhuc contineant, putem tamen ea intelligenda, si rex tale quid commiserit, quod evertat ipsum imperii habendi modum h. e. ipsum imperium sic ipso rege esse desinente et populus obedientia liberatur. Quod tamen in principibus praesumi nequit, ut dictum, pro quorum factis etiam praesumptio, quod sint justa. *cit.* Cravetta *cons.* 1000. *n.* 34. Si tamen nihilominus evidenter constet, actum aliquem tyrannicum factum fuisse a rege, ideo tamen ex uno vel altero actu judicari nequit de universis. Arnisaeus *c.* 3. §. 6. sicut alias una vel altera actio non probat virum bonum. Et hinc propter talem actum non statim deponi potest. Quorsum pertinent gravia hanc in rem verba Jacobi *sereniss. r. a. de jure liberae monarch. p.* 104. *Potest consilio capitis membrum aliquod corporis jam putre ob salutem totius praecidi. At si caput ipsum quocumque demum morbo tenteretur, corporis arbitrio praecidi deberet, quae expectanda esset totius salus, facilis est conjectura.* Conf. fusius hac de re magnif. dn. Becmann *in diss. de suspecta doctrina tyrannidis. c.* 2. Ergo, si constet, principem esse consummatum malum, hoc est vere tyrannum, qui gubernandi ratione justa neglecta fundamenta reipublicae convellit, quique navem reipublicae, in qua ipse cum omnibus regni membris navigat, perforat, eamque submersam et eversam cupit, definiente ita tyrannum ex *Ribadeneira l.* 2. *c.* 9. Althusio *c.* 38. *polit.* tunc demum liberam illum puniendi vult concedi reipublicae potestatem Grotius *de j. b. et p. l.* 2. *c.* 20. *th.* 40. collata cum *th.* 3. imo etiam occidendi, Mariana *de inst. reg. l.* 1. *c.* 6. Justius tamen et hic omnino mihi videtur, apud Tacitum axioma *l.* 4. *Histor. quomodo sterilitatem aut nimios imbres caeteraque naturae mala, ita luxum et avaritiam dominantium tolerate.* Sunt enim principes ex vi supremae potestatis nonnisi divino judicio subjecti; de quibus iterum praelaudata disputatio de *suspecta doct. tyrann. c.* 2. Confer. Arnis. *de republ. l.* 2. *c.* 3. *sect.* 6. *et seq.* Hinc eo semper pietatis processit respublica Polon. ut jus illud sibi reservatum nunquam in effectum deduxerit. Unicum tantum exemplum prostat Casimiri, qui minorennis, ob crudelitatem matris suae risae regentis, ut particeps procul dubio seminis crudelitatum maternarum, expulsus est regno, vitae religiosae jam deditus. Cujus ita polonos poenituit, ut summo studio eum revocare allaborarent, quaevis poenitentiae signa gesturi, modo rege suo potiti fuerint. Quod tamdem indictis a pontifice maximo poenitentiae signis adepti sunt, dn. Hartknoch. *de republica polonica l.* 1. *c.* 2. *th.* 11, *p.* 46. 47. In ipsis constitutionibus terrarum Prussiae id specialiter animadvertendum, modum hunc poenae non additum regi jam consummato, sed futuro demum *jure culm. l.* 1. *tit.* 5. *c.* 4. *v. und so lang der Konig diesen Eyd nicht thut; Sollen alsdenn. etc.* Ante coronationem enim et juramentum consummatus rex nondum est, sub quibus conditionibus semper electus videtur, durante interim interregno, h. e. potestate summa reipublicae dn. Hartknoch *d. l.* 2. *c.* 1. *th.* 18. Hinc ipse populus eo, a quo constituitur rex, vere superior est, in ea sc. constitutione, cujus effectus tunc pendet a voluntate constituentis, Grotius *iterum cit. l.* 1. *c.* 3. *th.* 8. *n.* 13. non vero post eam constitutionem, ubi summum imperium in regem devolutum superiorem ex natura sua agnoscere nequit. Quorsum spectabunt Valentiniani verba: *ut me ad imperandum elegeritis in vestra erat situm potestate, o milites!*

minum esse in coelo. Est enim communis nobis omnibus cognatio *l.* 3. *ff. de j. et j. Servi sunt imo homines*, inquit Seneca, *servi sunt imo humiles amici; servi sunt, imo conservi. ep.* 47. Hinc non tantum moribus christianis sed et ipso jure jam civili cautum est servorum securitati, ne nimia dominorum severitas aut crudelitas potius dicenda ipsis noxae sit, poena ideo in dominos rigidiores constituta. Quorsum pertinet laudatissima Antonini constitutio §. *ult. inst. de his qui sui vel alieni juris.* qua et amissionem servi et poenam cognitio praetoris ipsis adjudicabat. Extra haec severitatis incommoda non infrequens esse solere mortis periculum, docet *Seneca ep.* 4. qui non pauciores servorum *ira* quam regum cecidisse testatur. Ergo multum securius est illud Paulini ad Celantiam monitum: *Familiam tuam*, inquit, *ita rege, et constitue, ut te matrem magis tuorum quam dominam videri velis, a quibus benignitate potius quam severitate exige reverentiam.* Plura notata vide in Grotio *c. l.* 3. *c.* 14. *th.* 5. *n.* 2. Hinc et operae cum modo exigendae et valetudinis servorum humane habenda cura, nimirum ut laboribus aliquod daretur spiramentum Exodi 20. v. 10. Grot. *c. l. th.* 5. *n.* 1. ideoque pro opera alimenta servo praestanda. Est enim aliquid, quod dominus necesse habet praestare servo, ut cibaria, vestiarium etc. Syracides 23. *v.* 25. Cicero *de offic.* 1. *conf. l.* 40. §. 1. *ff. de peculio.* Quae quidem si inciviliter negligat dominus, poenam amissione servi luit *l. un.* §. 3, *c. de lat. libert. toll.* Rationem, quam magnif. dn. Beemann. *m. p. c.* 8. *th.* 8. ad alimenta liberis praestanda deducit, eamdem hic agnosco. Quod cum dominus voluerit esse servum h. e. servatum ab interitu, eumdem etiam ut ille perduraret, voluisse probabile est. Quae certe in sensu juris romani verissima sunt, sed in servis nostris diversa obtinet ratio, quae jam ex *l.* 38. *ff. locati.* notanda erit: casus nocet facienti, cum eodem tantum quo locatores conductores jure fruantur, ita quod aegrotis nec alimenta, nec medicamenta debeantur, cum alimenta sint pars mercedis, quae tamdiu debetur, quamdiu per eos non stetit, quominus operas praestent; *l.* 15. §. 6. *locati.* Conf. Molina *de j. et j. tract.* 2. *disp.* 505. *n.* 1. *non obstante l.* 28. *pr. eod.* quam explicatam vide in dn. Praes. *cautel. contr. s.* 2. *c.* 9. *th* 3. ut nisi certo pacto sibi prospexerint; nihil alias auxilii exspectare possint, ibidem. *Sect.* 2. *c.* 9. *th.* 3. Quid ergo utilitatis, si dominus ex civilitate alimenta et medicamenta conferat, *an si is solvendo non sit, eumdem ad operas sibi praestandas detinere possit?* Et aff. exemplo ejus quem ab hostibus liberatum quis detinet. *hoc cap. th.* 7.

9 Non absimilis huic quaestio formanda erit, de infante exposito, cui reperto, si quis educatione et alimentis necessariis humanitatis instinctu prospexerit, *an non in compensationem civilitatis servando eum, servum efficiat, easque quae ex servo acquirebantur, consequatur utilitates?* Servatus hic revera est a nece infans talis abjectus *arg. l.* 4. *ff. de agnosc. vel alendis liberis* Carpz. *praxi criminal. qu.* 10. *n.* 5. Finckelth. *obs.* 86. *n.* 5. Et hinc eadem videtur ejus, quae servorum, ratio. Rectius tamen negatur ex prohibitione morum seu consuetudinis, quae legis vicem obtinet, servitutem omnem abolentis Conf. Johann. Herm. Stam. *l.* 1. *de servit. c.* 1. *n.* 17. Et hinc quod prohibente lege fit, fieri nequidem dicendum est *l.* 8. *c. de legibus.* Nec jure civili servus videtur posse effici, silente penitus lege, nisi hue trahendum argumentum *l.* 2. *c. de patribus qui filios suos distraxerunt.* Praesumpta enim hic videtur parentum paupertas liberos exponentium, aut si ea cessat, sufficiens est ipsius infantis expositi miserrimus et pauperrimus status. Nam non tantum parentum, sed et liberorum paupertati succursum voluerunt jura. Et hinc quoque erit praesumpta in parentibus alienandi voluntas, (venditionis enim nomine omnem alienationem intelligunt ddres Ludov. Molina *de just. et jure tract.* 2. *disp.* 33. *n.* 22.) quia is, qui patitur rem suam a quovis inveniri, alienare praesumendus est *l.* 28. *ff. de v. s.* Ubi tamen nec servus proprie fit talis infans quoad statum, sed est tantum in servitute, praestando operas emptori, aut in hoc casu inventori. Ventur. Coec. *de o. j. Catalex. l.* 1. *exerc.* 7. *p.* 193. Conf. dn. Praeses *in dissert. de usu ff. moderno. IV. th.* 6. Quare nec attendenda hic venient juris civilis requisita. *ibidem.* hinc et *jure culmensi* non prohibita talis constitutio servitutis *l.* 1. *tit.* 8. *c.* 3. Et haec illa est utilitas civilitatis inventorum, quae et moribus non inconveniens est, cum talis servitus nihil in se habeat acerbitatis. Nam perpetua ista obligatio compensatur perpetua illa alimentorum certitudine, quam saepe non habent, qui diurnas operas locant, ut de communi servitute loquitur Grotius *l.* 2. *c.* 5. *th.* 27. *n.* 2. Et sic inventor et educator non tantum causa est, cur hic vitam habeat, qui alias sine alimentis extiturus non fuisset, prout in aequali fere casu decidit Grot. *l.* 3. *c.* 14. *th.* 8. *n.* 1. sed etiam ex perpetuis collatis alimentis sibi idem jus acquirit ex rationis identitate. Id *quaestionis adhuc superest*, an sufficiat tunc libertati conferendae, si operae exaequaverint educationem factam et alimenta, h. e. totum, quod impensum est, expunxerint? Grotius *de j. b. et p. l.* 3. *c.* 14. *th.* 8. *n.* 2. Id quidem videtur *arg. l. l.* 2. *circa fin. c. de patribus, qui filios suos distrax.* Verum hanc invenio diversitatem, quod in casu *l.* 2. ad alendum quis teneatur stricto jure, vi contractus, inventor vero ex mera civilitate alimenta praebeat. Vi contractus; nempe re sibi oppignorata utendo fruendo, instar boni patris familias, habet enim se haec venditio, juxta ddres, ad modum oppignorationis, eo quod hic liberationi locus sit. Covarruv. *t.* 2. *v. r. l.* 3. *c.* 14. *n.* 4. Verum ad rem inventam tollendam et conservandam nemo tenetur, nisi mera civilitate ductus id exequatur, ut hinc putem ultra aequalem cum alimentis operarum compensationem civilitatis utilitatem extendi debere ad perpetuam usque operarum obligationem; cum insuper, ut supra dictum, inventor in causa sit, cur infans expositus vitam habeat. Quo ipso argumento liberti operas patrono praestandas probat dn. Brunn. *parat. qu* 1. *ff. de obseq. parent. et patron. praest.* quod scilicet hic illi vitam civilem communicaverit. Quanto magis vero vitae naturalis ratio habeatur, in confesso jam est.

Succurritur porro huic tam benignae dominorum 10
voluntati sive civilitati etiam in iis casibus, ubi nullum quoque illorum interesse versatur, ita ut lucrum tamen exinde capiant, id quod *ex l.* 3. *ff. de servis exportandis*, patebit. v. c. Venditur ea conditione servus ne poenae causa exportetur, ut benigne tractetur,

ut intra certum tempus manumittatur, quam emptor tamen non servavit. Quae inde actio venditori? Cessabit ratio *l.* 6. §. *fin. circa finem ff. eod.* cum servum justo pretio venditum praesupponimus, et sic cessante venditoris interesse cessabit forte actio. Rectius igitur se corrigit Papinianus *in l. sequenti.* 7. *d. t.* edoctus a Sabino, quod vult Cujacius *tom.* 4. *ad l.* 10. *qu. Papin. convenit enim,* inquit ille, *affectionis id est civilitatis exhibitae recte agi, cum beneficio affici hominem intersit hominis.* Dabitur ergo actio in factum juramento affectionis supplendum ad interesse, quanti scil. aestimaverit, servum a domino manumissum fuisse *l.* 68. *et* 69. *ff. de r. vindicatione* quo ipso et aestimationem servi consequi potest, ex eo, quod, si ipse servum habiturus fuisset, jam manumissurus esset, quod cum per alium, mediante venditione, efficere non potuisset, se aestimare talem manumissionis neglectum ad servi usque pretium. Notatque hoc in casu Bereng. Fernandus *ad l. un. c. de sentent. quae pro eo quod interest. n.* 122. rationem interesse extra rem dari, propter solam humanitatis rationem, dn. Brunnem. *ad l.* 7. *ff. de servis qui exp. n.* 5. *in fine* sive quod idem dixerim, decisi rationem ex civilitate proficua dependere.

11 Ultimus, qui in servos exerceri potest, civilitatis casus, est manumissio, non ex stricto jure, sed ex humanitate et beneficentia, ortum trahens, ut probat id testimoniis Grotius *l.* 3. *c.* 14. *th.* 6. *n.* 4. utpote per quam nobilissimum vitae munus offertur et ex confessione legum §. *fin. inst. quibus ex causis manumittere non licet l.* 8. §. *ult. ff. rem ratam haberi l.* 177. §. *ult. ff. de r. i.* inaestimabilis res, libertas sc. Qua tamen civilitatis specie multum utilitatibus suis consulunt domini, praesertim qui solvendo non sunt, metuuntque ex venditione rerum haereditariarum futura, injuria affici, juxta §. 1. *inst. quibus ex caus. manumitt. non licet.* Licet enim cessione bonorum infamia non irrogetur per se, *l.* 11. *c. quibus caus. infam. et ult. c. qui bonis ced.* ignominia tamen quaedam sive macula aliqua levis et praesumptio pessimae anteactae vitae ex auctione oritur, *l.* 6. *ff. de interrog. in jure fac. l.* 23. *ff. quae in fraudem credit.* et ita viventis et mortui memoriam apud graves viros onerat, *nov.* 135. *l.* 2. *ff. de obsequ. patr.* vid. quae plura a doctoribus allegantur *ad d. t. inst. quibus ex causis manum.* E. per dictam collationem libertatis et honorabilis institutionis tituli, tamquam modum civilitatis proficuae, bonae famae conservationi hac ratione consulit dominus, dum interim res ejus, post obitum, servi nomine venduntur, ne ipse injuria afficiatur §. 1. *inst. quibus ex caus. manumit.*

12 Servorum erga dominos civilitatem rarionem exhibent exempla, cum vix operis praestandis sufficiant, nostri vero inprimis homines proprii sibi metuant, ne civilitas in jus abeat, prout eum exhibuit *cit. diss. de civil. nociva c.* 2. *th.* 12. Unicam tamen in servis romanis inveni civilitatis proficuae speciem, quam ipsa commendarunt jura, ut, si contigerit delictum a domino commissum, illud non prodant, licet ejus scientia maxime intersit reipublicae ad puniendos facinorosos *l. congruis* 13. *ff. de officio praesidis.* Hinc juste quidem agunt, detegendo talem reipublicae noxam, praemiisque ab hac ad criminis delationem invitantur *l.* 1. *ff. de his quae ut indignis.* Verum cum insimul contra civilitatem et reverentiam domino debitam peccent, legatum, donationemque a domino relictam amittunt, quasi pro indignis declarati, per *d. l.* 1. *ff. d. t.* Conf. Peregrinus *de jure fisci l.* 2. *tit.* 8. *n.* 7. *et sequ.* Besold. *cons.* 178.

Quae in nostris servis cauta esse solet civilitas, ea 13
praecipue commendatur in eo, ut domino verberanti, injurianti non resistant, quod tamen stricto jure ut liberis hominibus ipsis denegari nequit: cum actionem etiam movere possint. Mevius *ad jus lubecense l.* 3. *t.* 8. *art.* 10. *n.* 16. Conf. dn. Praesidis *diss. IV. de usu moderno ff.* §. 1. hinc jure culmensi expresse sancitum, *dass wer Gebauren hat, soll ihnen ihr Recht behalten, und Gerechtigkeit pflegen. l.* 1. *tit.* 8. *c.* 1. Actio enim est repraesentatio juris ejus in judicio, quod mihi privatim exequendum competit ubi judicium momentanee cessat, Grotius *l.* 1. *c.* 3. *th.* 2. *n.* 1. Eo tamen ipso dum resistunt, non solum omni actione excluduntur, sed saepe poenis insuper castigantur, dum excedunt facillime sui defensionem, non observato inter se et dominum dignitatis et reverentiae respectu, quem maxime in judiciis attendi docet dn. Praeses *in tract. de jure sens. diss.* 7. *c.* 5. *n.* 6. Quod utrumque inter aequales cessat, inter quos excessus non adeo advertitur. Nam qui injuria me parat afficere, is mihi eo ipso jus dat, i. e. facultatem moralem adversus se in infinitum agendi, Grot. *l.* 2. *c.* 1. *th.* 10. *n.* 1. Quod quousque in excessu extendatur, vid. dn. Praeses *in d. tract. c.* 1. *n.* 4. 5. nimirum modo non nimium quantum extra sphaeram procedatur. Quo pertinet apud Saxones exorta regula, *auff Maulschell gehaeret ein Dolch.* ubi certe aequales ab ordinaria poena absolvi probat Carpz. *prax. crim. p.* 1. *qu.* 30. *num.* 33. ob aestimatam alapae inter eos injuriam, quae tanti a servo aestimari nequit, ob inferiorem sui et superiorem domini respectum, ut ab ordinaria poena liberari possit, dum ille in judiciis semper attendi solet, ut demonstratum ex dn. Praesidis *tract. de jure Sensuum c. l.*

Sequitur jam civilitas in statu familiae consideran- 14
da, cujus initialis patria potestas primo loco examinanda veniet. Sane civilitas haec inter parentes et liberos, jam non a priori, sive interno affectu commendanda erit, sed a posteriori, commodis sc. hinc enascendis. Et ut a liberorum civilitate ordiamur, praesupponendo generalem illius definitionem, quae per spontaneam submissionem exponebatur *c.* 1. *th.* 8. quaeritur: *an liberi ipso jure se suaque jura teneantur submittere parentibus, an vero commendationem civilitas eaque proficua tantum tribuat?* Necessitatem hic plane excludendam docet Grotius, quaecumque liberis adsint tempora, quae *Aristoteles* 1. *pol. ult. Nic. IV.* 3. *V. Eth.* 10. in tria distinguit: primum est tempus imperfecti judicii, τοῦ βουλευτικοῦ ἀτελοῦς, tum abest προαιρησις; seu vis electrix; secundum est perfecti judicii, sed filius manet pars familiae parentum ἕως μὴ χωρισθῇ tertium postquam ex familia excessit. In primo quidem tempore juxta cit. Grotii *l.* 2. *c.* 5. *th.* 2 *n.* 1. omnes liberorum actiones sub dominio sunt parentum; aequum enim est, ut qui se regere non potest, regatur aliunde, cum et, quia liberi a parentibus geniti sunt, dependendi ab iis causam excutere nequeant. Magn. dn. Becman. *polit. paral. c.* 8. *th.* 5. Conf. Puffendorff. *de jure n. et g. l.* 4. *c.* 2. Verum

haec liberos regendi potestas non naturae necessitatem implicat; cum si jus naturale spectemus, dominium in se et sua bona ei jam competat, qui ratione utitur. Sed jus gentium ob utilitatem communem introduxit, ut infantes et alii qui se regere nequeunt, dominia accipere et retinere possint, personam illorum interim quasi sustinente humano genere, statque illorum dominium intra actum primum, et impeditur in actu secundo Grot. *c. l.* 2. *c.* 3. *th.* 6. Patris vero persona hinc commodissime electa, quod optime prospicere videatur liberis ex interno illo affectu, quem causae loco commendat Puffendorff. *c. l. de j. n. et g. l.* 4. *c.* 2. Quare ut res omnes liberorum insuper parentibus acquirantur, minus naturale est, sed ex quorundam populorum legibus, quae et patrem et matrem hac in re distinguunt. Conf. *cit.* Grot *l.* 2. *c.* 5. *th.* 2. *n.* 2. et hinc ipse imperator §. 2. *inst. de patria potestate* asserit, hoc jus patriae potestatis, quod in liberos habemus, proprium civium Romanorum esse. Secundum tempus perfecti judicii plus subtrahit liberos a patria potestate, cum ob perfectum judicium regimine non indigeant, nisi in istis actionibus, quae ad familiae paternae aut maternae statum aliquid momenti habent ut docet Grot. *cit. loc. th.* 3. dum enim partem familiae se agnoscunt, ab eo qui totam familiam regit, etiam eos regi oportebit. Magn. dn. Becman. *medit. polit. c.* 8. *th.* 7. *p.* 121. Tertium tempus plane excludit potestatem patriam, utpote quam tunc excesserunt liberi per separatam oeconomiam.

15 Prima quidem infantum aetas ex collata in patrem egendi potestate, alendi se et aliorum commodorum effectum tribuit, sed cum illi nondum sciant quid agant, ob aetatis defectum; secundi et tertii temporis actiones ad civilitatis proficuae normam examinandae erunt. In illis igitur actionibus, quae familiae momentum non concernunt, habent liberi ἀξίωσιν id est, facultatem moralem agendi pro lubitu, tenentur tamen illis quoque studere, ut parentibus placeant. Est enim hoc debitum non ex vi facultatis moralis, sed ex civilitate, observantia et gratiae rependendae officio, ut fuse argumentatur Grotius *c. l. th.* 3. *circa finem.* Si igitur liberi ex civilitate et modestia omnes actiones in arbitrium parentum conferant, liberamque de se vitaeque genere eligendo facultatem eorundem dispositioni committant, *Sie wollen ihnen alles gefallen lassen, wozu ihnen die Eltern rathen oder befehlen*, quod inde civilitatis istius commodum? Insignis sane effectus conspicitur in injunctis a parentibus liberorum studiis, si modum simul iis praescripserint, si hanc prae altera universitatem commendarint; tunc enim sumptus quoque studio et loco conformes praestare tenentur. Qui enim voluit antecedens, se. ut studeret filius, et consequens voluisse praesumitur, ut studia absolveret sumptibus suppeditatis. Finckelthaus. *observ.* 11. *tota*, cum nemo alias vento praesumatur vivere; quod etiam ad matrem extendit dn. Brunnem. *in comment. ff. ad l.* 50. *ff. familiae herciscc.* Nec interest, quibuscumque verbis declaraverit pater voluntatem suam, seu rogando, seu jubendo, seu consulendo, seu alio quocumque loquendi modo. Omnia tamen illa propter dicentis auctoritatem et respectum ex imperio et obedientia connexum, mandati vim obtinent *l.* 1. §. 2. *ff. mandati.* nam et precatoria verba idem operantur. Dunozet. *decis.* 329. *n.* 4. Fagund. *de j. et c. l.* 1. *c.* 5. *n.* 25. Quae hic in contrarium allegantur a Fagundezio *de just. et contract. l.* 4. *c.* 7. *n.* 30. Gomezio *ad l.* 29. *Taurin.* 18. Molina *tom.* 1. *de justit. et jur. disput.* 239. contrariam patris praesupponunt voluntatem, ut ex Fagundezio c. l. constat, quae si adest, res salva erit. In hoc vero casu patris voluntatem civilitate filii elicitam praesupponimus. In eo tantum dissensus, quousque studium extendendum, cui conformes debentur sumptus? ubi citati ddres. opinionem Bartoli sequuntur *in l. legatis ff. de alimentis et cibariis legatis*, qui ita asserit, illi, cui debentur et legantur alimenta, deberi etiam expensas pro studio necessario, sine quo vivere homines ingenui non possunt, competenter ad genus suum et personas, veluti grammaticae, secus de superioribus. Sed loquutus est Bartolus pro genio temporum suorum, quibus Clerus vix ad altiorem scientiam admittebat laicos, doctrina omni monasteriis inclusa. At cultior nostra aetas hanc Bartoli opinionem plane erudit, laicorum maxime, quibus ad imperia et dignitates aeque patet aditus, eruditionem et dexteritatem desiderans. Ergo insignis haec liberis commendandae civilitatis proficuae cautela, ut ad sumptus studiorum consequendos semper is patri exhibeatur honor, cujus sc. voluntati ea velint committa, hinc seu expresse in studia consenserit seu tacite ad exemplum *l.* 16. *ad sctum macedon.* tenetur tamen conferre impensas vel invitus, nec conferuntur. *l. quae pater* 30. *ff. famil herciscc.* Idem jure culmensi *l.* 3. *tit.* 11. *c.* 3. *Ob Unkosten so auf Kinder geschehen sollen eingebracht werden.* Quamquam hoc jure extra voluntatem patris major adhuc videtur studiorum favor. *l.* 4. *tit.* 1. *c.* 6. *ob man Kinder leyhen moege.* Involuntarium enim ex voluntario ortum habetur pro voluntario et quae antea voluntatis erant, ex post facto necessitatis fiunt, *l.* 17. §. 3. *ff. commodati.* adeo ut ipsa relatio in librum rationum, ut protestatio facto contraria supervacua sit. Habet enim se voluntas patris instar mandati, ut supra probatum, quod non finitur re amplius non integra i. e. semel inchoata *l.* 12. §. 16. *ff. mandati et* §. 9. *inst. eodem.* Nam re incepta maxime interesse incipit hic mandatarii, qui hic est filius, licet et mandatoris, patris nimirum, simul concurrat, qui sumptus hosce proprio bonori videtur impendisse ex *l.* 1. §. 16. *de collat. dotis.* Carpz. *p.* 3. *const.* 11. *def.* 17. Zoes. *n.* 30. *ff. de collat. dotis.* Quo ipso probatum putaverim, verum interessisse mandatum cum et mandantis et mandatarii interesse simul concurrat, solo illo excluso, quod mandatarii gratia initur §. 6. *inst. mandati et l.* 2. §. *fin. ff. eodem.* Struvius *th.* 8. *eodem.* Obstare quidem adhuc videtur ex consilio, quale hic intercessisset inter patrem et filium, non dari actionem §. 7. *instit. mandat.* Verum ex eo distinguuntur commodissime mandatum et consilium, si attendatur, an mandantis id ullo modo intersit fieri, quale hic accidit, an vero non, illoque casu mandatum esse docet dn. Praeses *in cautel. contract. S.* 2. *c.* 11. *th.* 16. Communiter vero et hoc modo limitatur, nisi consilium habeat vim compulsivam quam in consiliis parentum esse, obedientia filiorum debita docet. Brunemann. *in paratit. qu.* 16. *ff. mandati.* et hinc excedere consilii terminos docet Bachov. *ad d. tit. institut. mandati th.* 5. Quorsum et persuasiva parentum verba referunt dn. Praeses *c. S.* 2. *c.* 11.

th. 17. Fagundez. *de just. et contr. l.* 3. *c.* 1. *n.* 5. In eo difficilius adhuc latet dubium, quod moveri potest ex Mod. Pistor. *p.* 1. *qu.* 10. Carpzov. *p.* 2. *c.* 28. *def.* 7. Berlich. *p.* 2. *decis.* 246. *n.* 15. Soror succedens cum fratre dotem et alia subsidia paterna conferre tenetur. Eadem vero cum videatur dotis quae impensarum studii causa ratio, dum pater, qui vult elocare filiam, eidem etiam dotem conferre velle praesumitur, impensae quoque studiorum causa conferendae erunt. Verum diversitatis ratio in eo; pater tenetur prospicere de marito filiae, ita ut si non prospiciat, majorennis libere in corpus suum peccare possit, nec ideo exhaeredari, juxta *nov.* 115. *c.* 3. §. 11. et sic per consequens, ut bene de marito prospiciat, necessaria est dos Zoes. *ad ff. de jure dot. n.* 6. 7. 8. Struv. *th.* 3. ibid. Carpzov. *p.* 2. *const.* 42. *def.* 13. Quod secus in filio, qui ut ad studia trahatur, non incumbit patri, cum mille modis ipsi succurri possit, filiae vero non item, quae conditionem suam vere accipit ex persona mariti. *l.* 8. *ff. de Senat. et l.* 13. *c. de dign.* Ergo quaecumque necessario non vero ex liberalitate patris in liberos conferuntur, illa conferenda sunt. Jam vero dotis constitutio necessaria a patre constituenda, ita argumentante dn. Brunnem. *parat. qu.* 1. *ff. de collat. dotis*, studiorum vero sumptus ex mera voluntate; quae si antecedens tantum fuerit, sufficit juxta allegatam *reg. l.* 17. §. 3. *ff. commodat.* Ergo illa, dos nimirum, necessario conferenda, sumptus vero non item. Adjuvat hanc sententiam voluntatis paternae praesumptio vel ex eo, quod dos quidem filiae detur, ita tamen, ne consumatur, cum dissoluto matrimonio ad eum redeat *l.* 2. *et sequ. ff. soluto matrimonio*, studiorum vero sumptus consumptioni dicantur, qui vel ideo non facile repetuntur *l* 1. §. 23. *ff. de collat. bonorum.* Eodem vero et peregrinationis sumptus juste refert Carpzov. *p.* 8. *const.* 11. *def.* 18. praecipue cum in jure studiorum et peregrinationis sumptus utplurimum connectantur *l.* 5. *c. ad sctum maced. et l.* 2. *c. de incol.* Quo quidem privilegio studia politica et juridica maxime gaudere putem, cum maximus eorum splendor, moribus inprimis, ex cognitione statuum, regnorum, linguarum experientia aliaque dexteritate aestimetur. Quorum omnium amore peregrinantur et quasi exules fiunt studiosi, *auth. habita c. ne filius pro patre* dn. Brunnemann. *ad d. l. c. n.* 2. *et* 3. Ex quibus tandem patet, quantus sit civilitatis liberorum in parentes effectus utilissimus.

16 Dubium vero non leve hac in materia restat, quod omnes has evertere videtur utilitates. Si se. filius bona castrensia vel adventitia habeat, sic pater tanquam legitimus administrator et tutor videtur ex facultatibus pupilli submiuistresse filio *l. Nesennius ff. n. g.* Conf. Lopez. *l.* 5. *tit.* 15. *part.* 6. Bartolus *in tractat. de duobus fratribus. n.* 16. *et in l.* 1. §. *nec castrense n.* 8. *ff. de collat. bonor.* Sed hoc tunc obtineret, si sufficientes sint ex ipso corpore patrimonii pupillaris fructus vel ex pecunia ejus foeneratitia interesse. Nam in puncto juris tantum ex fructibus est alendus pupillus et quidem hoc modo, ut semper aliquid ex fructibus supersit *l.* 2. §. 1. *et l.* 3. §. 1. *ff. pupillus educari debeat.* Montanus *de tutelis c.* 32. *n.* 224. quod etiam videtur jure culmensi dispositum ubi *l.* 4. *tit.* 14. *c.* 9. Tutori, sumptus conferre, injungitur *pro modo facultatum*, verb. *nach Gestalt ihres Vermoegens.* Jam vero excessus dicendus erit, si sorti vel fundo ipsi vis inferatur, quia hoc casu facultates et bona pupilli desinere incipiunt. Hinc prohibetur tutor ipse propter alimenta fundum pupilli vendere. Colerus *de alimentis l.* 2. *c.* 2. *n.* 35. idem jure culmensi *cit. l.* 4. *tit.* 14. *c.* 8. et sic nec corpus pecuniae haereditariae, ex qua derivantur, utpote quarum eadem ratio ac fructuum *per t. t. ff. de usur. et fructibus distrah.* Ergo si pater vel mater ad studia filium persuasionibus inducat, et plus hoc nomine in eum impendant, quam fructus bonorum filii admittunt, non poterunt sorti excessum detrahere, sed ex propriis bonis censentur superfluum contulisse, ob declaratam in persuasione et consilio ad studia voluntatem. Conf. Fagundez. *de just. et contract. l.* 1. *c.* 14. *n.* 11. Finckelth. *obs.* 11. Quod tunc eo magis obtinet, si extranei sint tutores, cum sic pater vel mater administrationis respectum plane exuant, dum interim tutores etiam nullam disponendi et alienandi corpus patrimonii habent facultatem, nisi decretum judicis interpositum fuerit, quam cautelam tutoribus suppeditat dn. Praeses *tract. cautel. s.* 3. *c.* 2. *th.* 10. Conf. *jus culmense cit. l.* 4. *tit.* 14. *c.* 8. Imo si pater vel mater non interrogatis tutoribus sumptus miserint, cessare et tunc omnem animum repetendi docet dn. Brunnemann. *in comm. ff. ad l.* 34. *neg. gest. n.* 5.

Hactenus consultum filio; quid commodi civilitas 17
filiae conferat, brevibus. Dictum ex jure naturae parentum consensum plane necessarium non esse in iis, quae ad familiae regimen non pertineant. Jam vero qui uxorem ducit vel viro nubit, extra familiam abit, ita ut hac in re regimini familiari non subjiciatur. Grot. *de j. b. et p. l.* 2. *c.* 5. *th.* 10. *n.* 1. *in fine.* Deseret enim maritus patrem et matrem suam et uxori adhaerebit *Genes.* 2. *v.* 24. Et hinc necessitas illa vel hypothetica dicenda ex statuto juris conditorum, ne sc. invito suus agnascatur haeres, vel potius solum reverentiae et civilitatis liberorum officium dicendum erit, quod, si iniqua fuerit parentum voluntas, ipsa non praecipiunt jura civilia *l.* 19. *ff. de ritu nuptiarum.* Carpz. *dec.* 160. *et l.* 2. *jurispr. eccles. def.* 53. Petrus Barbosa *ad l* 1. *p.* 1. *n.* 2. *ff. soluto matrim.* Durum enim est libertatem liberam non habere in matrimonio, unde liberi procreantur, graviter hac de re conquerente *Cassiodoro VII.* 4. Hinc si pater filiam elocaverit, et haec illi non contradixerit, certe civiliter agit, cum foeminarum verecundiae conveniat hac in re alieno stare arbitrio Grot. *c. l.* 2. *c.* 5. *th.* 10. *n.* 3. Non enim est virginalis pudoris, eligere maritum *c. ult. caus.* 32. *qu.* 2. Cujus civilitatis exemplum egregie expressit Maria Theresia infans hispanica, Ludovico XIV. regi Galliae nupta, quae interrogata, utrum regem vellet in maritum, *modestissime ad patrem respiciens, velle se, si pater non nollet, significabat.* Tuldenus *histor. europ. l.* 3. *ad an.* 1660. *p.* 439. Quae in non contradicendo filiae civilitas passim in legibus commendatur *l.* 7. 12. *ff. de sponsal. l.* 20. *c. de ritu nupt.* Is vero civilitatis effectus est, quod, si filiae maritus prodigus obtrusus fuerit, quem ipsa non expresse ambiverit, sed ex sola patris voluntate recepit, tacite non contradicendo, et mortuo patre eumdem fratres ab haereditate repellant, eo quod non dotem contu-

lerit a marito prodigo consumptam, non teneatur nisi inanem conferre actionem. Nam si expresse hunc virum ambiverit, aut saltem expresse in eum consenserit, utique non sufficiet inanis actio, cum sibimet culpam imputet, arg. *nov.* 97. *c.* 6. Struv. *synt. j. g. de collat. dotis th.* 41. talem eligendo virum, cujus mores approbavit, et insuper eos apud parentem non accusavit, quae accusatio tamen maximarum saepe rixarum et molestiarum seges esse solet inter conjuges. E. si ex civilitate tantum non contradixerit voluntati paternae, puto sufficientem esse inanis actionis collationem, propter verba *d. nov. sibimet culpam inferat.* Sic enim patris culpa potius latet, quod tali viro prodigo ipsam elocaverit, dotemque contulerit. Inidoneum enim aut nullum maritum dare dem est, atqui nullum maritum dare culpae parentum adscribitur *ex nov.* 115. *c.* 3. §. 11. Filia vero a culpa excusatur, quae non tam consensit quam ex civilitate non contradixit. Et sic major patris culpa poenas in haeredibus luet, quibus exigendi facultas ideo adimenda; juxta doctorum regulam: ubi inter duos alter in majori culpa, alter in minori, seu ubi alter in dolo, alter in culpa, doli vel majoris culpae in poena major habetur ratio. Dn. Praeses *de jure sensuum diss.* 1. *de visu c.* 3. *n.* 44. *et ibi allegata.* Quid hic jure culmensi statuendum, ubi minor videtur dotis ratio ob introductam communionem bonorum inter conjuges *nach Flemischer Erbgerechtigkeit l.* 4. *tit.* 14. *cap. ult. in fine.* Respond. non tamen impediri collationem bonorum per expressum textum *c.* 1. *tit.* 11. *l.* 3. Si vel fiat sine animo donandi, qui in necessitatibus non praesumitur, dos vero ex necessitate non liberalitate patris fluit *l.* 18. *ff. de adim. legatis j. c. l.* 3. *tit.* 11. *c. ult.* vel si animo donandi fiat, extra judicium tamen cit. *l.* 3. *tit.* 8. *c.* 24. Itaque praesupposito casu, si pater sciverit esse prodigum, eumdemque filiae obtruserit, quae ex civilitate et reverentia patri non contradixit, certe cum patris hic major culpa sit quam filiae, non video, cur hoc jure haec decisio non obtineat, praesertim cum et ipsum citatum us eodem quasi casu *l.* 4. *tit.* 14. *c.* 14. ad culpam attendere jubeat. Quae cum hic sit patris, non filiae, utpote quae seducta a patre est, haeredes vero patris ut defuncti personam sustineant, filia non nisi inanem actionem conferet. Argumentum d. c. in eo consistit, quid filia si non fuerit in culpa, non teneatur debitum solvere a marito ante matrimonium contractum. E. nec debebit patri vel ejus haeredibus acceptam dotem solvere vel conferre, eo quod non ipsa, sed pater hoc casu sit in majori culpa. In filio civilitas hoc in passu majores adhuc gignit utilitates, qui, cum ex reverentia in oblata sponsa non contradiceret patri, alias si contradiceret, iram ejus in praesens sensurus, haec irrita facit a patre nomine illius facta sponsalia, cum expressus in hoc de jure civili requiratur consensus, arg. *l.* 12. *ff. de sponsalibus.*

18 Quae utriusque sexus liberos commendat civilitas, erit ea in captivo patre ab hostibus redimendo. Quae quidem omnibus, si plures adsint pro portionibus haereditariis incumbit necessaria pietas, sed an unu eam stricto jure in solidum prosequi debeat, in quaestionem venit. Resp. non negandum illud respectu patris, cui cum totam vitam debeat, omnia quoque necessaria praestare tenetur, *l.* 1. *et* 2. *c. de alendis liberis ac parentibus l.* 5. §. 16. *ff. eodem.* Confer. Carpzov. *p.* 2. *const.* 10. *d.* 29. praecipue, si id facultates ejus permittant. *arg. d. l.* 5. §. 2. Colerus *de alimentis l.* 2. *c.* 2. *n.* 1. Garsias *de expensis c.* 3. *n.* 37. Sunt enim per consequens in causa ipsi parentes et facultatum filiorum, Grot. *l.* 2. *cap.* 7. *th.* 4. *num.* 1. Causa vero causae est etiam causa causati, Conf. domin. Becmann. *vol. dissertat. de exsuper. cap.* 3. *de exsuperant. obsequ. filial.* 1. *et seqq.* Respectu tamen fratrum civilitas est, quibus eadem liberandi patrem incumbit necessitas, habetque se respectus hic ut fidejussoris, qui quidem in solidum obligatus respectu creditoris, at respectu confidejussorum nequaquam, quibus eadem solvendi necessitas. Ergo, si quis a fratribus festinaverit illis negligentibus succurrere patri, non tantum negotiorum gestorum actione a reliquis fratribus expensus repetit, sed etiam totam consequitur haereditatem, eo quod reliqui incapaces declarati sint per *d. nov.* non vero indigni per silentium legis *a qua declaratas indignorum causas* vide in Brunnemann. *paratit. ff. qu.* 3. *ff. de his quae ut indignis aufer.* Odiosa vero non sunt extendenda. Idem videtur in jure culmensi expresse dispositum, ubi sub *tit. Erbfaelle der Lande Preussen, c.* 41. dicta causa non redempti ab hostibus patris, incapacem *nicht faehig* haeredem alias futurum appellat, et longe differt ab eo, qui est indignus, dicitur-que hic in priori capite, *der nicht erben mag oder kan.* Nam si indigni declararentur, fisco cederet haereditas *per tit. ff. de his quae ut indignis.*

Pleraque hactenus quae dicta patrem concernebant, 19
dum tamen eadem quoque matri exhiberi potest civilitas proficua, hodie plerumque exaequatis maternis et paternis juribus. Quae vero eidem in specie cum commodo exhiberi potest, ejus occasionem mihi praebuit *l.* 6. *c. in quibus causis pignus tacite.* Si scil. mater tutelam liberorum gerat, et antequam tutelae rationes reddat, secunda vota meditetur, liberi interim, quibus stricto jure exactio rationum permissa *nov.* 118. *c.* 5. externa quasi civilitate et reverentia ducti, ad rationes reddendas matrem non compellant: tunc si mater alias inops, ita ut liberis propter paupertatem inanis actio foret *l.* 6. *ff. de dolo.* ad secunda vota descenderit non redditis rationibus; novi quoque ejus mariti bona sibi obligata acquirunt liberi tacite, ob debitas rationes matris, ex *d. l.* 6. *c. in quib. et l.* 2. *c. quando mulier officio tut. fungi potest.* Rationem hujus afferunt ddres in praesumpta novi mariti culpa, qui uxorem ex gestione tutelae liberis obligatam ducit, quod plerumque in praejudicium pupillorum cedit. Neguzant. *de pign. p.* 2. *m. VI. num.* 156. Berlich. *p.* 1. *concl.* 67. *num.* 82. Nec obstat hic tacitus consensus liberorum, qui in odiosis non nocet, Mascardus *concl.* 1007. *n.* 38. Tusch. *concl.* 31. *lit. m.* Menoch. *l.* 6. *praes.* 88. *num.* 18. Tacuisse enim censentur salvo jure suo, secundum axioma dn. Praesidis *in examine juris feud. cap.* 14. *th.* 3. *in fine.* deinde nec exigere liberi habuerunt necesse, cum mater ipsa vi officii ad rationes reddendas teneatur. *juxta c. l.* 6. *c. in quibus.* Nec veritas contraria de bona maritorum novorum intentione constans, cum in jure externo praesumptio saepe cedat veritati, praesertim, si quid agatur contra jus prohibitivum *l.* 5. *c. de legibus.* Unde sedulo monent

ddres cavere sibi eum debere, qui viduam in uxorem ducit, ne alieno periculo se exponat. Gailius *l.* 2. *observ.* 90. *n.* 2. Hilliger. *in Donellum l.* 15. *c. ult. lit.* Decius *cons.* 591. Fagundez. *de justitia et contract. l.* 7. *cap.* 6. *n.* 6.

20 Alterum jam nobis considerandum venit relatum; parentum scil. in liberos non sine commodo exercenda civilitas. In antecessum nota erunt patris in filium jura, ut antiquitus jus vitae et necis *l. ult. c. de patria potestate l.* 11. *ff. de lib. et posthum.* Struv. *synt. juris civil. exerc.* 3. *th.* 39. Et licet postea correctum non nihil fuerit, cum patria potestas non in atrocitate, sed pietate consistere debeat *l.* 5. *c. ad l. Pomp. de parricid.* vestigium tamen adhuc ejus mansit *in l.* 20. *et seq. ff. de adult.* cui addenda *l.* 3. *c. de patria potestate* nec infimum est, quod conspicitur *in* §. 1. *instit. per quas personas* nec hodie abrogatum. Quibus omnibus superaddita *lex* 9. *ff. de obsequiis parent. praestand.* sanctam et honorabilem liberis reddit personam patris. Hinc si quid pater de jure suo remiserit, non incompensatam reliquerunt jura civilitatem ejus. Unicum sit: cum emancipabat filios (ad quod stricto jure non cogebatur *l. nec avus* 4. *c. de emancip. liber.* nisi in casibus quibusdam specialibus, quos *vid. in comm.* Dn. Brunnemann. *c. ad d. l. et comm. ff. l.* 31. *eodem.* cum nemo jure suo privandus sit. Est enim emancipatio patrii juris per actum juris solennem dissolutio. Dn. Brunnemann. *parat. ff. qu.* 22. *de adopt.*) hac facta emancipatione honorem filio parens exhibuisse dicitur in §. 2. *instit. per quas personas.* Ergo pro pretio civilitatis paternae tertiam bonorum liberorum partem, si voluerit, retinere poterat *d.* §. quam quidem utilitatem non sublatam sed restrictam tantum legimus in *d.* §. Sed cum enormis haec jure veteri fuerit liberorum laesio ex hac civilitate paterna, improbarunt eam mores, emancipationis modum in separatam oeconomiam convertendo. Carpzov. *p.* 3. *const.* 6. *def.* 1. Berlich. *p.* 2. *conclus.* 11. *n.* 23. Harpprecht. *ad* §. 6. *instit. quibus modis patr.* Qua nihil patri accedit, cum filius non a patre, nec ipsius facto emancipetur; sed statuto vel consuetudine patria potestate eximatur. Andreas Kohl. *de success. conjug. p.* 2. *n.* 75.

21 Civilitate quoque sibi consulit mater in gravissimo, et maxime odioso negotio secundarum nuptiarum, quarum incommoda exhibent nobis *ll.* 1. *et* 2. *c. de secundis nupt. et auth. eisdem c. eodem*, quibus praeter incommoda festinatarum sive praematurarum nuptiarum, maturarum etiam poenas luit maximas, in casu si liberos ex marito priori superstites habeat. Quales sunt amissio donationis a marito factae, ususfructus donationis nuptialis, item quod novo marito ultra tertiam bonorum partem nihil conferre possit, nec eidem ultra testamento reliquere etc. quas vid. apud Trentacinq. *l.* 3. *tit. de matrim. res.* 5. *num.* 2. Anton. Gabriel. *l.* 3. *tit. de secundis nuptiis concl.* 5. Farin. *p.* 2. *fragment. lit. m. num.* 397. *et seq.* Jam vero ut haec omnia incommoda effugiat, nullum superest, ut dictum, quam civilitatis in liberos remedium. Ut enim consensum parentes a liberis sicut hi ab illis petant, nec jure naturae cautum est, vi rationis, quae parentibus honorem et obsequium, non contra praestari jubet; nec jure civili ullibi. Si itaque se eo submiserit mater, ut ad secunda vota transiens filii consensum et consilium expetat, id utilitatis ex hac civilitate consequitur, quod filius videatur favori suo et juri renunciasse, quae liberorum renunciatio jure communi ex aequitate subsistit. Reinos. *obs.* 45. *num.* 23. *et* 24. Surdus *decis.* 99. *num.* 14. jam vero poenae secundarum nuptiarum statutae sunt in favorem liberorum. Menochius *cons.* 155. *num.* 13. Anton. Gabriel. *l.* 3. *comm. tit. de secundis nuptiar. concl.* 1. *num.* 35. Surdus *cons.* 91. *num.* 20. quas dum in ipsas secundas nuptias consentiunt, remisisse videntur. Sicque mulier hoc civilitatis exercitio omnem poenarum effugit metum. Quod moribus, si statuto contrarium non sit dispositum obtinere justum est, cum naturali ratione ob favorem liberorum fundetur. Eamdem in Portugallia in casu matris secundo nubentis quinquagenariae, civilitatis cautelam praebet, Fagundez. *de just. et contract. l.* 1. *c.* 24. *num.* 15. Jure culmensi cum beneficium possessionis in bonis liberorum habeat mater, si ad secunda vota non descenderit *l.* 3. *c.* 10. *c.* 11. *verb. und das Weib bleibet in vollem Gute besitzen, dieweil sie ohn ein Mann bleibet.* Non absurda quoque erit haec civilitatis cautela, cum dicta lex in favorem liberorum sit statuta, *verb. seq. d. c.* ac favori suo quilibet renunciare potest.

Patriam potestatem cum imitetur arrogatio vel a- 22
doptio, qua quis se ita dat in familiam, ut ei subsit ad eum modum; quo filius, qui maturae est aetatis subest patri, Grotius *de j. b. et p. l.* 2. *cap.* 5. *th.* 26. ejus quoque considerationem posceret ordo, sed ob exiguum ejus moribus usum potius omittenda. Groenwegen *ad tit. institut. de adopt.* Illud tamen [illegible], ipsam arrogationis naturam civilitatem agnoscere arrogati, dum hic sui juris, aliorum potestati se sua quae sponte submittat *l.* 1. *et* 2. *ff. de adopt.* eo etiam cum effectu et utilitate civilitatis suae, quod simul acquirat jus liberorum in successione §. *adoptivi* 4. *instit. de exhaered. liber.* seu, ut clarius proponit Cardinalis Tuschus *pract. conclus. l. a. concl.* 114. *num.* 2. *et* 3. acquirat omnes effectus consanguinitatis, licet non ipsum jus consanguinitatis. Sed ut dictum ob nullum moribus aut rariorem adoptionis usum dn. Brunnemann. *in comm. ff. ad rubricam de adopt.* analoga ei, unio liberorum occasionem casui civilitatis proficuae praebebit. Contingit ea, vitrico et noverca jus verorum liberorum privignis suis invicem conferentibus. Koeppen. *l.* 1. *observ.* 55. Oriturque inde filiatio seu jus liberorum, quod quale sit, quasque utilitates conferat vid. Covarruv. *tom.* 1. *de matrim. p.* 2. *cap.* 8. §. 4. *num.* 8. Haec vero cum difficilis sit acquisitionis, de modo inquiritur commodo acquirendi, quem jam ex civilitate depromemus. Stricto jure cum paternus inter vitricum et privignum cesset respectus, eo quod ille ab hoc sine venia in jus vocari, et famosa actio contra eum institui possit *l. si nondum* 3. *et l. de his* 11. *c. de furtis.* Schneid. *instit. tit. de act. ad* §. *poenales q oque act. n.* 49. hinc nomine vitrici vere appellari potest. Sed cum odiosum sit nomen vitrici non minus ac noverae, de quo vid. Besoldus *thesaur. practico ad vocem Stieff-Mutter*, civilius facturus est filius, si patrem dilectissimum appellaverit et vere utilius, quia tunc vitricus blandimento vocis delinitus privignum filium appellat; et licet sola professio filiationis non faciat eum filium, qui non est, facit tamen aliquam prae-

sumptionem et constituit eum in quasi possessione filiationis, donec contrarium probetur. §. *licet institut. de adopt.* Schneid. *ad d. §. n.* 3. et non incongrue a peregrino dicitur tale quid. possessorium filiationis, *de fideicommissis art.* 43. *n.* 66. praecipue si vitricus blanditiis privigni allectus actis intervenientibus eum filium appellavit *arg. d. §. fin.* cujus rationem puto in eo sitam, quod in judicio omnia serio et praemeditato animo facta praesumantur. In actibus vero seriis filiationis nominatio effectum probationis tribuit. Masard. *conclus.* 791. Audr. Gail. *obs.* 97. *v.* Menoch. *de a. jud. qu. l.* 2. *cas.* 89. Conf. dn. Praeses *in dissert. de jure familiaritat. cap.* 2. *num.* 11. Qui vero in specie cum effectu juris hic notari merebitur civilitatis casus, patrocinari poterit filio in exteris degenti et sumptus studiorum a vitrico petenti, quem ille ad conferendos illos patris charactere collato invitet. *Er baethe seinen vielgeliebten Herrn Vatter, Er moechte ihm aus Vaetterlicher Gewogenheit zu seinen Studiis mit einem Wechsel helffen.* Hic vitricus civili denominatione delinitus seu responderit: *Er schicke es ihm. aus Vaetterlicher Liebe und Gewogenheit* seu non sposponderit et tamen miserit, non protestando de alio quam paterno affectu, (quo quidem vix admittit pudor) *arg. l.* 16. *ff. ad sctum maced. l. ratum ff. de solut.* Conf. Cujac. *ad h. l. tit.* 1. *p.* 1616. ex paterno affectu mississe praesumitur. Qui enim non protestatur, contentis in epistola omnibus consentire videtur. Menoch. *l.* 2. *arb. quaest. cap.* 21. *num.* 3. Mascardus *de probation. conclus.* 181. Coepolla *tract. caut. cant. q.* Johann. Wammesius *cent.* 3. *conf. q.* 3. *num.* 5. quam inde utilitatem natam ita explicat *l.* 18. *c. de negot. gestis. Si paterno affectu privignus tuas aluisti. s. mercedes aliquas probis magistris impendisti, erogationis tibi nulla repetitio est.* Causa enim haec paterni scilicet affectus consideratio non admittit n. g. actionem *l.* 1. *c. negot. gest.* et sic per consequens cessat simul sumptuum repetitio *h. l. et* 27. *ff. neg. gest.* sive magnae sive parvae fuerint impensae. Alexander *l.* 7. *cons.* 110. *num.* 2. Garsias *de expensis cap.* 4. *num.* 24. Conf. dn. Brunnemann. *comment. ad l.* 1. *c. negot. g.* ubi sedes materiae. Eadem videtur juris culmensis decisio. Si paternus affectus et voluntas in sumptibus collatis adfuerit *l.* 3. *tit. II. cap.* 3. *vers. Dass der Sohn erweisen hoente, dass es den Eltern gaentzliche Meinung gewesen, ihm solches alles zu verehren.*

23 Parentum vices cum sustineant tutores, illorum scil. potestate vel potius directione in hos derivata, cum tutela aeque sit vis et potestas in caput liberum ad tuendum eum qui propter aetatem se defendere nequit §. 1. *institut. de tutel. et rubr. institut. de auctoritate tutorum.* Ad hanc igitur cum utilitate aliqua constituendam multum proderit civilitas paterna, cum saepe tutores metu onerum, rationum reddendarum et reliquorum incommodorum pro virili se excusent a suscipienda tutela. Conf. *jus culmense l.* 4. *tit.* 14. *cap.* 3. Duplex igitur hic proderit civilitatis species, primo, ut, licet tutelae munus sit gratuitum nec lucrum ex ea facere conveniat *l.* 58. *in fin. pr. ff. de administr. tutela.* nihilominus testator designando aliquem tutorem, eidem, licet sine mentione tutelae suscipiendae aliquid testamento leget, quo ipso ita tutorem adstrinxisse videtur, ut hic, licet gravissimis excusationibus prolie munitus fuerit, aut tutelam adire cogatur aut lucrum ex testamento speratum amittere *l.* 28. §. 1. *ff. de excus. l.* 28. *ff. de testament. tutela*, etiamsi pro parte tantum recusarit tutelam *l.* 111. *ff. de leg.* 1. Prodest vero haec patris in tutorem collata liberalitas, et in hoc passu, quando par est tutoris et pupilli bonorum jactura; quo casu ex lege ordinatae charitatis a se ipso *l.* 6. *c. de servit.* suas prae pupilli facultatibus servare et liberare non prohibetur, aut si cum suo damno pupilli negotia gerat, quo casu, ne suum cuique officium damnosum sit, n. g. actione damna sua repetere potest. *l.* 33. §. *fin. ff. de. administ. tutelae.* Verum si pater ex civilitate salarium constituerit tutori per legatum, ad quod constituendum stricto jure non tenetur, cum tutela sit officium gratuitum et publicum ad quod quis etiam cogi potest, utiliter id facit ideo, quod tutor ab aliis negotiis ob tutelam abstinere cogatur. Menoch. *consil.* 228. *num.* 32. Montanus. *de tutelis cap.* 40. nec repetitionem habeat ob compensatum jam per salarium laborem, *l.* 33. §. *fin. ff. de admin. tut. juncta l.* 10. §. 9. *ff. mandati.* nec a culpa levissima relevetur praestanda, quia culpa, quam ex tutela jam praestat, levis exigitur *l.* 7. *c. arbitrium tutelae*, quae combinata ex novo titulo locationis conductionis, dum operam suam certo pretio sive salario locat, quae locatio etiam levem culpam exigit *l.* 11. *et* 30. §. *fin. ff. locati cond.* Carpz. *p.* 2. *const.* 37. *def.* 24. levissimam exigere vere videtur. Duo enim vincula fortius ligant. Et huc pertinebit axioma dn. Praesidis in *limitatione l.* 6. *c. de servit.* Quotiescumque per contractum (qualis hic concurrit locat. conduct.) obligor ad alterius utilitatem promovendam, toties mea utilitas postponenda. Hinc tutor sibi magis consulet, si contraria civilitate recusando salarium, levissimae culpae praestationem excutiat, et ad ordinariam levem culpam se obliget *ex l.* 7. *c. arbitrium tutelae.* Et haec de civilitate per actum ultimae voluntatis exercita. Securior vero adhuc videtur civilitatis cautela per actum inter vivos, prae actibus ultimae voluntatis, cum tutoris per legatum non tanta sit obligatio, utpote cui etiam renunciare potest, per *d. l.* Per actum vero inter vivos dum precibus, blanditiis, vel alio munere persuasus tutelam suscipiendam promiserit, revocationi locus non est, cum in contractibus consensualibus non detur poenitentia. Pactum vero tale, sicut omne, moribus obligatorium est, cum se fundet in consensu. Brunnem. *in comm. ff. ad l.* 1. *ff. de pactis.* Superest metus reddendarum rationum, quarum neglectus magnas secum trahit poenas *l. ult.* §. 1. *c. arbitrium tutelae. collata, cum l.* 1. §. *fin. ff. de suspect. tutor.* qui adhuc ut plurimum terret homines a tutela suscipienda, nisi et hic civiliter ad eamdem invitentur a testatore, per remissionem reddendarum rationum *d.* §. 1. *l. ult. c. arbit. tut.* Qua pellecti facilius persuadentur tutores sine tamen ullo incommodo pupilli, cum nihilominus librum rationum edere teneantur. Gutierez. *p.* 2. *c.* 1. *n.* 113. et si aliqua causa suspicionis adest, ipsi a judice injungi potest inventarii confectio; Covarruv. *l.* 2. *resol. c.* 14. *n.* 4. Molina *disp.* 223. *n.* 12. quia dolus futurus remitti non potest *l.* 27. §. 3. *ff. de pactis.* Et sic haec civilis remissio ad gesta quantum ad gesta per dolum non extenditur. Alexander *consilio* 72. *et* Dec. *cons.* 349. *et plures alii, quos notatos vid. apud* dn. Johann.

dilect. Durantem Gualdensem. *de arte testandi et caut. ult. vol. tit.* 7. *caut.* 2.

21 Jus denique in personas proposito applicandum ex consensu deprometur, cujus speciem nobilissimam, consociationem conjugalem examinabimus, utpote altera ejus specie, subjectione sc. jam sub materia servitutis et arrogationis examinata. Competit vero in tali consociatione jus in personam uxoris marito, in rebus conjugii et rebus familiae. Grot. *c. l.* 2. *c.* 5. *th.* 8. *et seq.* Conf. *ad eph.* 5. *v.* 23. His igitur praesuppositis, quid in tali societate utrinque inter maritum et uxorem civilitatis beneficio effici possit; videndum. Et ut a primordiis ordiamur, ad acquirendam sibi sponsam et opimam ex ea praedam, nihil jure stricto posse effici, aut actionem eo nomine dari vulgatum est, sed ut plurimum blanditiis et aliis civilitatis speciebus maximum sortimur effectum. Prosunt laudes, servitia, oblatio munerum, quae postrema quantum in recessu habeat, ipsa morum experientia testis est, secundum vulgatum *munera placant hominesque deosque.* Legalitas vero ejus rei per se expedita est, cum quis spe lucri ad matrimonium contrahendum invitari possit, ex eo, quod matrimonium sit indifferens res, quae non tantum propter se sed etiam propter aliud exoptari potest. Conf. *l. Titio* 71. §. 1. *ff. de condit. et dem.* Johan. Lupus *in cap. per vestras x. de donat.* 3. §. 21. *col.* quod etiam ad legatum relictum sub conditione uxoris suae ducendae extendit Covarruv. *t.* 1. *de matrim. p.* 2. *c.* 3. §. 3. Sed, ut civilitati huic effectum juris tribuamus, advertendum jam erit. Primo quidem ipsa munera et jocalia virgini missa quaecumque illa sint, sub tacita conditione missa praesumuntur, si matrimonium sequatur, non vero animo donandi *l. cum veterum* 15. *c. de donat. ante nupt.* Clarus *l.* 4. *sentent. de donat. qu.* 10. *n.* 1. Joh. Campeg. *de dote p.* 1. *qu.* 79. *n.* 1. Menoch. *l.* 3. *praesumpt.* 19. dumque ea animum virginis in reciproci muneris missionem persuadent saepe, arrharum quasi vices subeunt, et praesumptionem juris pro celebrato contractu, cujus naturam subeunt sponsalia, faciunt, ita ut sint argumentum et probatio contractus et sic sponsaliorum, donec contrarium probetur Schneidew. *ad tit. de empt. et vendit. ad pr. n.* 13. *conf. c.* 2. *x de sponsal.* Hinc sponsus id ex oblato munere utilitatis consequitur, quod praesumptionem quamdam sponsaliorum sibi paret, et insuper quocumque modo agat sponsa etiam recedendo a sponsalibus, ille suae civilitatis reportet commoda, et donationes sponsae retinendo et suas duplicatas cum largissimo foenore repetendo, ex constitutione *l.* 5. *c. de sponsal.* Conf. Zoes. *ad h. t. n.* 8. Nec tamen hic sufficit arrhas promisisse, sed liberalior in reali transmissione requiritur animus, cum in promissis arrhis poena locum non obtineat. Covarruv. *de matrimonio p.* 2. *c.* 3. §. 7. *n.* 11. Tiraqu. *in tract. de const. pos. p.* 3. *lim.* 26. *n.* 4. Trentacinqu. *l.* 3. *tit. de matrim. res.* 2. *n.* 9.

25 Hoc genere acquirendi cauti esse solent juvenes, quo ipso nec ipsas foeminas jam destitui probat experientia, utpote quae mores ad omnes blanditias componere doctae sunt; sponsae enim simulac factae fuerint, non uno civilitatis genere desiderio sponsorum ita satisfacere studeut, ut non sine fructu et utilitate eam exerceant. Osculi sc. dulcis concessio est, cujus desiderio atteotatus juvenum saepe torquetur amor; nec tamen ante benedictionem sacerdotalem, denegato in corpus foemineum jure, ejus exactio sponso competit. Quod jus denegandi cum sponsa sibi competere animadvertat, certe multum utilitati suae consulit per submissionem juris sui, non plane denegando osculi concessionem, quae in se nihil illiciti continet, utpote amicitiae ferventioris signum, et hinc apud multas gentes frequentatum dn. Praeses *in tract. de jure sens. disp.* 7. *c.* 5. *th.* 10. Conf. Besold. *in thes. pract. ad* vocem *Kuss.* Sic enim, si per mortem vel casum fortuitum fiat, ut nuptiae non sequantur, tunc dimidiam sponsalitiae largitatis acquirit a sponso, quam sine osculo totam amitteret *l.* 16. *c. de donat. ant. nuptias* Sanchez. *l.* 6. *disp.* 18. *n.* 5. Fagund. *de just. contr. l.* 4. *c.* 13. *num.* 5. altera dimidia sponso vel ejus haeredibus relicta. Gomez. *ad l.* 52. *Tauri. n.* 8. Molina *tom.* 2. *de just. et jur. disp.* 290. §. *quando autem.* Quod ampliant ddres, sive oscula praecedant, sive sequantur munera; Fagundez. *l.* 4. *c.* 13. *n.* 7. Sanchez. *c. l.* Ubi tamen sedulo cavendum sponsae, ne excessivo gestu lasciviam potius prodat, quam modestiam. Besoldus *thes. pract. ad vocem Kuss. addit.* quia tunc cessat ratio ablati pudoris, in cujus compensationem sponsalitiae largitatis lucrum cedit, Brunnem. *in comm. c. ad d. l.* 16. *c. de donat.* neve, quasi sui recreandi tantum causa, honeste etiam expetat, si non sponsi, sed sui gratia peractum, nihil operabitur. Vincentius de Franchis *decis.* 503. *n.* 16. *et seq.* Et sic, quid de virgine putativa sentiendum sit; facile decidi potest, licet Fagundezio *cit. loc.* contrarium arrideat; quem ideo refutasse sufficiet, quod signum ablati pudoris in defiorata cesset, ob quem praecipue in virginitate ablatum, si matrimonii rupturae locus est, multo minus privilegia matrimonii obtinebunt. Conf. Sanchez. *tom.* 1. *l.* 6. *de matrimonio disp.* 27. *n.* 6. Ne vero omnis civilitatis immemorem relinquamus sponsum in dulci praeda osculi detentum, neve per informem et rudem nimis gestum molestus et taediosus evadat sponsae, cujus amorem inconsulta saepe gestuum procacitas aut ignorantia minuit, dabimus regulam rite et civiliter osculi expediendi a Rogerio concinnatam *tract. de dote c.* 19. *n.* 18. *quem citatum vid. in* dn. Praesidis *tract. de jure sensuum disp.* 7. *de tactu c.* 5. *th.* 15. *Multi nesciunt, inquit Rogerius, osculari, unde tu opponas alteram manum ad mentum mulieris, alteram vero ad occiput cum eleganti labiorum impressione.* Sed ut ad prius redeamus, quaeritur; *an sponsa idem lucrum obtineat in concessis amplexibus et copula.* quorum illi non minus amicitiae signum sunt, quam osculum, inter patriarchas et israelitas frequentissimum. Genes. 31. 33. *Exod.* 18. *v.* 2. *act.* 20. Sane haec vitii rigorem spes instantis matrimonii emollit. Quoad amplexus vero contrarii sunt Sanchez. *tom.* 1. *de matrim. l.* 6. *disp.* 18. *n.* 8. Johann. Lupus *l.* 52. Tauri *n.* 16. capti ea ratione, quod jura expresse lucrum dimidietatis sponsalitiae largitatis osculo tantummodo concedant, ut patet ex alleg. *textibus l.* 15. *et* 16. *c. de donat. ant. nupt.* Nec eamdem esse rationem de amplexu et osculo, quia magis rubore confunditur sponsa et majorem verecundiam patitur propter osculum quam propter amplexus. Quos tamen refutat Fagundez. *c. l.* 4. *c.* 13. *n.* 15. *in fin.* afferendo identitatem rationis, cum aequalem verecundiam in amplexibus atque in osculis

patiantur, maxime si bene moratae fuerint, quod ex more regionis dijudicandum. De copula ὡς ἐν παροδῳ Licet hujus concessio civilitas vix dicenda sit ob latens vitium, aliquo modo tamen illuc referenda erit, cum consistat in submissione juris sui, quod habet sponsa in corpus suum, excusaturque, ut dictum, ob praesentiam instantis matrimonii. Effectus ejus indubius et major quam osculi amplexuumque, cum totam sponsa hoc modo et integram lucretur sponsalitiam largitatem. Sanchez. *tomo* 1. *de matrim. l.* 6. *disp.* 19. *n.* 2. Fagundez: *cit. l. n.* 20. Et hic quidem civilitatis modus soli sexui foemineo competens est, cum sponsus nihil praedictae sponsalitiae largitatis acquirat per osculum sponsae datum, sed tenebitur omnia integre illi vel ejus haeredibus restituere, per expressum textum *l. c. si a sponsa* 16. *c. de don. a. n.* additque Fagundez. *cit. loc. n.* 7. rationem, quod sponsus ob oscula et amplexus sponsae nihil amittat, at sponsa pudoris ac verecundiae amissionem patitur, quae non facile postea nubit non secuto matrimonio. Major enim honestas in foeminis requiritur, quam in viris.

26 Ubi itaque de consensu desponsatorum constat utrinque pactis dotalibus sibi invicem cavetur, praesertim moribus hodiernis Gail. *l.* 2. *obs.* 162. *n.* 2. Pruckmann. *vol.* 2. *cons.* 25. *n.* 19. in quibus constituendis saepe cum lucro prodest cauta civilitas. Primo quidem respectu aequalitatis in pactis appositis servandae juxta *l. ex morte* 9. *aut aequalitas et Leonis* 10. *c. de pactis conventis.* certatur invicem civilitate, qua uxor magnam offerendo dotem, saepe omnium bonorum, in magnam quoque elicit pudorem mariti constituendam donationem propter nuptias, qua et securitati dotis sic per consequens bonorum suorum cavet *nov.* 19. *c.* 1. et in casum mortis mariti eamdem lucratur in compensationem dotis *l.* 8. §. 1. *c. de rep.* dn. Brunn. *parat. q.* 23. *ff. de jure dotium et idem comm. cod. ad l. ex morte* 9. *c. de pactis conventis.* vel etiam ad constituendum dotalitium (quae cautela junioribus foeminis nubentibus viris senibus maxime prodest.) quo post mortem mariti in ejus bonis usumfructum sibi acquirat in compensationem fructuum dotis. Dn. Brunnem *c. parat. qu. v.* 24. Quae quandoque pacto combinari posse docet Carp. *p.* 2. *Const.* 42. *def.* 3. *n.* 9. Cum igitur separatim vel donatio propter nuptias vel dotalitium tantum acquiri possit, et magna sit quoad effectus eorum diversitas. (Nam ratione donationis propter nuptias, *Eines Gegen. Vermaechtnisses*, nisi de expressa hypotheca sibi prospexerit foemina, jure saxonico tantum inter chirographarios creditores collocatur Carpz. *p.* 3. *const.* 28. *defin.* 91. contra jus commune, quo hypotheca tacita ipsi concessa *l.* 12. §. 2. *c. qui pot. in pign.* Struv. *s. j. c. exercit.* 26. *th.* 14. Richter *ad aut. quod locum c. de collat. n.* 12. Ratione dotalitii, *Eines Leibgedings*, vero mulier aequali privilegio gaudet, quam, quod ipsi competit ratione dotis. Carpz. *part.* 1. *const.* 28. *def.* 93. ne tamen hic concurrat dotis repetitio Mev. *p. l. dec.* 173. *conf.* Dn. Praeses *caut. contr. S.* 3. *c.* 8. *th.* 27. *et* Dn. Brunn. *in tract. de concursu cred. c.* 5. *de sentent. prior. concip. th.* 34. Nec minor quoque ejus jure civili utilitas est, nam cum donatio propter nuptias merum contineat lucrum, si dos simul restituenda, ut probat dn. Praeses *cit. S.* 3. *c.* 8. *th.* 35. amittit eamdem mulier ad secunda vota transiens *per l.* 2. *et aist eisdem c. de secundis nuptiis*, quod secus in dotalitio, nisi pacto contrario prospectum, quod singulari responso exhibet dn. Praeses *c. l.* Non enim illud tam lucrum continet, quam ex justitia expletrice compensationem aequalem, et hinc dotem absorbere dicitur Mevius *p.* 1. *decis.* 173.) pro circumstantiarum diversitate utilius sibi prospicient foeminae, insigni civilitatis specie, recusando donationem propter nuptias utpote in securitatem dotis dandam ex *nov.* 61. *c.* 1. et dotalitium tamen petendo, cum satis fidem maritorum suorum agnoscere se dicant. Cujus quidem cognitionem maxime jura commendant, ut, quando pro dote repetenda fidejussores accipiendos esse, prohibetur *tot. tit. c. ne fidejuss. mandat. dot. dentur.* adeo, quod nec spontanea a marito fidejussionis oblatio sufficiat. Molina *disp.* 425. *n.* 2. Fachin. *l.* 8. *c.* 78. Bachov. *in treutl. vol.* 2. *disp.* 7. *th.* 4. *lit. g.* nisi certis moribus immutatum. dn. Praeses *caut. contr. S.* 2. *c.* 6. *th.* 14. ne sc. mutuam fiduciam et amorem inter conjuges tollat. Quam fiduciam cum tam civiliter declaret erga sponsum sponsa non tantum dotalitii meliorem nanciscitur sortem, sed et ejusdem uberiorem saepe acquirit copiam, sponsi amore in omnem petiti concessionem propenso.

Verum facilior haec, ut dictum, per munera con- 27
sulendi sibi copia, paupertati vix remedium concesserit, quam et in hoc casu jacere nec emergere posse vere dici merebitur. Cum enim aequalitas in pactis dotalibus requisita fuerit per *aut. uequalitas c. de pact. conv.* aut ad minimum hodie inaequalis, justa tamen et ex arbitrio sponsae dependens compensatio in usu sit. Carpzov. *p.* 2. *const.* 42. *def.* 1. Gail. *l.* 1. *obs.* 72. *n.* 2. Matth. Cuno *de pactis. l.* 1. *c.* 6. *n.* 17. Pauper vix dotem exigere valet, cessante compensatione ejus et praestanda securitate per donationem propter nuptias, quia, qui a sua parte pacta non implevit, lucrum nec petere potest. *aut. sed quae nihil c. de pactis conventis.* Ergo unicum superest remedium civilitatis, ut sponsam suam promissione quantitatis dotem ipsam excedentis in futurum acquirendae, sub testimonio amoris sui in illam declarato, demulceat. *Da hingegen hat der Braeutgam sich Krafft dieses obligat und verpflicht gemacht, vor die in dotem ihm eingegebene* 10000. *Thal. mit* 20000. *Thal. anstatt eines Gegenvermaechtnisses aus grosser Liebe und Affection seine Braut zu contentiren, von denjenigen Güthern, die er ins künfftige mit seiner profession erwerben wird.* Quam cautelam ddres passim suppeditant.

Verum cum et hic vetulae praesertim nuptae juve 28
nibus, qui illas tamen solo divitiarum amore ducunt, saepe adeo tenaces sint, ut nec facile dotem largiantur, nec facile pecuniam marito administrandam concedant, praesertim, si ipsae liberos habeant; unde postmodum lites oriuntur vix conciliandae. Annon tunc in tam infelici casu marito quicquam remedii supersit, quaeritur? Praebet illud dn. Praeses *ex resp. facultatis anno* 1667. *d.* 21. *novembr. concepto in caut. contr. s.* 3. *c.* 8. *th.* 9. *in fin.* ut sc. judicem adeat, cujus arbitrio *Sie ihm nach ihrem Vermögen eine gewisse dotem constituire, welche dos entweder nach Anleitung der Rechte so hoch zu rechnen, als sie ihrem vorigen Ehemann zugebracht hat etc.* Rationem in eo sitam auguror, quod dos sit ad ferenda matrimonii onera,

jam vero, qui fert incommodum, eidem et commodum attributi justum est. Certissima vero haec est omnium cautela, sed et molestissima esse solet, si praecipue, qui lites execretur metuendas tamen et domi et in judicio futuras. Ergo, qui mollioribus consiliis studet, blanditiis ore et verbis pro virili mulierculas demulceant, quin donativis etiam et muneribus omnium suorum bonorum, vetularum, praecipue in avaritiam propensarum, animos deliniant, quo ipso pudor tandem acceptorum munerum ad reciprocam per testamentum vel alio modo faciendam viris donationem persuadebit mulieres. Nec tamen metus adest in mariti propriis bonis per donationem ablatis, cum haec donatio ipso jure sit prohibita *per l. moribus.* 1. *l.* 32. *ff. de donat. inter vir. et ux.* ob causas, quas recensitas vid. *in* Connano. *l.* 1. *c.* 10. *n.* 11. Card. Tusch. *ad rubr. de donat. int. vir. et ux. concl.* 690. *lit. d. et reliquos quos allegat* vid. in Brunn. *comm. ff. ad l.* 1. *et seq. ff. de donat. inter vir. et uxor.* Quae prohibitio etiam obtinet, licet nondum matrimonium sit consummatum, sed vetula illa cum juvene de praesenti desponsata sit, *per l. pen. ff. d. t.* Struv. *synt. j. c. ex.* 30. *th.* 24. In eo tamen cautus sit maritus, si mulier hisce muneribus devicta vicissim quid donet, et ipsius donationem ad instrumentum redigi desideret, ut instrumentum suum sub modum ultimae voluntatis concipiat; sic revocationi semper locus est, quem effectum ignarae jurium ignorant mulierculae. An vero doli alicujus argui possit maritus, quaestio esset; sed cessabit ille ob jus aliquod dotis exigendae, ut supra probatum, quod cum per strictam juris viam assequi molestum sit, sufficit non vi, non clam nec precario illud acquisivisse. Civilitas vero est talis actus, a qua omnem coactionem abesse probavimus supra *th.* 8. *c.* 1. Nam licet deceptio hic quaedam subsit, subest tamen talis, quae intra justitiae limites continetur, qualis hic est pro marito in conferenda sibi dote. Et talem quidem justam deceptionem ex jure interno probat. Covarruv. *l.* 2. *var. c.* 3. *n.* 2.

29 Interim nec sic omnibus partibus suam absolvit sponsus felicitatem, si magnam in pactis dotalibus sibi dotem constitui videat, dum saepius omnia sponsae mobilia saepe inutilia in dotem aestimato dantur, quo ipso res quasi venditae marito videntur, et sic periculum interitus et deteriorationis etiam ad eum spectat per *l. plerunque.* 10. *pr. ff. de jure dotium et l.* 21. *c. h. t.* Anton. Faber. *in cod. l.* 5. *tit.* 7. *def.* 43. Carpz. *p.* 2. *const.* 42. *def. pen.* conf. Struv. *syntagm. j. c. th.* 14. *ad d. t.* Mobilium vero ea saepe conditio, ut pretiosius aestimata, longe vilius a marito vendantur, et ideo hic attritarum etiam vestium aestimationem teneatur praestare *per ipsum textum pr. l.* 10. *ff. de jure dot.* Accedit, quod aucta quantitas dotis maximum in donatione propter nuptias vel dotalitio constituendo conferat gravamen, praecipue inter nobiles respectu feudorum Köppen. *p.* 1. *dec. q.* 39. *n.* 4. conf. dn. Praesidis *examen feudale. c.* 21. *qu.* 8. 9. Unde cautelam civilitatis proficuae suppeditat dn. Praeses *in caut. contr. c. saepius s.* 3. *c.* 8. *th.* 5. ut non omne patrimonium sponsae in dotem quis desideret, sed modica tantum quantitate se contentum modeste asserat. Quo ipso his incommodis sese excutiet, et paraphernalium interim administratione eadem voluntate uxoris, quam blandimentis demulcere facile est, impune in sui utilitatem convertet, *per l. fin. c. de pact. convent.* Cravetta *cons.* 193. *n.* 13. Covarr. *tom.* 1. *de matrim. p.* 2. *c.* 7. §. 1. *n.* 2. Menoch. *cons.* 56. *n.* 8. Et sic defectum dotis paraphernalium usu compensat, praesertim jure Saxon. ubi ipso jure maritus usumfructum bonorum uxoris consequitur. Struv. *synt. juris civ. ex.* 29. *th.* 56. Quod cum etiam moribus aliorum locorum obtineat, Zoes. *ad tit. pro socio num.* 10. eadem uti cautela non inconsultum foret.

Verum ut contrariorum contraria saepe sunt remedia, ita hoc quoque in casu civilius et consultius aget sponsa, si non certa bonorum quantitas in dotem, certa paraphernalium loco detur sponso sed haec omnia conferantur in dotem, aut si quid postea a marito persuasionibus expetatur, non mutui titulo succurratur, sed dotis augmento quasi donetur. Sic enim non tantum demonstrata *th. praeced.* marito enatura incommoda in sui lucrum converterit, sed etiam insuper in casum eventurae mariti cessionis bonorum privilegio praelationis ad modum dotis secura erit. dn. Praeses *c. s.* 3. *c.* 8. *th.* 8. *conf. l.* 8. *c. de jure dotium nov.* 97. *c.* 3. Berlich. *p.* 1. *concl.* 65. *n.* 28. Carpzov. *p.* 1. *constit.* 28. *def.* 64. Quae tam insignia privilegia cessant in paraphernalibus, quibus nuda tantum hypotheca sine praelatione competit, Brunnem. *in concurs. cred. c.* 5. *th.* 33. Cessantque magis in mutuo marito concesso ob generalem chirographariorum naturam. Brunnem. *c. l. th.* 66. *et seq.* quia personarum respectus nullus in jure rerum attenditur. 30

Prodest porro civilitas in casu, quo parentes ambienti filiam duras saepe, quibus illum obstringant aut saepe a proposito detineant, objiciunt conditiones, inter quas non infrequens esse solet, quod concessa leviori vel plane denegata dote, ad renunciationem futurae successionis cogant sponsum. Quibus si ille amoris ductu civiliter subscribat, placitoque parentum se submittat, nihil tamen inde praejudicii in se redundare sentiet, sive suo sive etiam sponsae nomine renunciasset. Nam cum jura sponsae intacta maneant, eoque suo tantum juri et beneficio non alieno quis renunciare possit, et hinc alienum jus irrenunciabile dicatur Mynsing. *cent.* 5. *obs.* 63. *n.* 10. Dalner. *de renunc. c.* 14. *n.* 1. Et sic nec maritus valide renunciare potest haereditati quae uxori debetur. Kellenbez. *de ren. qu.* 11. Fusius vid. *in cit. caut. contr. s.* 3. *c.* 6. *th.* 9. integro responso deductum. Quare cum legitimus sit uxoris procurator ejus nomine agere potest, *per l. maritus* 21. *c. de procuratoribus* Brunnem. *in parat. q.* 18. *et* 35. *ff. eodem*, non obstante, quod ipse renunciaverit, cum et tutor suo nomine contra pupillum et in eadem causa pupilli nomine contra alios agere possit. Et sic indirectum largiendo quid ex civilitate voluntati soceri, utilitatem haereditatis consequitur ex participatione juris quod habet per uxorem; quam stricte denegabat parentum rigor, si eorumdem voluntati contradictum fuisset. 31

Ad personarum respectum quoque pertinet pontificii juris argumentum de magna illius civilitate, qui meretricem ducit. Magnum enim misericordiae opus appellatur, peccantem corripere et eum a peccato avertere, et opus spirituale vere corporalibus hisce operibus misericordiam praestare *thom.* 2. *qu.* 32. *a.* 3. Commodum vero quod huic civilitati promittitur, est ex 32

cap. inter opera 20. *X. de spons.* Peccatorum scilicet indulgentia seu remissio a canone concessa.

33 Coronidis loco extra quidem juris communis materiam adjicere placet casum commendatae apud Anglos in mulieribus civilitatis, cum insigni ejusdem utilitate. Notum est, jure romano distractionem fundi dotalis marito quidem esse prohibitam, nisi in casum consensus ab uxore declarati seu jurati, seu post biennium repetiti, aut si ex aliis bonis mariti uxori satisfieri possit, *nov.* 61. *c.* 1. Cujus contrarium in Anglia obtinet, ubi si mulier alienationi fundi dotalis contradixerit (qui actus tamen non sine ratione ipsi competere videtur) nullam habet inde actionem, si vero modeste et ex civilitate tacuerit non contradicendo voluntati mariti, beneficium repetitionis habet. Schmit. *de republ. angl. lib.* 2. Et sic quantum licuit, in omni personarum respectu civilitatis proficuae casus examinatos vidimus.

CAPUT III.

De civilitate proficua circa contractus natura civiles.

SUMMARIA

Methodi ratio. n. 1.

Contractuum divisio et subdivisio; contractum mere civilium et civilium cum mutua obligatione explicatio. n. 2.

Donationis et promissionis liberalis utilitates, quarum illa a traditione incipiens; dolum admittit, subnexa conciliatione l. Aristo §. 3. *ff. de don. Posterior vero an ab evictione praestanda liberetur? neg. ex communi ddrum opinione, quam civilitatis proficuae cautela insequitur. Ratio ex civilitate proficua, quod donatio simplex liberetur ab evictione, non vero remuneratoria. n.* 3.

Mitior contra donatorem interpretatio ex ratione civilitatis proficuae. n. 4.

Cautela civilitatis proficuae per donationem, ad evitationem imminentis furti, sacrilegii, etc. n. 5.

Civilitas proficua ejusdem generis a Bartolo commendata in difficili consecutione debiti, ob debitorem morosum, eadem a Schradero repetita, in casu vi occupatorum praediorum, quorum ob probationis et processus molestias difficilis recuperatio. n. 6.

Sequitur contractuum civilium cum mutua obligatione, explicatio. n. 7.

Mutui fundamentum in civilitate ponitur, an vero proficuam hanc esse licebit quaeritur? Neg. prius, dein recte affirm. Quid jure culmensi? n. 8.

Civilitas in remissione lucri ex mutuo magis proficua in concursu; Johannis de Arnono cautela an admittenda! Non dicenda est civilitas quae, lucrum in pecunia respuit et in alia re illud quaerit, cujus casus ex Manzio. n. 9.

Civilitas proficua contra improbum foeneratorem. Quid judici faciendum, si poena foeneratoris arbitrio ejus commissa? Statutorum quorumdam et inter ea juris culmensis decisio. Commendatur haec cautela contra judaeum. n. 10.

Contractus vitalitius quomodo speciem civilitatis proficuae induat? n. 11.

Contractus mohatrae palliatur a civilitate proficua: quousque admittatur? n. 12.

An resignatio mutui, sine determinatione temporis constituti, sit de necessitate, an vero ex civilitate fiat? Affirmatur posterius contra Mevium. Idem jure culmensi. Utilitatis civilitas istius jure civili et culmensi. Anticipata solutio, an civilitatis proficuae argumentum? n. 13.

Commodatum civilitatis magis est quam necessitatis. n. 14.

Inter commodantem et commodatarium, qui civilior, ille in utilitatibus consequendis superior. Illi igitur concessio commodati utilior. Juris culm. mixta decisio. n. 15.

Huic vero petitio precarii, nec datur ejus ante usum finitum revocatio. n. 16.

Aliud civilitatis proficuae certamen inter commodantem et commodatarium. Ejus exempl. inter sponsum et sponsam, hospitem activum et passivum. n. 17.

Civilitatis proficuae cautela in precibus ad consequendum amissae rei suae dominium. Israelitarum factum Exod. 12. *v.* 32. *inde defensum. n.* 18.

Servitutis continuae acquisitio ex hac precarii civilitate proficua. n. 19.

Mandati origo a civilitate. n. 20.

Grotii *opinio, in puncto diffusae mandati naturae. Mandatario civilitas damnosa esse non debet; an vero etiam potitive proficua esse possit, quaeritur? Neg. primo, sed dein recte aff. Mandatoris in praxi astuta civilitas. n.* 21.

Cautela civilitatis proficuae ad evitationem periculi in pecunia vel alia re transmittenda. n. 22.

Ad contractus civiles refertur etiam depositum. Deponenti cautela civilitatis proficuae praebetur, contraria suggeritur depositario eaque duplex, iterum deponenti alia, caute tamen exercenda, replicatur a depositario. n. 23.

Utrum depositarius vel commodatarius rem apud se detentam ex necessitate, an vero civilitate liberet, in pari periculo rerum suarum? Quae inde civilitatis utilitas? Quae juris culmensis decisio? n. 24.

Neg. G. quae ex civilitate et affectione instituitur, utilior est illa quae proprii lucri causa suscipitur. n. 25.

Utilior etiam illa, quae voluntaria, contra Bachovium quam quae necessaria, in cujus specie, tutelae gestione, civilitas proficua commendatur tutori, qua haeredes a rationibus reddendis liberentur. Quod et jure culmensi obtinere probatur. n. 26.

Societatem quae est inter aequales seu ex aequo inter se viventium vi susceptae methodi aggredimur, eamque, dum a jure rectorio dirigi docebatur ex Grotio *de j. b. et p. l.* 1. *c.* 1. *th.* 3. *n.* 2. merito ad jus rerum referemus. In quo quidem ad *civilitatis proficuae* casus examinandos varia proportionum ex illa diversi as totam inmutabit facti speciem, non tamen reducet eam ad jus rectorium, cum explerix et at- 1

tributrix justitia non differant tali proportionum usu, demonstrante id per contractum societatis Grot. *c.* 1. *th.* 8. *n.* 2. Conf. Menoch. *a. j. q. cent.* 2. *cas.* 125. Cum itaque duo dentur juris rerum genera, praemittendum foret *jus in re*. Quod tamen in se consideratum, cum minorem habeat personarum respectum, inter quas tamen civilitatis exercitia obtinerent, omittendum duxi, et hinc inde juri ad rem inserendum. Alteramque juris aequatorii speciem priori longe copiosiorem aggredior. Versatur quippe illa in contractibus, docente Heidero *philos. moral. p.* 2. *pag.* 847 quorum quanta in societate humana necessitas sit, commendabit *l.* 1. *ff. de contrah. empt.* Contractus vero nomine hic generaliter accepto omnem conventionem, et quicquid inter agentes placuerit, indeque natum obligationem intelligimus. Besoldus *thesauro. pract. ad vocem contr.* Conf. *l.* 1. §. 3. *ff. de pactis. l. labeo* §. *contract. ff. de v. s.* Alciatus *ad d. l.*

2 Sunt vero contractus alii simplices alii compositi seu mixti, ex docto Grotii *de jure b. et p. l.* 2. *c.* 12. *th.* 1. quem quidem et proposito nostro maxime convenientem sequentibus quoque imitari lubet. Simplices iterum alii benefici erunt alii permutatorii Grot. *ib. th.* 2. De contractibus igitur, hoc capite, beneficis agendum erit, utpote qui natura sua civilitatem pro fundamento agnoscant. Nemo enim ad beneficium alteri conferendum obligatus est, nisi mera civilitate ductus id faciat. Subdividuntur vero adhuc hi contractus benefici (1.) in mere beneficos, seu quo termino saepe commutare licebit in mere civiles et gratuitos in quibus una tantum pars obligata manet, quia ex una tantum parte datur aut promittitur, quales sunt promissiones aut donationes mere gratuitae ac liberales Fagundez. *de just. contr. l.* 1. *c.* 1. *n.* 10. *et* Grot. *cit. l.* (2.) in beneficos etiam, sed cum mutua quadam obligatione seu quae initio voluntatis sunt magis et officii quam necessitatis, ita ut modum finemque praescribere ejus sit, qui beneficium tribuit; cum autem id fecerit, tunc finem praescribere atque intempestive usum rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. Geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut apparent, quod principio beneficii seu mere civilitatis erat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles *l.* 17. §. 3. *ff. commodati* Carpzov. *p.* 2. *const.* 37. *def.* 6. *n.* 16. adjuvari enim nos beneficio non decipi oportere asserit dn. Brunnem. *in comment. ad d. l.* 27. §. 3. *commod.*

3 Mere civiles et benefici actus sunt, uti dictum, donatio et promissio liberalis, ideo sic dicti, quod neque jure antecedenti neque consequenti, ut scilicet aliquid reddatur, debitum involvant, sed spontaneam juris sui submissionem indigitent. Fagundez. *de just. contr. l.* 4. *c.* 1. *n.* 2. *et sequ.* ex speciali affectione et benevolentia promanantem *jus eulmens. l.* 3. *tit.* 3. *c.* 2. Ut vero effectus utiles horum actuum cognoscantur, confundendi erunt brevitatis causa, et aequales utrique vi civilitatis proficuae attribuendae erunt utilitates. Prima harum notissima est illa remissio aedilitii edicti et in specie evictionis praestandae, ne scilicet eo casu liberalitatis suae donator poenam petiatur, ita graviter civilitatem a damnis vindicante Modestin. *l.* 62. *ff. de edilit. aedicto* Ubi tamen communiter limitationibus donatoris astringunt utilitatem doctores (1.) nisi dolo fiat *ex d. l. et l. Aristo* 18. §. *fin. ff. de donat.* qualem quidem et nos in demonstranda civilitatis proficuae natura in genere rejecimus, *c.* 1. *th. mediis.* Verum et hic ddres dolum largiuntur quod non noceat, si donatio incipiat a traditione non a promissione, quae posterior contractus naturam induere videtur, et sic quasi vi contractus obligat. non obstante *l. Aristo.* §. 3. *ff. de donat.* quae de dolo actionem praebet ad sumptus tantum factos in re, non vero ad valorem et aestimationem rei evictae. Gomez. *resol. tom.* 2. *c.* 2. *n.* 25. Cardinem enim in eo verti puto, quod dolus ille in sumptibus in rem donatam factis fuerit damnosus donatario, et hinc minus tolerari a jure potuit, non vero in caeteris casibus, ubi donatarius nullum incurrit damnum. (2.) Nisi a promissione inceperit, quod arg. *l.* 1. *c. de jure dot.* probare conantur trentacinq. *l.* 3. *de donat. res.* 2. Richter. *decis.* 23. Boer. *dec.* 67. Berlich. *p.* 2. *concl.* 24. *n.* 71. communi quoque praxi receptum esse, docet dn. Praes. *cent. contr. s.* 3. *c.* 9. *th.* 6. Quod utrum de jure obtineat vid. cit. Gomez. *tom.* 2. *cap.* 2. *n.* 39. Verum cum difficilis sit negativae probatio, alia media et quidem civilitatis proficuae hic quaerenda erunt, inter quae citatus Gomez. *cit. loc. p.* 226. *s.* 2. illud suppeditat, ut donator rem alienam donans, partem ejus vel minimam prius sibi acquirat antequam donet, sic seu a traditione seu a promissione incipiat donatio, non tenetur praestare evictionem totius rei, quia vi rationis, *l. servi electione* §. *fin. de leg.* 1. et *l. si domus* §. *fin. ff. eodem.* non videtur totam alienare, sed tantum jus vel partem quam revera habebat. In re vero plane aliena nihil juris habere quis dicitur, et hinc totius evictionem praestare cogitur, si a promissione incipiat. (3.) Limitatio donationem remuneratoriam stringit, Franzkius *ad tit. de evict. n.* 423. *et* 498. Zoes. *ibid. n.* 13. cum habeat se per modum tituli onerosi dn. Praeses *in cent. contr. s.* 3. *c.* 9. *th.* 6. Ex qua civilitatis lucrum evidens iterum colligitur. Is enim qui prius donat ex civilitate, donat nullo jure vel etiam pudore cogente, sed ex mera voluntate et intentione propria benefaciendi, Fagundez. *de just. contr. l.* 3. *c.* 2. *n.* 3. *et* 15. et hinc evictionis quoque metum effugit ut supra probatum, is vero qui primi donatoris liberalitate addactus remunerandi animo donat, quasi ex debito donat et hinc evictionis incommoda subit. Dn. Praeses *cit. loco et ibi allegati ddres.*

Sunt praeterea plures adhuc ex civilitate donatoris 4
oriundae utilitates, sed eae partim communes et tritae sunt, partim nondum decisi juris. Inter communes illud tantum tetigisse sufficiet, quod donatoris promissio et obligatio semper in mitiorem partem sit interpretanda *arg. l. Titia testamento* 38. §. *Seja testamento* 2. *ff. de auro arg. legat.* quo textu promissionem v. c. hordei aliquot mensurarum, ad minimam mensuram in eo loco usitatam favore civilitatis in donatore restringit Covarruv. *ad cap. indicante. n.* 5. 6. *de testam.* Navarr. *in comm. l. de regular. n.* 10. Quae nondum decisi juris sunt, eorum exhibet inter alia Zoes. *ad tit. de donat. n.* 95. exemplum, utrum donatori alimenta praestare teneatur donatarius, quod idem ibid. neg. ex silentio legum.

5 Illa vero utilitas specialiorem certiorem et utiliorem meretur contemplationem, quae consistit in eo, quod per civilitatem donatoriam turpem causam facere possimus accipientis, quo ipso maxima evitamus pericula, invigilamus publico, nullo nostri incommodo quin maximo potius commodo. Qualia exempla ordine suo exhibet dn. Brunnem. *in parat. Wes. qu.* 3. *ff. de condictione ob turpem causam.* Esto igitur illud ex *l.* 2. *pr. ff. de condict. ob turpem causam.* Si metus est sacrilegii, furti aliorumve delictorum ab alio committendorum, et nulla avertendis illis vel vis suppetat, vel admonitio sufficiat, consultum esse asserit Grotius *de j. b. et p. l.* 2. *c.* 20. ut bonitate homines a peccatis detineantur. Hinc si quid donatum ei fuerit, ne tale quid perpetretur, hoc modo, civilitate et beneficio donatoris permotus delinquens, facile a suscepto delicto desistet, cum nemo tam perditus sit, qui cum faciliori via commodum sibi acquirere possit, in ipsa difficultate delicti perpetrandi periculosa quid ponat. Evitato igitur hoc periculo, decedere tamen quid videtur donatori, et sic civilitas unius commodi causa instituta, ex altera parte nociva esse potest. Verum nemiquam, quia totum illud quod contulit donator condictione ob turpem causam repetit. *cit. l.* 2. *pr. ff. de condict. ob turpem causam*, quia dans non turpe aliquod intendit, sed causa saltem respectu accipientis est turpis. *l.* 1. §. 2. *l.* 4. §. 2. *ff. d. t. l.* 6. *c. eodem l.* 5. §. 1. *ff. de calumniat.* Accipiens enim non habet justum titulum, quo innixi et rem retinere, vel etiam promissam exigere possit, *l. penult. pr. ff. de condict. ob turpem causam.* Struv. *synt. j. civ. exerc.* 18. *th.* 21.

6 Alterum civilitatis donatoriae et quidem proficuae exemplum deprometur *ex l. ult. ff. de condict. ob turpem causam.* Ex qua *Bartolus* egregiam hanc et utilissimam commendat cautelam: si sc. debitorem habeam morosum, a quo ob difficiliorem probationem vix aliquid extorquere possem, et hinc molestiae et expensae processus subeundae, quo remedio pessimi homines se tutari solent, ideoque amice et civiliter compello illum, remittendo partem debiti, tantum, ut reliquum solvat. Incautus hic civilitate mea, et beneficio captus recipit hanc liberationem. Quo ipso tacite confiteri videtur debitum, et fidem quasi frangit, quod pecunia demum accepta restituat debitum. *l.* 2. §. 1. *ff. eodem.* Struv. *s. j. c. exerc.* 8. *th.* 2. Et sic quod stricto jure nisi per molestias processus vix aut plane non assequi liceret, per hanc civilitatis speciem, remissionem sc. partis debiti, sine molestiis probationum ex solo titulo condictionis ob turpem causam, facillime omne debitum repetere contingit. Dn. Brunnem. *in comm. ff. ad l. ult. ff. de condict. ob turpem causam*: ubi Schraderus *cit.* similem proponit casum: si quis propria auctoritate plura praedia occupaverit, et dominus aeque non nisi processus molestiis eadem recuperare possit, consultum est domino, ut externa civilitatis specie nonnulla ei in feudum det, cum conditione caeterorum restituendorum; sic reliqua quoque omnia recipit, et investituram hac conditione revocat Schraderus *de feudis p.* 4. *c.* 1. *n.* 37. 38. Quae utique cautela obtinet in omni eo, quod alter restituere necessum habet, ut commodatum, depositum etc. et is sub inani et ficto praetextu reddere nolit, ego rogem, ut reddat, sed frustra, tandem pecuniam offeram, ut restituat, qua data et accepta, omne quod mihi debetur, et pecuniam ipsam sine molestia per famosam hanc condictionem repeto. *d. l. ult. ff. de condict. ob turp. et commentatores ad h. l.*

Succedunt jam benefici et civiles contractus cum mu- 7
tua quadam obligatione, qui aut de re disponunt sine alienatione, aut de facto, ita ut aliquis effectus supersit. Talis est circa rem dominii concessio, ut mutuum, circa eamdem usus concessio, qualis est commodatum: in factis praestatio operae sumptuosae aut obligatoriae, quae dicitur mandatum, cujus species quasi est depositum, praestatio sc. operae in re custodienda, sed a jure ex diversitate praestandae culpae peculiarem speciem constituens, de quibus Grotius *de j. b. et p. l.* 2. *c.* 12. *fuse disserit.*

Non parum itaque civilitatis in se continet mutuum, 8
dum iis succurritur, quibus stricto jure auxilium non debetur; et hinc contractus gratuitus dicitur a ddribus; eo quod maxime ejus, cui mutuatum, gratia initus videtur. Nam qui mutuo dat, is ex natura contractus statim nihil recipit, et interim tamen transfert dominium in accipientem, ut consumat, ideoque plerique mutui contractum vocant amicorum, cujus etiam Christus meminit *Luc.* 16. *v.* 9. Confer. Oldendorp. *in classe actionum.* 4. *act.* 17. *p.* 322. *s.* 2. Nec minus insigne tulerunt elogium mutui quaedam species in Italia frequentissimae, quae ideo *montes pietatis* dictae sunt, quod ita multum beneficii et humanitatis in egenos exerceatur. Cardinalis de Lugo *de justit. et jure disp.* 25. *sect.* 10. *n.* 187. *et seq.* in quo et Lessio *de just. et jure l.* 2. *c.* 20. *dub.* 23. *n.* 193. defensam vide eorum legalitatem. Conf. dn. Praeses *caut. contr. c. s.* 2. *c.* 1. *th.* 32. *et* 33. Sed quid utilitatis ex hac civilitate, cum illam naturam mutui vix concedat, utpote quod officium gratuitum esse debet, Grot. *l.* 2. *c.* 12. *th.* 20. *n.* 1. et leges divinae humanaeque tanto prosecutae sunt odio usuras, quarum nomine utilitas mutui veniret. Sufficiet hic lex a Deo hebraeis data quae hebraeos hebraeis pecuniam dare foenori vetat, *Deut.* 23. *v.* 19. Conf. Seldenus *de j. n. et g. secund. discipl. hebr. l.* 6. *c.* 9. *et* 10. Quam legem hujus generis esse interpretatur Grotius *c. l. th.* 20. *n.* 3. ut Christianos quoque obliget, quippe vocatos ad majora virtutum specimina, et quae tunc officia homini hebraeo praestari jubentur, ea nunc praestanda sunt homini cuivis, omni populorum discrimine per Evangelium sublato, latiusque extenso proximi intellectu *Luc.* 10. *v.* 29. Conf. Grot. *l.* 1. *c.* 2. *th.* 6. *n.* 3. Huc pertinet grave illud Ambrosii, *subvenire non habenti humanitatis est, duritiae autem plus extorquere quam dederis.* Conf. *plura in notis* Grotii *ad d. l.* 2. *c.* 12. *th.* 20. *n.* 3. Vetabit ergo jus ipsum utilitatem ex mutuo percipiendam. Ne tamen omni jure destituatur consuetudo inter omnes christianos receptissima, jam satisfecit dubio Grotius *c. l. th.* 22. eas nimirum usuras, quae stant intra compensationem ejus, quod abest vel abesse potest, non pugnare cum naturali aut divino jure, dicunturque communiter sic dictae compensatoriae. Quo jam pertinebit famosus ille textus *l. curabit.* 5. *c. de act. empti venditi* ubi dicitur, quod praeses provinciae compellere emptorem debeat, ut qui nactus possessionem fructus percepit, partem pretii quam penes se habet, cum usuris resti-

tant, ex ratione procul dubio data, (1.) damni proprii emergentis aut lucri cessantis *l.* 3. §. *ult. ff. de eo quod certo loco. l. et qui natum.* 19. §. 4. *ff. de neg. gestis. l. socium.* 60. *ff. pro socio* ç. *pervenit. X. de fidejuss. et c. dilecti de foro competenti.* Cajet. Conrad. *de contract. qu.* 30. Cardinalis a Turre *in c. si res.* 14. *qu.* 6. (2.) Quod hac ratione alter, mutuatarius sc. lucrum ex re mea percipiat. Et hinc etiam, cum jure culmensi primo usurae gravissimae prohibeantur, non prohibentur tamen illae usurae, quarum sors ipsa mutuatarii commodum et negotiationem promovet *jus culmense l.* 4. *tit.* 1. *vom geliehen Guth. c.* 4. Excessivas igitur et lucratorias jure divino et humano prohiberi intelligendum est, non compensatorias, Struv. *synt. j. c. exerc.* 27. *th.* 43.

9 Licet vero hac ratione mutuans civilitati suae consulat; non tamen omni destituitur damno, cum moto concursus processu classem ultimam constituat, evacuato saepe a prioribus classibus omni patrimonio dn. Brunnem. *in processu concursus c.* 6. *de sententia prioritatis ferenda. th.* 56. *et seqq.* Ergo et civilius facturus est et utilius, si mutuum sine usuris constituerit provocato tantum in generalem remunerationem futuram, quae usuras aequare potest, mutuatarii pudore, sic in quartam classem creditorum, eorum scil. qui personale privilegium habent, quale habet respublica *l.* 32. *ff. de rebus aut. jud. poss.* Conf. Richter. *de privil. cred. disp.* 11. referetur. Carpzov. *p.* 1. *const.* 28. *def.* 153. Qua tamen cautela saepe abuti aliquos docet dn. Praeses. *caut. contr. s.* 2. *c.* 1. *th.* 28. dum super usuris specialem exigunt obligationem, in principali autem obligatione nullas stipulantur. Quam igitur ut fraudis participem, improbandam esse docet ibidem. Hinc non sine labe admittendam esse puto *Johannis de Arnono* cautelam, ut mutuaturus peruniam amico, cum eo conveniat, quod sit quasi depositum et non mutuum, sic enim privilegia depositi acquiri possent, *tractatu cautelarum. caut,* 58. tunc ubi usurae promissae fuerint excessivae; sin vero nullae aut modicae, rem carere vitio putem *cum talem speciem* depositi ipsa jura suppeditent; quod se. depositum maneat, licet ejus concessus sit usus, ob intentionem et voluntatem contrahentium *l.* 24. *ff. depositi. et l. seqq. eodem* Conf. Mantica *de tacitis et amb. conv. l.* 10. *tit.* 3. *n.* 10. Anton. Gabriel *tit: de reb. cred. concl.* 2. Molina *disp.* 523. *n.* 1. Eodem pertinet fraus usurariorum, qui usurariam pravitatem externa civilitatis specie adumbrare conantur, dum usuras recusant, sed tantum aliud quid exigunt v. c. ut mutuatarius cerevisiam pro caupona sua, nonnisi ab ipso mutuante acciperet. Hoc enim pactum pro usurario habitum, et judicatum esse docet Manzius *in centur. suarum decis. qu.* 71.

10 Si ergo cum tam improbo foeneratore res est, qui sine gravissimis usuris inopi succurrere nollet, insignem civilitatis proficuae speciem cautelae loco commendat mutuatario dn. Praeses *cautel. c.* 52. *c.* 1. *th.* 29. ut hic gravissimis usuris promissis ad mutuum sibi praestandum mutuantem demulceat, easque majoris quasi securitatis gratia expresse obligationi inserat. Sic id utilitatis civilitati suae lucratur debitor, quod creditor hanc obligationem contra ipsum producere non possit, nisi sorte integra vel parte sortis secundum quorundam locorum statuta privari, vel infamis ob usurariam pravitatem fieri velit. *caut. contr. cit. loco.* Et frustra hic urgetur effectus instrumentorum liquidorum, cum ex jure prohibitivo ultra data nihil debeatur, vid. *l. rogasti.* 11. §. 1. *ff. de rebus cred.* Conf. Carpzov. *p.* 2. *decis.* 146. *et l.* 5. *resp.* 9. *p.* 1. *jurispr. forens. c* 8. *def.* 8. Ut vero civilitati miseri debitoris magis insuper, quam alias solet, succurramus, quaeritur, si statutum aliquod poenam usurariorum arbitrio judicis commiserit, et evenerit hic casus, quod debitorem pacto ad excessivas usuras, in quas ille modeste consensit, adstrinxerit creditor, an judex excessum usurarum tantum, an vero omnium etiam usurarum et sortis privationem in odium creditoris usurarii et favorem debitoris adjudicare juste possit? Et puto posterius affirmandum. Nam licet utile per inutile non vitietur *c. utile.* 36. *de r. i. in* 6*to.* Sande *l.* 4. *tit.* 1. *def.* 4. Carpzov. *p.* 2. *const.* 19. *def.* 9. praecipue, ubi res ipsa patitur divisionem, ut in quantitate, quae hic in usuris obtinet, *l.* 29. *ff. de usur. et fruct. verbo et licitas peti posse. l.* 26. *pr. ff. de condict. ind. verbis usurae supra modum legitimum* confer. dn. Struv. *exerc.* 27. *th.* 34. Zoesius *ad tit. ff. de usuris. n.* 12. limitari tamen illud potest, nisi compensetur odio facientis, quod exemplo declarat, *l.* 1. *c. de infantibus expositis.* Tantum vero odium est usurarii excessivi, ut pro infami ipso jure declaretur *l. improbum foenus.* 20. *c. ex quibus causis infamia.* Molina *tr.* 4. *disp.* 6. *n.* 13. Covarruv. 3. *resolut.* 3. *n.* 2. Hilliger. ad Donell. *l.* 18. *c.* 7. *lit. l.* et sic idem etiam usurarum omnium et ipsius sortis amissione puniri possit. Cui accedit *l.* 9. §. 5. *ff. de publicanis,* ubi, qui exigunt aliquid illicite, qualis his est usurarum excessivarum executor, extra ordinem puniuntur, conf. Gothofredus *in notis ad l.* 20. *c. ex quibus in fam.* Jam vero id poenae locum non obtinet, si excessivae tantum detrahantur, utpote quae ipso jure nullae debentur per d. textus. Et sic non obstantibus textibus *l.* 29. *ff. de usuris. et l.* 26. *de condict.* et jure civili judex ordinem hoc modo per privationem usurarum omnium et sortis procedere potest. Quae puniendi cum non sit necessitas, sed ex arbitrio tantum dependens, legibus obst. quae ordinariam tantum poenam dictant, non infertur vis, non minus enim recte agit judex, si extra ordinem hanc pravitatem puniat. *l. congruit.* 13. *ff. de officio praesidis.* Hinc ut dictum quorundam locorum statutis sortis quoque privatio dictatur, ut in Saxonia Electorali *Philippi ad decis. elect.* 8. *obs.* 3. *n.* 5. in Ducatu Wurtenbergensi *dass. die Verbothen Wucher etc.* Besoldus *thesauro practico ad vocem Wucher.* Jure culmensi vero primo omnium usurarum amissio poenae loco in favorem debitoris cedit, caeterum decima pars ipsius sortis xenodochio vel pauperibus adjudicatur. *jus culm. l.* 4. *tit. vom geliehenen Guth c.* 5. Et certe mereretur haec cautela, ipso quippe jure fundata, ut praxis erga judaeum nullo magis genere, quam promissione gravissimarum usurarum persuadendum, exerceretur.

Occasione usurarum contractus vitalitii ut plurimum 11
a debitoribus inseri solet tractatio, quae ideo hic scopo nostro inserviet, quod specimen quoddam civilitatis in se contineat, dum omne patrimonium civitati vel capitulo legatur donaturve, reservato tantum sibi ad vitam legati praedii et alterius aequalis a capitulo vel civitate concedendi usufructu. Hac ratione magnifico

et delicato sumptu ipsis vivere licet, quibus alias denegaretur, si suo tantum praedio contenti viverent. Quae cautela esse solet decrepitorum coelibum et suorum praediorum reditibus vix contentorum magnatum, qui hac civilitatis specie se suumque splendorem conservant conf dn. Praeses *cant. contr. cit. s.* 2. *c.* 1. *th.* 32. *et ibi allegati auctores* Klokius *de aerario. l.* 2. *c.* 20. *n.* 12. Surd. *de alim. tit.* 9. *qu.* 11. Casp. Roderic. *de annuis redditibus. l.* 3. *q.* 6. *n.* 8. in quibus legalitatem hujus contractus vitalitii demonstratam fuse reperire licet.

12 Ad mutui naturam quoque reducitur contractus mohatrae seu baratrae, quem alius nomine stocoline et barcoline exprimit Fagundez. *de just. contr. l.* 5. *c.* 34. *n.* 1. Palliatam usurariam pravitatem appellant eam ddres, externa quippe civilitatis specie eam obtegente v. c. Si a mercatore petatur mutuum; is pecunia se destitui conqueretur, contestatur animum beneficum, se alio ipsi modo succurrere velle, oblatis mercibus quarum aestimationem refundendam in posterum desiderat. Mutuatarius pecunia indigens non recusat modum; dum saepe merces suas longe viliori pretio retrovendere cogitur, ut pecuniam consequatur, cujus exemplum vid. *in cit. cautel. contr. th.* 31. Et hinc ex sua civilitate id commodum mercator haurit, quod merces hac ratione exoneret, *Dass er seine Waaren losschlaegt.* Verum an is contractus sit licitus, quaeritur. Communiter pro illicito habetur. Conf. ddres *allegati in caut. contr. d.* 31. *circa finem*, sed ne hic mercatoris civilitatem, a qua tamen fraudem excludimus, incompensatam relinquamus, puto posse defendi istius contractus legalitatem. (1.) Modo sincero et bene cupiendi animo fiat. Fagundez. *de justit. contr. c. l.* 5. *c.* 34. *n.* 2. (2.) Modo mercator vendens nullam obligationem imponat ipsi emptori, ut sibi statim revendat eas merces, quas emit, sed liberum ei relinquat, ut vendat cui velit, Fagundez. *cit. loc.* (3.) Modo intra limites justi pretii summi et infimi tunc currentis venditio fiat. v. c, ut quando venduntur ad creditum, non excedatur justum pretium rigorosum, et quando reemuntur numerata pecunia, non descendatur infrà infimum pretium, Petrus Navarra *l.* 3. *de restit. c.* 2. *n.* 170. Lessius *tom.* 1. *de j. et j. l.* 2. *c.* 21. *dub.* 16. *n.* 130. Sic quia mercator non tenetur jure miserum a miseria liberare, accommodando pecuniam, si id faciat ex civilitate modo licito, qualis hic expressus, licitum quoque erit ex licito modo lucrum. Fagundez. *cit. loc. n.* 4.

13 Jam igitur ad dissolutionem mutui sive repetitionem pecuniae mutuatae veniendum erit. Ubi praemittendum, mutuantem non addito tempore restitutionis, quocumque tempore revocare posse mutuum, quia determinatio beneficii et ejus qualitatum ab eo, qui contulit beneficium, expectanda, quod etiam *jure culmensi* expresse cautum *l.* 4. *tit.* 1. *vom gelichenen Gut.geuandt mutuum. c.* 2. Sed si revoset, obstat ipsi exceptio mutui in necessitates mutuatarii nondum impensi Carpzov. *l.* 4. *resp.* 56. *n.* 12. item exceptio pecuniae nondum collectae dn. Praeses *cautel. contr. sect.* 2. *c.* 1. *th.* 17. cum contra debitorem non statim executive procedi possit ob relictam ipsi probationem, et ita litis molestiae creditori parantur. *cautel. contr. ibidem.* Utilis ergo est amica et civilis resignatio restituendae sortis, *dass er ihm das capital ein halb Jahr zuvor freundlich auffkündige, seu ut jure culmensi cit. l. c. seq.* 3. expressum, *auff gütliche Anforderung des Leihers*, intra quod temporis spacium probabile est, debitorem mutuum impendisse, et quo interea facilius, pecunia restituenda conquiri possit. Sic cessantibus his exceptionibus cessabunt litis molestiae, cujus evitandae gratia securius quoque inseri solet clausula instrumentis, quam vid. *caut. contr. cit. l. th.* 18. 19. Civilitati vero creditoris dum hanc adscripsi resignationem, *Mevii* sententiam hic allegare placuit, *p.* 1. *decis.* 73. qui ita necessariam esse asserit illam, ut sine ea contra debitorem executive procedi non possit. Conf. *idem ad jus lub. p.* 3. *tit.* 8. *art.* 12. *n.* 11. At aequum eam et ex humanitate creditoris fluentem potius, non necessariam esse statuit dn. Praeses *cit. loc. th.* 18. Res enim, quae mihi debetur, ut hic ante resignationem, cum effectu juris mihi deberi debet, praecipue si debitum sit et naturale et civile simul. Commodum vero quod inde emergit, ut dictum, est evitatio molestiarum litis; cui accedit, quod si momento elapsi praefiniti temporis, non restituatur, omne damnum et lucrum etiam emergens compensandum sit *per l.* 22. *ff. de rebut creditis.* ratio, quia tantum temporis spacium effluxit quanto ex intentione mutuantis uti potuerat mutuatarius; licet hic morbo, tempestate aliave re impeditus uti non potuerit. Sebast. Medices *de casibus fortuitis p.* 2. *qu.* 10. *n.* 53. Mantica *de tacit. et amb. conv. l.* 9. *tit.* 1. *n.* 10. Eadem videtur *juris culmensis decis. cit. l.* quo denunciationis non necessitas statuitur, ut probatum *c.* 2. sed mera civilitas commendatur, eam in utilitatem, *dass der Einleiher allen Schaden, Nachtheil, Abgang und Unkosten, so des Verzugs halber herkommen, dem Leiher zu bezahlen schuldig sey. cit. c.* 3. *in fine.* Ad dissolutionem mutui quoque pertinet solutio, quae si certo termino adstringatur, eodem quoque praestari debet. Solet hic debitorum cum commodo exerceri civilitas, ut creditori invito etiam offeratur, quae oblatio solutionis vicem sustinet, *l.* 6. *c. de solutionibus*; adeo quod debitor plenam consequatur liberationem, si debitum simul depositum fuerit, creditorque sustineat periculum, cursus usurarum sistantur *l.* 9. *ff. de usuris.* liberentur pignora *l.* 20. *c. de pign.* et fidejussores *arg. l.* 43. *ff. de solut.* Donell. *l.* 16. *c.* 13. Schultz. *in tract. de oblat. c.* 4. Carpzov. *part.* 2. *const.* 28. *def.* 16. Conf. *jus culm. l.* 4. *tit.* 15. *c.* 1. *in fine.* Quaeritur jam de anticipata solutione ante tempus determinatum, quae utique majus videtur civilitatis argumentum. An eadem quoque, quae ante dicta, solventi eveniant commoda. Videntur hic contrariae leges et *jure civili et culmensi l.* 39. *ff. de solut. et l.* 4. *tit.* 15. *von Zahlungen. c.* 1. *pr.* improbantque hanc anticipatam solutionem. At *l.* 98. §. 4. *ff. de solut. et l.* 4. *tit.* 1. *c.* 2. eamdem concedunt. Quibus tamen ita satisfacit Sande *l.* 3. *tit.* 16. *def.* 1. distinguendo, an dies in gratiam, an vero in favorem creditoris sit adjectus. Si igitur in illius, utique hanc in anticipata solutione proficuam civilitatem admittendam esse recte docetur, cum quilibet favori suo renunciare possit. In posteriori vero diversa ratio est. Conf. Stracha *de adjecto. p.* 3. *n.* 134.

Sequitur jam commodatum mutuo simillimum ex similitudine sua confuso invicem nomine saepe in jure tractatum *l.* 2. *c. de his qui ex publicis ratione mu-* 14

tuam pecun. l. 10. cum si contrahentium voluntatem consideramus, non alia est ratio mutuante, quam in commodante. Sed diversitas objectorum usus, diversum jus constituit, dum mutuum functionem suam in suo genere recipit, commodatum vero in specie sive individuo, quo integro tantum uti licet, et commoditatem aliquam ex tali usu elicere. Conan. *l.* 7. *c.* 3. *n.* 1. Est igitur commodatum aeque actus beneficus civilis et gratuitus §. 2. *inst. de oblig. quae re contrah. jus culm. l.* 4. *tit.* 2. *c.* 1. facitque in commodatario rationem beneficae acceptionis Grot. *de j. b. et p. l.* 2. *c.* 12. *th.* 2. *et* 20. veriusque derivationem sortiri potest a commodo, quam a cum modo, quasi commodo alterius sit datum *arg. d. l.* 2. *c. de his qui ex publicis rat.* Cum ergo commodare officii magis et civilitatis sit quam necessitatis, non impedietur ille, qui beneficium contulit, certis modis civilitatem suam circumscribere, cum intentione utilitatis acquirendae *l.* 17. §. 3. *ff. commodati.*

15 Certamen civilitatis hic conspicuum erit inter commodantem et commodatarium, utroque utilitatibus suis et commodis invigilante. Commodantem quod attinet, nota est ipsius facultas ex *d. l.* 17. §. 3. *ff. commod.* qua modum utendi praescribere potest, sive rem ad certum usum, sive ad arbitrium suum tantum, quo nomine precarium veniret, concedendo. Inter quos modos longe civilior ille est, qui utilitatem commodatarii magis promovet, qualis est ad certum usum rei concessio, ubi favori suo commodans renunciasse videtur, dum eidem nisi finito usu revocare non licet, *l.* 17. §. 3. *ff. commod. j. culm. cit. l.* 4. *tit.* 2. *c.* 2. quod alias in precario concesso contingeret, quod ex arbitrio concedentis dependet. *l.* 1. *ff. de precario. et l.* 2. §. 1. *eodem c. ult.* X. *de precario.* ita ut nec pactum in contrarium valere posse statuat, Decius *consil.* 293. *col. ult.* Hinc dum civilius agit concedens commodatum, quam concedens precarium utilius quoque sibi consulit, dum hac ratione commodatarium ad leviasimam culpam praestandam adstringit, *jus. culm. l.* 4. *tit.* 2. *c.* 1. *l.* 5. §. 2. *ff. commod.* eo quod commodatarii causa tantum fuerit confessio facta, Conf. *l.* 18. *ff. eodem* Molina *tom.* 2. *de just. disp.* 293. *n.* 23. Lessius *de just. et j. l.* 2. *c.* 2. *dubio* 3. *n.* 11. Bonacina *de contract. disp.* 3. *qu.* 1. *p.* 6. *n.* 5. haeredem quoque obligatum habet, etiamsi res dolo defuncti perierit et nihil quicquam ad haeredem pervenerit, *l.* 12. *ff. de obl. et act.* imo quandoque duplum consequi potest per furti actionem, si commodatarius aliter, quam conventum, commodato usus fuerit *l.* 5. §. 8. *ff. commodati. et l.* 18. *ff. de cond. furti.* Conf. Menoch. *l.* 2. *arb. quaest. cas.* 298. Covarruv. *l.* 3. *resp. c.* 15. *n.* 8. Jure culmensi vero omne lucrum cessans et damnum emergens, *l.* 4. *tit.* 2. *cap.* 4. Quae quidem commoda omnia in precario cessant. (1) Cum ad latam culpam tantum teneat, eo quod ad concedentis nutum sit revocabile *l.* 8. §. 3. *ff. de precario.* Lauterbach. *ad tit. commod.* §. 4. *th.* 8. Dn. Brunnem. *in comment. ff. ad d. l.* 8. (2) Nec haeredem ex defuncti persona habet obligatum, nisi quatenus pervenit vel fecit ne possideret *l.* 8. §. *fin. ff. de precario.* Zoes. *ad hunc tit. n.* 5. Struv. *S. et c. c.* 45. *th.* 189. (3) Rem ipsam ad omnem usum applicare possit, non determinato a concedente usus modo.

16 Is igitur, cui usus conceditur, dum ex commodato haec damna sibi imminere sentit, cautus sit, ut contraria civilitate eadem evitet, et praeterea commoda quaedam lucretur. Praebebit ergo ipsa vis vocis precarii, petendi modestiam et civilitatem, qua precibus usum rei ad arbitrium et beneplacitum concedentis tantum desideremus *d. l.* 1. *pr. et l.* 2. §. 2. *ff. de precario.* Hilliger. *ad Donell. l.* 14. *c.* 34. *lit. a.* non exprimendo usum rei; sic omnia incommoda §. *praeced.* 15. recensita evitabuntur, utilissimaque est illa a culpae levissimae praestatione liberatio, usu quotidiano exercita. Si enim librum *commodato* acceperim, et is forte fortuna ab invisente me amico, atramento perfusus fuerit, teneor ad illius damni refusionem ex culpa levissima, quod librum non meliori forte loco reposuerim etc. at si tantum *precario* illum habeam, non teneor utique nisi ex culpae latae tantum praestandae necessitate Conf. Fagundez. *de just. et contr. l.* 1. *c.* 10. Accedit porro precario habenti aliud quoque beneficium, quo commodatarius aeque privatur. Scil. beneficium possessionis ad minimum naturalis *per l.* 15. §. *fin. ff. de precario.* Gomez. *tom.* 2. *resol. var. c.* 7. *n.* 1. *lit. a.* Tiraquel. *tract. de const. post. p.* 1. *n.* 3. quod in commodatario plane cessat. *arg. l. rem mihi commodasti.* 21. *ff. commodati.* Quod beneficium possessionis precario habentibus eousque conducit, ut interdicto possessorio uti possint *per l.* 17. *ff. de precario.* quod non detinentibus debetur *l.* 3. §. *creditores. ff. unde possidetis.* Conf. Emanuel Soarez. a Ribera *in annot. ad Gomezium cit. loc.* De qua tamen differentia an in foro obtineat, dubito. In eo tantum precarii nociva videtur civilitas, quod illud quovis momento revocare liceat concedenti. Verum et hic saepe fallitur concedens. Nam licet de jure civili temporis adjectio evertat naturam precarii, et ad quemvis nutum revocari possit illud per d. t. ita tamen adstringunt ddres libertatem concedentis, ne intempestiva et nociva sit precarium habenti revocatio, laedaturque sic per beneficium alter, cum adjuvari nec beneficio, non decipi oportest, *l.* 15. §. 2. *ff. commodati.* Covarruv. *l.* 3. *resol. c.* 15. *n.* 6. Molina *de j. et j. tract.* 2. *disp.* 298. *n.* 2. Menoch. *l.* 2. *arb. qu. cas.* 23. *in fine.* et sic arbitrio judicis indulgendum tempus accipienti dn. Praeses *eaut. contr. s.* 2. *c.* 2. *th.* 5. quinimo et moribus per pactum adjectam temporis determinationem non immutare naturam precarii, docet dn. Praeses *ibidem.* ut hinc magis sibi quis cautum habeat, si precarii quam commodati concessionem expetat, cum praeterea vi precarii, bonis et civilibus verbis facilius quid impetratur, dn. Praeses ibidem *th.* 6.

Alterum civilitatis certamen, quod inter se subeunt 17
commodans et commodatarius, est, ut ille omnem rei usum in commodatarium conferat, nihilque commodi de eo participet, aut sui gratia simul commodatum concedat, ut loquitur *l.* 5. §. 10. *ff. commod.* Alias enim commodatarium ad levem, interdum ad latam tantum culpam obligatum habebit, facile sic rei suae damnum sine repetitione aestimationis passurus *vi reg.* 1. *et* 2. *annot. in notis* dn. Praesidis *ad tit. inst. quibusmodis re contr.* §. 2. *pag.* 247. Conf. Frantzk. *ad tit. ff. commod. n.* 51. Hinc ut et casus in *d. l.* 5. §. 10. *ff. commod.* male sibi consulit sponsus, si sua dumtaxat causa sponsae vestes commodato miserit, quo sc. honestius et cultius ad se deduceretur sibique me-

lius placeret. Consultius longe aget, si animum suum civilibus verbis declaraverit, et apparatum omnem ad beneplacitum sponsae contulerit. Sic hanc, in damno vestibus collato, ad levissimam culpam obligatam habebit *p. d. t.* Commodatario interea, eadem civilitatis specie invigilare commodis suis permissum erit, dum commodatum petens illius usum in gratiam commodatoris vel solam vel participatam se collaturum civilibus verbis contestetur, sic beneficio hujus civilitatis a levissima et interdum a levi liberabitur culpa, vi dictarum regularum. Exemplum continuetur sponsae, quae vestes et alium mundum muliebrem a sponso commodato accipiens, modestis et civilibus verbis contestetur, se in gratiam sponsi iisdem usuram: *Sie wolte es ihm zu Gefallen und zu Ehren tragen.* qua civilitate sponsae delinitus, si tacuerit sponsus, eamdem a culpae etiam levis praestatione absolvet. Aliud suppeditat exemplum *l.* 18. *pr. ff. commoduti.* quo convivium quidam instructurus vasorum aureorum argenteorumque ab alio commodato acceptorum jacturam a praestatione culpae levis vel levissimae liberare instruitur. Civilitatis sc. cautela est, ut ipse commodans ad convivium invitetur, vel etiam ipsius commodantis amicus, cujus gratia hunc sibi apparatum conquisiviase civiliter protestetur commodatarius, ut eo melius commodiusque vel commodans vel ejus amicus caeterique hospites convivio per apparatum vasorum excipiantur. Sic commodantis gratia commodatum praestitum liberationem culpàrum praestabit. Conf. Molina *tom.* 1. *de just. disp.* 293. Lessius *de justitia. l.* 2. *c.* 7. *dub.* 8. *num.* 41.

18 Ad ipsam vero vim vocis precarii advertere scopo nostro quaedam convenientia licebit. A precibus illud derivari prima species ostendit, quas item ab ipsa civilitate produci nemo quoque est qui dubitet. Jam vero quis effectus precum sit prae rigidiori exactione, ipsa rerum testis est experientia; itaque in eo incautos saepe decipere licebit injustos possessores, a quibus molesta vel nulla speratur rei nostrae exactio, caute tamen, ut precibus quid petatur, non vero ut speciem precarii habeat. Cum enim bonis et civilibus verbis facillime quid impetratur, illius delinitus possessor, si simpliciter ad preces alterius usum concedat, id incommodum saepe sortitur, ut jure suo, quod habet in re aliena, cadat, si non expresse protestetur, se precario usum concedere, ut sic vitium possessioni per vocem precario ingeneret *in* §. 4. *institut. de interdictis* conf. dn. Praeses *in caut. contr. s.* 2. *c.* 2. *th.* 6. Hinc illud commodum inde oritur petenti, ut rei suae proprietatem sibi acquirat *ibidem.* Ex quo titulo defendi posse puto israelitarum factum *Exod.* 12. *v.* 32. qui proculdubio blanditiis et precibus vasa aurea et argentea, ut res sibi debitas, hoc est servitiis suis et laboribus sine mercede praestitis acquisitas et ab injustis possessoribus Aegyptiis tantum detentas expetierant, et hinc Jehova gratiosum populum reddidisse dicitur in oculis Aegyptiorum *cit. loc.* Quamquam etiam alio modo defendatur a Theologis casus. Conf. Gro. *de j. b. et p. l.* 1. *c.* 1. *th.* 10. et *l.* 2. *c.* 7. §. 2.

Specialis hic superest istius materiae in jure casus
19 de servitute altius tollendi, quem tetigisse sufficiet. Si scil. quis plane nolit servitutem altius tollendi concedere, cautum erit, ut illam civilibus verbis et donationibus emuleam, ut ad certum mihi tantum tempus aedificium tollere concedat precario, pro lubitu ipsius. Ille precibus meis persuasus concedit precarii loco, juris sui nimium, imperite tamen, confisus, quasi precarium illud semper a se revocari possit. Verum multum fallitur cum servitus haec ad tempus constitui non possit; licet enim obstet exceptio pacti vel doli *l.* 4. *ff. de servitut.* Anton. Faber. *conject. l.* 19. *c.* 6. 7. Puto tamen eam tantum utilem esse ad interesse consequendum, cum specialis in hac servitute ratio obtineat: ne urbs ruinis deformetur; quod alias eveniret, si altius extructa domus destrueretur. Conf. *l.* 1. *pr. ff. de tigno juncto et* dn. Brunnem. *in comment. ad d. l.*

Mandatum originem suam ex officio atque amicitia 20
trahit, et nisi gratuitum, nullum est, ita naturam ejus ad civilitatis fundamenta redigente Paulo *l.* 1. §. 4. *ff. mandati* Conf. Baldus *ad rubricam ff. eodem* hinc illud etiam merae voluntatis dicitur. *l.* 17. §. 3. *ff. commodati,* et eapropter a Franck. *ad tit. ff. mandat. n.* 5. per commissionem ab amico voluntarie susceptam definitum. Quibus praemissis constat, mandati naturam civilissimam esse, non tam ratione ejus qui mandat, utpote qui non tantum rogativis sed et imperativis verbis uti potest, *per d. l.* 1. *ff. mandati et l.* 23. *ff. de acquirenda haeredit.* Conf. Donell. *l.* 13. *c.* 10. Franzk. *d. l. n.* 6, cui accedit, quod ipsius gratia ut plurimum mandatum constituatur; quam ratione ejus qui exequitur mandatum *arg.* §. 1. *juncto.* 6. *inst. mandati.* Tiraquell. *in tract. cessante causa. p.* 1. *n.* 23. Conf. dn. Praeses *in notis ad* §. 3. *inst. mand.* Licet enim mandatarii interesse concernat saepe ibi tamen illud tantum vel contingit non ex intentione sed consequenter, dum scil. ratione meae gestionis mandatarii interesse concurrens incipit Struvius. *s. j. c. ex* 22. *th.* 8. Frantzk. *d. l. n.* 52. vel si mandatarii praecedens interesse intendatur, semper conjuncta sit oportet mandantis utilitas, alias nihil operabitur §. 6. *inst. et l.* 2. §. *ult. ff. mandati* Conf. Struv. *ibid. th.* 1.

Diffusa vero est mandati species, ut per omnes fere 21
ambulet contractus; est enim ratione mandantis declaratio voluntatis ad praestationem quamcumque ab alio faciendam, ratione mandatarii est ipsa praestatio operae a mandante desideratae. Et sic sub quovis contractu ejus tacita tractatio sufficeret. Grotius *de j. b. et p. l.* 2. *c.* 12. *th.* 2. Sed cum effectus mandati a caeteris contractibus diversi a jure civili statuantur, operae pretium erit, eosdem et hic examinasse. Et primo quidem ut ad civilitatis proficuae examen eas redigamus, certum est, ex jure civili mandatarii civilitatem in suscepto sponte et gratis negotio non debere esse damnosam, dum mandans (1.) Ei ad indemnitatem praestandam tenetur *l.* 15. *in fin. ff. mand.* Conf. Grotius *de j. b. et p. l.* 2. *c.* 12. *th.* 13. *n.* 1. (2.) Ad expensas refundendas, licet res inutilis fuerit facta mandanti *l.* 56. §. *ult. eod.* Surdus *in tr. de aliment. tit. qu.* 121. *in fine* Frantzk. *ad tit. ff. n.* 86. (3.) Damnum praestandum, quod quavis culpa mandantis datum *l.* 26. §. 7. *ff. eod.* §. 8. *inst. h. t.* Conf. Anton. Faber *l.* 3. *conj. c.* 5. et (4.) quod casu fortuito ex ipso negotio datum, alias non acceptum *l.* 26. §. 7. *eod. et l.* 61. *ff. de furtis* Conf. Menoch. *cons.* 58. *n.* 61. Frantzk. *d. l. n.* 89. Sed insuper de eo tantum disquiritur, an praeterea mandatarius utilitatem sibi positive ex suo negotio acquirere possit. Nimis contraria videtur *l.* 36. §. 1.

ff. mandati, ubi expresse vetatur lucrum acquirere, eo quod mandatum gratuitum esse debeat, et contraria sit officio civilitatis merces *l.* 1. §. 4. *ff. mandati*, hinc facile in contractum locationis conductionis degenerare potest, *d. l. et* §. *fin. inst. eod.* vel alium quemcumque contractum, Schneidew, *in not. ad d.* §. *fin. institut. n.* 1. et sic omni commodo mandati privatur, dum in locatione conductione casus pocet facienti *l.* 38. *ff. locat. cond.* Confer. Frantzk. *ad d. l. n.* 190. Donellus *l.* 13. *c.* 9. *pr.* Ergo ut civilitati suae consulat mandatarius, non mercedem, sed salarium seu honorarium sibi constitui patiatur, sive illud sit incertum, sic non quidem actione mandati per *l. salarium* 7. *ff. mandati.* sed extra ordinem per implorationem officii judicis nobilis illud consequi potest. Schneid. *ad* §. *fin. I. mand. n.* 6. *conf. l.* 4. *ff. de ext. ord. cogn.* praesertim si multum laboris et curae in negotio mandati intercedat; natura enim debetur, habetque aequalem rationem, quam *lex Aquilius* 27. *ff. de don.* Conf. Menoch. *cons.* 228. *n.* 20. Frantzk. *n.* 27. *ff. mandati* Wissenb. *th.* 16. *eod.* sive certum sit (quod semper securius in praxi cum mandans saepe tam civilibus verbis deluire possit mandatarium, ut ex generalitate promissorum nihil certi concludi possit: qualis civilis loquendi modus esse solet, *Er woll dieses mit würcklicher Danckbarkeit oder mit einem Gratial zu remuneriren wissen.* Dn. Praeses *caut. contr. s.* 2. *c.* 11. *th.* 21.) ubi nihilominus actionem mandati habet, nam mercedem quidem respuit mandatum, quia illa pro exaequatione et compensatione laboris promittitur, sed honorarium ex gratitudine tantum, remunerationis causa promittitur Bachov. *in treutl. vol.* 1. *disp.* 27. *th.* 1. *lit. e.* Sicut enim donatio nulla est, promissa mercede, et tamen si propter rem aliquam gratis et sine mercede suscipiendam detur, non propterea definit esse donatio per *l. Aquilius* 27. *ff. de Donat.* ita nec mandatum vitiatur, licet mandatarius intuitu remunerationis mandatum susceperit et ab initio de remuneratione conventum sit. Molina *tr.* 2. *de just. et jure disp.* 548. *n.* 2. *et alii ddres quos allegat* dn. Brunnem. *comment. c. ad l. adversus j. mandati n.* 4.

22 Ad mandati speciem quoque referri potest, notabilis illa et frequentissima in vita communi de modo pecuniam vel aliam rem transmittendi: praescribendo vel eligendo. In quo cavendum sibi esse docet dn. Praeses *caut. contr. s.* 2. *c.* 11. *th.* 20. ne quis facilis sit in modo transmittendi praescribendo. Qui enim modum praescribit, ejus periculum sustinet, sive is sit v. c. creditor seu debitor vel alius quisque *per l. eum qui* 10. §. 1. *ff. commod. et l.* 12. §. 1. *ff. eod.* adeo ut nec sufficiat, si v. c. debitor pecuniam ipsi tabellario dederit ad creditorem perferendam, si ille a latronibus spoliatus sit, nisi creditor expresse ad pecuniam perferendam tabellarium miserit vel elegerit. Carpzov. *p.* 4. *jurispr. const.* 41. *def.* 12. Gomez. *tom.* 2. *resol. c.* 7. *n.* 3. Zoesius *ad tit. commod. n.* 13. nec quoque sufficiat, si creditor modum praescribendi ex civilitate debitori remiserit. *Er moechte das Geld bey der ersten sicheren Gelegenheit übersenden.* Dn. Praeses *cit. loco*, imo nec sufficiat, si illi tradatur, qui admonendi vel interpellandi tantum gratia missus est. *d. l.* 12. §. 1. et Boerius *dec.* 82. Ergo securius semper agetur si humanitatis formulis inter se certent, dum sc. alter alterius arbitrio et beneplacito id commissum velit, *Er erwarte hievon dessen Befehl. Er überlasse es seiner klugen disposition*, sic qui superior humanitate fuerit ita ut alterum ad praescribendum transferendi modum persuaserit, superior quoque erit in utilitate consequenda h. e. in metu damni vel periculi evitando. Carpz. *p.* 4. *const.* 41. *def.* 12. *et alii quod vid. in caut. cont.* Non obstat enim, quod hic quasi is suo juri renunciasset, qui in alterius arbitrium contulit dispositionem, eo ipso enim summam elegisse videtur fidem et curam ejus, quem prudentissimi et diligentissimi elogio affecit, qui dum recusare potuisset, nihilominus tamen in se recepit *arg.* 16. *l. ff. sctum maced.* Hinc etiam ad casum fortuitum ex culpa levissima oriundum se adstrinxisse videtur *arg. l. nam salutem* 3. §. 3. *ff. de offic. praef. vigilum* Brunn. *ad h. l. fuse in comm. ff.*

Ultimam contractuum mere civilium absolvet speciem 23
depositum, quod ab utili civilitate sua ita describit Grotius *l.* 2. *c.* 12. *th.* 13. *n.* 1. *Depositarius* inquit *praeter fidelitatem nihil recipit, ideo si depositum perit, non tenebitur, non rei ratione, quia accipiendo beneficium non accepit, sed dedit.* Ergo multis modis sibi cavet depositarius, ut si deponens civilitate aliqua suae utilitati consulat, ille contraria suis quoque commodis invigilet. (1.) Esto, si deponens pretium vel honorarium obtulerit, quo ipso non tantum ad latam, sed etiam levem culpam obstrictum sibi habet, depositarium *per l.* 32. *ff. depositi l.* 5. §. 2. *ff. commodati.* cum sic depositum immutetur in locationem conductionem *l.* 1. §. 9. *ff. depositi.* Trentac. *l.* 3. *tit. deposit. res.* 2. *num.* 11. Mantica *de tacitis et amb. convent. l.* 10. *tit.* 9. *n.* 12. nec sufficere hic speciosius honorarii nomen ad exclusionem levis culpae docet dn. Praeses *caut. contr. s.* 2. *c.* 3. *th.* 8. Conf. *jus culm. l.* 4. *tit.* 3. *c.* 1. *verbis final. und doch kein Geld. oder Belohnung darvor nehmen.* Conf. *l.* 4. *tit.* 7. *c.* 9. cum honorarium ad majorem diligentiam invitare debeat, quae alias gratis praestanda esset. Ergo modeste pretium illud et honorarium recuset aut aliter pacto sibi prospiciat; dn. Praeses *cautel. contr. cit. loc.* alias omnia depositarii privilegia amissurus. Nam finito deposito non denegatur ipsi negotiorum gestorum actio. Molina *de j. et j. tr.* 2. *disput.* 269. qua tacite cum meliori effectu consequitur id, quod expresse paciscendo honorarium consequi non licet (2.) Si depositum in depositarii utilitatem vel totam vel participatam conferre se civiliter contestetur deponens, sic pro varietate circumstantiarum iterum non tantum ad levem culpam, sed et levissimam, ex ratione *l.* 18. §. 1. *ff. commodat.* obstrictus erit depositarius; Trentac. *d. l. n.* 5. Lauterbach. *ad tit. depos.* §. 2. Corasius *l.* 4. *misc.* 21. imo etiam ad casum fortuitum praestandum tenebitur, *l.* 4. *pr. ff. de reb. cred.* cum ex deposito quasi mutuum factum fuerit, praesertim in pecunia depositi. Frantzk. *ad tit. depos. n.* 33. ubi tamen cavebit sibi deponens, ne ultro offerat depositi usum, sed tunc demum, si ipse depositarius usum sibi concedi roget, statim eum concedat, *Er moechte es gebrauchen, es stünde zu seinen Diensten*, sic mox in hunc devolvitur periculum, etiamsi nondum moverit *per l* 9. §. *fin. ff. si certum petatur*, retentis quoque depositi privilegiis. Dn. Praeses *caut. contr. s.* 2. *c.* 3 *th.* 9. Ergo depositarius et hanc civilitatem modeste et civiliter recuset, si a culpa et periculo se liberatum velit, praesertim re nondum loco mota, et tempus necessitati suae

expediet, qua petitorum se depositi usum declaret; *wen ers würde benoethiget seyn, alsdenn würde er sich erkühnen drum anzusprechen*, sic interea cessat metus periculi aut culpa, per dict. textus *l.* 4. *ff. de reb. cred. et l.* 9. *fin. ff. eod.*

21 Quae praeterea circa servandum depositum concurrat civilitas, eamdem juncta commodati tractatione una quaestione absolvere licebit, quam Lessius movet *de just. et j. l.* 2. *c.* 27. *dubio* 6. *et l.* 2. *c.* 7. *dub.* 8. *Utrum commodatarius et depositarius possint praeferre res suas rebus commodatis et depositis, si utrasque salvare nequeant, aut, si praetulerint res depositas vel commodatas, id ex civilitate faciant, et quae inde civilitatis merces sit?* Generaliter quidem ex jure naturae nec depositarium nec commodatarium teneri posse puto, si quocumque modo rem suam etiam viliorem prae alia eripiat periculo Lessius *dict. dub.* 7. *n.* 38. 39. nisi ex dolo aut lata culpa; res enim perit suo domino, charitasque sui ipsius nunquam majorem in re altena custodiam, quam in re propria desiderat. Cui favori subveniente periculi casu renunciatum esse non videtur. Quod fuse ulterius argumento a precario ad commodatum probatum *vid. in Lessio cit. loc.* Ergo jure naturae tantum civilitatis erat: ex lege gratitudinis, quia aequitas postulat, ut is, qui utilitatem ab aliquo habet, eamdem contraria compenset h. e. ea diligentia, ne domino pereat, *idem n.* 43. gratitudo vero non necessitat, sed tantum pudorem provocat. Positis tamen legibus civilibus, alia videtur decidendi ratio, distinguendo, cujus utilitatis gratia contractus fuerit initus. Hinc si res tua tantum h. e. domini causa apud me fuerit, quod evenit in deposito, utique ex mera tantum civilitate edm libero. Molina *de just. et j. disp.* 296. *tom.* 2. Bonacin. *de contr. disp.* 3. *q.* 6. Fagund. *de just. et contr. lib.* 3. *c.* 10. *n.* 16. Less. *cit. l. n.* 41. et in eo civilitatis meae lucrum sentio, quod rei meae amissae valorem actione negotiorum gestorum repetere pos-
23 sim. Non enim postulat aequitas, ut ego damnum sustineam, quod tui solius causa obvenit, rebus tuis salvis Lessius *l.* 2. *cap.* 17. *dub.* 6. *n.* 24. nisi res deposita sit pretiosior; tunc enim ex lata culpa tenerer, quia non solet diligens paterfamilias rem viliorem prae pretiosiori eripere periculo *citat. ddres.* Nec aliam juris culmensis decisionem puto, cum aequalem tantum, quam rebus suis, non majorem exigat diligentiam, qualiscumque illa sit. *l.* 4. *tit.* 3. *c.* 5. *in fine.* In re vero tua, quae mei tantum causa apud me est, illam utique semper praeferri debere, et si mea pretiosior fuerit, praeferri hanc quidem posse, sed cum animo compensandi, docet Lessius *cit. dub.* 6. *n.* 24. quod evenit in commodato. Quod et *jure culmensi* verum videtur, ubi exactissima diligentia, ob usum proprii commodi desideratur. *l.* 4. *tit.* 2. *c.* 1. Ubi vero communis est utriusque utilitas, in re aequali praeferenda est mea, *idem* Less. *n.* 29. Si vero pretiosior fuerit eamdemque servavero, vi rationis, qua paterfamilias pretiosiorem prae minus pretiosa servat, id facio cum compensatione excessivi valoris rem minus pretiosam, ob jus utrinque aequale. Conf. fusius Molina *tom.* 2. *disp.* 286. *cit. auctores et inter eos* Fagund. *cit. loc. n.* 15.

26 Cum vero in ipso jure occasione mandatariorum et procuratorum de negotiorum gestoribus statim subnectatur tractatio, Struv. *syntagm. jur. civ. ex.* 7. *th.* 45. eamdem quoque hic, ut capiti praecedenti maxima convenientem, brevibus et nos subjiciemus. Agnoscit itaque hic contractus innominatus, negotiorum gestio, civilitatem ipsam pro fundamento, ex eo, quod nulla praevia obligatione, sed tantum amicitiae intuitu suscipiatur *l. tutori* 20. *c. neg. gest.* Oldend. *class.* 4. *act.* 25. *pract.* 3. *p.* 724. eo fine, ut magna absentium utilitas promoveatur, nec indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur, vel pignoris distractionem, fert possint ~~[illegible]~~ actionem vel injuriarem suam amittant *l.* 1. *et* 3. *ff. neg. gest.* Buch. *ad h. t. c.* 1. *n.* 1. Cujus civilitatis intuitu variis privilegiis donarunt ipsum negot. gestorem jura, qualia sunt: (1.) Quod dolus tantum et lata culpa veniat praestanda, si affectione h. e. civilitate permotus negotiis se obtulerit ultro gerendis *l.* 3. §. 9. *ff. n. g.* Conf. Oldend. *cit. class.* 4. *act.* 25. *pr.* 3. *n.* 1. (2.) Quod non incumbat ei omnium rerum administratio, sed earum dumtaxat, quas suscipere maluerit, quoniam satis abunde sufficit, si cui vel in paucis amici labore succurratur, *d. l. tutori* 20. *c. neg. gest.* Oldend. *c. l. n. ult.* Hering. *de fidej. c.* 20. §. 33. *in fine.* (3.) Quod negotium utiliter gestum esse sufficiat, licet utilem non habeat eventum *l.* 10. §. 1. *ff. eod.* Molina *disp.* 554. *n.* 2. Nam si intentio bona gerentis, et res domino utilis, quoad speciem et communem opinionem, non finis sed principium considerandum. Gail. *lib.* 2. *obs.* 8. *n.* 3. Zoes. *ad tit. ff. neg. gest. n.* 12. E. e contrario illi, quos non civilitatis affectionis respectus ad neg. gest. invitat, quin potius qui lucri sui causa et amici depraedandi ad illa accedunt, non recuperant expensas, nisi ex iis dominus rei locupletior est factus. *l.* 6. §. 3. *ff. neg. gest.* Molina *disp.* 554. *n.* 3. Dn. Brunnem. *in comment. ff. ad d. l.*

Et haec quidem de voluntaria negotiorum gestione, 27
an vero eadem privilegia necessariae debeantur, litigatur inter ddres. Affirmativam vult Bachov. *disp.* 2. *ad Treutl. th.* 2. quem tamen dn. Brunn. pro negat. refutat *in comm. c. ad l.* 20. *neg. gest. n.* 10. 11. 12. in quam posteriorem ideo lubentius compromitto, quod major semper civilitatis haberi debeat respectus, quam necessitatis *arg. l.* 3. §. *interd. ff. neg. gest.* Ad hanc vero cum etiam tutelae administratio referatur, notari merebitur civilitatis proficua cautela, qua sibi valide consulere possint tutores. Certum enim est, non tantum jure civili, sed etiam statutis plurimorum locorum et inprimis jure culmensi, actionem tutelae non tantum contra ipsum tutorem sed etiam illius haeredes dari *l.* 3. §. 7. *ff. neg. gest.* qua bi etiam ad rationes reddendas obligentur *l. fin.* §. *fin. c. de haered. instit. conf. jus culm. l.* 4. *tit.* 14. *von Vormundschafften c.* 7. *verb. Ist aber der Vormund gestorben, so hat der Unmündige seine Erben zu besprechen etc.* Quo ipso ex ignorantia gestorum a patre negotiorum maximis saepe afficiuntur damnis. Itaque ut ipsos haeredes a rationibus reddendis et exinde damnis ensuris liberet, commendatur civilitas proficua, nimirum, ut ipse tutor saepe ad rationes reddendas se sponte offerat, et eum, cui reddendae sunt, amice admoneat, ut rationes hasce reddendas a se recipiat. Stricto quidem jure ad id non tenetur, nisi finita tutela *l.* 9. §. 4. *et ult. ff. de tutel. et ration. distrah.* sicut et *ipso jure culm. l.* 4. *tit.* 14. *c.* 4. expresse cautum, ut ad instantiam demum ad

rationes reddendas cogatur. *Und ein Vormund soll den Kindern, der Mutter, oder den nechsten Freund, wo mans von ihm begehret, alle Jahr zurechte rechnen, was mit dem Guth gethan ist.* Si igitur sic admonita mater, vel liberi vel propinqui recusent, in mora constituuntur, videnturque mortem intoris expectare, ut saepe fit, ut eo facilius haeredes, qui in probabili ignorantia versantur, illaqueent, habenturque [illegible] reddendae pro redditis, quia per tutorem non stetit, sed per ipsum, cui reddendae rationes. Mascard. *concl.* 1263. *n.* 13. Menoch. *l.* 2. *praes.* 91. *n.* 6. Mevius *p.* 4. *decis.* 110. *aliique ddrct* quos allegat. dn. Brunn. *in comm. ff. ad l.* 3. §. 7. *n.* 8. *neg. gest.* Quamquam contrarium velit, Carpz. *decis.* 125. Dicta tamen intelligenda puto de pupillo adulto, Brunn. *cit. loc.* vel si mater aut propinqui, quibus oblata rationum redditio, sint solvendo, sic enim propter horum culpam majorem, beneficio ordinis se ad minimum tutari possunt tutores veri *arg. l.* 3. §. 7. *ff. de adm. et peric.* Sunt enim mater vel amici non tantum in culpa, quod acceptas recusaverint, ad quas tamen stricto jure teneri videntur *arg. d. c.* 4. *j. c.* praecipue si simul honorarii tutores sint constituti *Ober-Vormünder l.* 3. §. 2. . *e admin. tut.* quales quidem juste praesumi omnes proximiores puto jure culmensi, cum officia honorariorum subeant *cit. c.* 4. *et* 7. Ab ipsa vero culpa: ut supra dictum, se veri tutores per oblationem reddendarum rationum jam liberarunt.

CAPUT IV.

De civilitate proficua circa contractus permutatorios.

SUMMARIA

Contractus permutatorii non civilitatem inter homines, sed necessitatem praesupponunt, hinc ad jus gentium ex necessitatibus introductum referuntur. Annon adversentur ad civilitatis proficuae casus redigi? n. 1.

Emptionis venditionis prima cura in personis contrahentium dijudicandis: ut cum minore validissime supra omnes cautelas contrahi possit, prodest civilitas sola. n. 2.

Prodest eadem in contractu medici cum aegroto, contra l. 8. *ff. de extraord. cogn. n.* 3.

Cur in praeside jure civili, et capitaneo jure culmensi prodesse non possit civilitas, nec eadem in advocato, ratio examinatur. n. 4.

Secunda cura rerum. Beneficia ecclesiastica, beneficio civilitatis proficuae alienari possunt. n. 5.

Venditor ut se a levi culpa liberet, juvatur a civilitate proficua. Contra l. 1. §. *pen. ff. de p. et c. r. v. commendatur civilitas proficua a* b. Brunn. *emptoris civilitas proficua, qua venditor ad levissimam culpam adstringatur. n.* 6.

Emptoris civilitas proficua, qua periculum et vitii invisibilis et visibilis evitare licet. Juris culmens. decisio. Contraria tamen venditoris civilitas illam eludit et huic proficua fit. n. 7.

Fides habita a venditore in contractu magnum civilitatis argumentum est, an vero haec proficua esse possit quaeritur? affirm. Nec minus civilitatis indicium in emptore est anticipata solutio. An vero et haec proficua esse possit? aff. itidem. n. 8.

An civilitas nociva sit, an vero proficua in eo, qui in contrahentis arbitrium pretii determinationem confert? Aff. post contra Donellum. Idem de ejus modestia sentiendum, qui tertii arbitrio illam committit. n. 9.

Ad civilitatem proficuam referuntur arrhae, tam in contractu vend. quam locat. operarum. Effectus eorum utilissimus jure culm. majoris civilitatis et quidem proficuae argumentum est pars pretii in antecessum soluta. Ratio in anticipata solutione. n. 10.

Remedia civilitatis proficuae contra l. 3. *c. l. cond. ne expellatur conductor, licet pensionem non solverit. Non obst. l.* 23. *ff. de recept. qui arb. n.* 11.

Item ad removendam causam, si dominus reficere velit. Abusus hujus civilitatis proficuae in improbis conductoribus. Contra locatorem rigidum, qui nihil vult restituere impensarum, cautela civilitatis proficuae commendatur, praesertim jure culmensi. n. 12.

Ad levissimam culpam obligare conductorem, docetur ex dictamine civilitatis proficuae, ex qua legalitas contractus socidae fluit. n. 13.

Ad faciliorem crediti repetitionem prodest civilitas in concedenda debitori potenti domus conductione, quid jure culmensi? n. 14.

An noceat famulo civilitas, qui pretii determinationem arbitrio domini commisit? Neg. Quomodo facienda a domino? Quid si famulus ex mera domini civilitate receptus? quid si vero hanc majori civilitate iterum superet famulus? Ut locator operae ad periculum rei teneatur, duplex civilitatis proficuae cautela conductori commendatur. n. 15.

Societatis brevis explicatio. Prima rerum communio consistere potuit ex causa suasoria civilitatis proficuae. n. 16.

Societas habet aliquod civilitatis argumentum prae reliquis permutatoriis. Leonina non admittitur propter causam incivilitatis. Nisi in certis casibus. An qui donandi animo societatem iniit, nihilominus quid possit accipere in compensationem civilitatis suae? n. 17.

Alterum civilitatis argumentum in societate, hinc prodest illa christiano qui societatem cum judaeo contraxit. An jure culm. idem obtineat? n. 18.

In cambio magna esse docetur respectu transantis et acceptantis civilitas, justaque in illo est, quae proficua: refutatur contraria opinio: specialis acceptanti commendatur civilitas proficua, eaque duplex, si is de satisfactione oblata quodammodo dubitet. Mercatores civilitatem suam in anticipata solutione pacto sibi reddunt proficuam. n. 19.

Assecuratio ut effectum habeat, prodest maxime civilitas, ne scil. resilire assecurator possit. n. 20.

Verbalibus contractibus quomodo succurratur per civilitatem proficuam? Transactionis civilitas ex

l. 4. §. 1. ff. de alien. jud. mut. probatur, ejusque utilitas subnectitur. Quousque admittatur et prohibeatur jure culmensi? n. 21.

1 Et hactenus quidem de contractibus simplicibus beneficis; postulabit ergo methodi ratio, ut ad permutatorios deveniamus, quibus certe non jam civilitas hominum seu mutua gratificandi affectio, sed necessitas et indigentia humana causa προκαταρτικη seu extrinsecus movens fuit initio statim, hinc ad illud jus gentium maxime referre merebuntur, quod exigentibus necessitatibus humanis introductum est. §. 2. *inst. de jur. nat. gent. et civ.* ideoque κατ' ἐξοχήν illi subjiciuntur *l. 5. d. de just. et jur.* Cum qua collata *l. 1. pr. ff. de contr. emp. vend.* naturam contractuum permutatoriorum totam exhaurit Hi itaque contractus cum ab utraque parte obligatorii sint, aequalitatem desiderant, ita ut ex inaequalitate jus oriatur minus habenti. *idem cit. c. 12. th. 8.* Ideoque minor hic videtur locus civilitati proficuae, quae ex intentione lucri proprii promovendi et hinc consequendi saepe damno alterius exercetur. Verum notum est ex praecedentibus, civilitatem non amittere sui naturam, quae conjuncta cum utilitate tertii, exhibenti simul prodest. Si tunc evenit, ut tertius ille vel negligat vel recuset beneficii acceptionem, jam non exhibenti, sed sibi id imputet, ex *l. non enim 16. ff. ex quibus caus.* quae non succurrendum esse negligentibus docet conf. Hilliger. *ad Donell. l. 21. c. 5. lit. k.* Mev. *p. 4. dec. 229. n. 2.* Exhibens vero civilitatem, vigilat, et hinc meliorem conditionem suam facit. Jus enim vigilantibus scriptum, juxta verba *legis. 24. in fin. ff. quae in fraud. credit.* Ex quo capite et modicam quamdam circumventionem non improbat jus civile *l. item si pretio. 22. §. fin. ff. locati conducti.* neque ideo aequalitatem in contractibus hisce servandam tollit, cujus neglectum negligens sibi imputet, modo tamen absit dolus. dn. Brunnem. *in comment. ff. ad d. l.* Covarruv. *l. 2. var. res. c. 3. n. 2.* neque laesionem tertii infra dimidium afferat *l. 2. c. de rescind. vend.* Pinell. *in tract. ad d. l. 2. p. 1. c. 3. n. 22.* Habebit igitur locum et hic civilitas proficua, praecipue cum illa in negotiis expediendis augeat maxime et incitet voluntates humanas, non decipiat. Fagundez. *in IV. praecepto decalogi*, licet majus exhibenti conferat commodum, quam tertio alicui.

2 Ut itaque ordine Gratiano procedamus, in antecessum contractus hos permutatorios placebit distinguere in permutatorios in specie sic dictos et communicatorios. Grotius *cit. l. th. 3. et 4.* Illorum primam speciem constituit emptio, venditio *l. 1. ff. d. contr. empt.* in qua prima quoque solicitudo incumbet contrahentibus, in qualitatem personarum inquirere dn. Praeses *cautel. contractuum. s. 1. c. 2. de cautel. circa personas* §. 1. Circa quam cum adsint plurimae legum prohibitiones, quae impediunt, quominus factum plane aut difficulter subsistat, saepe innocentissimo ob minus cautam circumspectionem idem damnum evenire potest, quod maxime doloso, jure externo interim ignorante, distinguere cogitationum malitiam a bonitate *arg. l. cogitationis. 18. ff. d. poenis.* Anton. Matth. *in proleg. crim. tract. d. 1. n. 5. 6.* Itaque praeter caeteras cautelas a ddribus suppeditatas, per civilitatis speciem succurri potest optime contrahentibus, ut subsistat contractus. Dum vero primo periculosae sunt cum minore emptiones venditiones caeteriique contractus, (sive enim is curatorem non habuerit, tunc valet quidem contractus, sed datur restitutio. Trentacinqu. *l. 2. tit. de min. resol. 1. n. 21.* Tuschus *pract. concl. jur. concl. 232. lit. m.* sive curatorem habuerit et sine consensu ejus contractum fuerit, tunc contractus est ipso jure nullus *l. si curatorem. 3. c. de in integr. restit. minor. jus culm. l. 4. tit. 1. c. 6. juncto tit. 14. c. 7. 8.* sive etiam curatoris consensus accesserit, nihilominus interdum obtinet restitutio in integrum *l. 2. et l. fin. si tutor intervenerit.* Sanchez. *de matrimonio l. 6. disp. 38. n. 11.* Sport. Oddus *tract. de restit. in integrum. qu. 22. art. 9. Idem jure culmensi l. 4. tit. 14. c. 7. et 8. verbis fin. Sondern er mag auch sein Gut fordern, ansprechen in was Gevalt er auch das findet.* Quin etiam si decretum magistratus interveuerit, probata laesione manifesta, non denegatur restitutio, quia ubi laesio manifesta regulariter cedit auctoritas judicis. Pinellus *ad l. 2. c. de rescindend. vend. l. 2. c. 2. n. 18. et alii ddres, quos allegat* dn. Brunnemann. *in comment. cod. ad l. 2. si tutor vel curator interveuerit.*) Civilissima et securissima cautela est, ut contrahens curam habeat, quo pecunia vel alia res in contractum veniens, in minoris utilitatem impendatur, sic enim rescripto divi Pii, suae quoque utilitati consulet, cum vi *l. 13. §. ult. ff. de condict. indeb.* et *l. 10. ff. de inst. act.* actio contra pupillum detur, eo quod ex civilitate utilitatem pupilli promoverit dn. Praeses *caut. contract. s. 1. c. 2. th. 19.* Nec puto in arbitrio hic esse pupilli vel minoris, an tunc contractui stare velit, vel non, quod volunt Molina *tom. 1. d. just. et j. tract. 2. disp. 224.* Anton. Gomez. *tom. 2. variarum res. 14. n. 1. aliique et post eos* Fagundez. *de just. contr. etc. l. 1. c. 12. th. 18.* praecipue si simul intercesserit tutoris vel magistratus auctoritas, quibus praesentibus si nulla laesio intercesserit, non datur restitutio: tunc enim demum tutoris vel judicis auctoritas nulla, si laesio pupilli intercesserit, ipse Molina *disp. 349. n. 13.* Carpz. *p. 2. const. 34. def 13.*

Contra medicos acerbae videntur leges *l. 3. ff. de* 3
extraord. cognit. l. 9. c. de profess. quibus si cum aegroto contractum inierint, obstat exceptio agentibus, meticulosi contractus, ad rescissionem ejusdem. Menoch. *cons. 2. n. 223.* nec hic sufficere laesionem non factam pro excusatione docent Fachin. *l. 2. qu. 25.* Pinellus *in l. 2. c. 2. n. 33. c. de resc. vend.* Verum non ita obstantes sunt leges utilitatibus medicorum, pront communiter explicantur Dn. Praes. *cautel. contr. s. 2. c. 8. th. 5.* Nam si a contrario argumentari licebit, concludendum utique erit, aliquem modum concedi extra prohibitum, quem hic civilitas proficua praebebit. In dictis legibus impedimentum, quod vitiat contractum, est metus incussus et compulsio expressa, quae procul dubio verbis austerioribus predita metum adversorum medicamentorum affert, prout hanc *l. 3. explicat* dn. Brunnem. *in comment. ad eamdem.* Qui metus tunc cessat, si medicus verbis civilibus et humanis emptionem ejus rei expetat, idem pretium quod ab aliis offertur, promittens. Non video, cur medico bona fide agenti hoc interdiceretur,

quod aliis non denegatum, Hunnius *vol. 2. resol. disp. 2. p. 1. th. 3. caut. contr. cit loco.*

4 Inter praesidem vel officialem et provincialem contractus empti venditi fuerunt prohibiti ideo, *juxta l. 46. ff. de contrah. empt.* sub poena amissionis rei et pretii *l. 11. c. de his quae vi metusve causa*, quod metus concussionis adesset in provincialibus, cui procul dubio occasionem praebuit inhumanitas praesidum priorum, qui ad venditionem simultaneam quasi vi supremae potestatis terrebant cives. Si enim civilibus id exegissent verbis, nulla ratio est, cur hi a jure communi excluderentur, cujus beneficio non nisi per delictum privamur. Verum quid tunc obtinet, si praesides post latam legem, bona fide, humanis verbis emptionem desideraverint, an non restituendum sit illis beneficium? naturalis quidem ratio in affirmativam non deest, sed circumstantiarum varietas nihilominus suspectam reddit praesidis civilitatem dolo sc. mixtam, qui cum per se metum concussionis non exerceat, per aliam tamen personam substitutam id ei exercere non difficile est *per d. l. 46.* Imo licet et haec fraus absit, tamen interdum lex accipit motivum ad irritandos simpliciter contractus, licet in factis proprie fraus non subsit. Fagundez. *de just. contr. l. 1. c. 4. n. 17.* Lex enim absolute loquens absolute intelligenda, licet in uno casu major sit ratio quam in altero Menoch. *cons. 74. n. 2.* Surdus *decis. 122. n. 1.* Cujus exempla in Calphurnia nobis praebet *l. 1. §. 5. ff. de postul.* Nec obstat, quae de medico supra allegata sunt, quia *d. l.* tantum casum compulsionis prohibet, non vero alios excludit. Praeseus vero *l. 46.* occasione concussionis omnem contractum praesidis prohibet, in praemunimentum fraudis, quae nulla in medico, positis jam terminis habilibus subesse potest. Verum hujus decisionis pauca hodie videtur utilitas, cum, licet praesidibus status imperii aequiparentur, non tamen eos tangat haec lex; Antonius Gomez. *tom. 2. variar. resol. c. 1. n. 1.* nisi ex jure lusitanico in Portugallia, de quo Fagundez. *l. 1. c. 21. pr.* vel apud nos; quando judicis auctoritate bona subhastantur, ubi tunc et judex et secretarius ab emptione arcentur. Anton. Matth. *in tract. de actionibus. l. 1. c. 10. n. 3. jure culmensi* aliqua videtur ejus superesse observatio in capitaneis, quibus venditiones emptiones, in civitatibus et praecipue minoribus *l. 4. tit. 5. c. 2. et seq. 3.* prohibentur. Idem de caeteris nobilibus *c. 2.* sentiendum, nisi per emptam habitationem oneribus civitatis se simul submiserint *c. 5. ejusd.* Cujus exemplum Vilnae in Lithuania exhibuit illustrissimus mareschallus m. ducatus Lithuaniae dn. pac. Nec vero advocato etiam contractum emptionis cum cliente suo ineunti, contra *l. 6. §. 2. c. de postulando.* ulla vel *proficuae civilitatis* cautela succurri posse puto, ob tantum odium ipsorum *inhumanitatis*, ut excoriatores eos pauperum et ex Bartolo canes curiarum et devoratores civium appellet Schneidew. *ad tit. inst. de action. §. tripli n. 10. p. 644.*

5 Circa res ipsas, quae ingrediuntur contractum venditionis, principio statim inquirendum, quae ingredi prohibeantur. Quae utut plurimae sint, quae eximantur commercio, de quibus vid. dn. Praeses *caut. contr. sect. 1. c. 3. fere toto.* unicus hic sufficiat nobis casus, quo hodie ex civilitatis proficuae cautela contrarium exhibetur. Notum est, in omnibus beneficiis ecclesiasticis transferendis et acquirendis magnam esse in jure canonico prohibitionem ob inhaerens peccatum simoniae *c. querelam. 15. X. de simonia.* et per alios textus, quos allegat Petrus Gregor. Tholosan. *in partitionibus juris can. l. 3. tit. 14. schol. lit. h.* Conf. Suarez. *de relig. tom. 1. l. 4. de simonia. c. 26. n. 8.* Ergo ut consulerent sibi beneficiati, varios colores adinvenerunt, dum distinguebant inter beneficium et in specie canonicatum et praebendam, quod sic non vendatur canonicatus, sed praebenda h. e. fructus tantum canonicatus. Dessel. *in erotem. juris. can. l. 3. tit. 5. quaest. 2.* Sed nondum satis utilitatibus suis prospexerunt praesertim decrepiti, dum non tantum lucrum ex venditione praebendae, quam ipsius juris spiritualis h. e. canonicatus acquirunt. Hinc ipso titulo venditionis abstinent, et civiliori *resignationis* termino utuntur, quod se. resignent canonicatum ad manus capituli in gratiam tertii. Sic non expresso venditionis nomine sub specie civilitatis obtinet haec alienatio, cum tamen revera venditio subsit, aut ad minimum contractus facio ut facias, aut des, dum interim ille, in cujus gratiam resignatum est beneficium, magnam pecuniae summam in compensationem gratiae et civilitatis exhibitae luit dn. Praeses *in notat. ad Dessel. cit. l.* Sed dubium tamen mihi videtur, an speciosior hic titulus omnem effugiat criminis simoniaci suspicionem. Quicquid tamen sit et hic juri externo litamus; pertinetque hue communis dictum practicum: quod publice moribus receptum, ejus imitatio non involvit delictum.

Porro vero, si constet jam rem aliquam neque na- 6
tura neque legibus prohiberi et ideo contractus de ea inter venditorem et emptorem initus fuerit, evenit saepe, ut alter eorum periculum vel levissimam culpam suscipere teneatur contra naturam contractus, duce hac in re civilitate proficua, regulariter quidem periculum substantiae perfecta venditione transit ad emptorem, licet res apud venditorem perierit, *l. 3. 7. 8. ff. de periculo et commodo rei venditae.* conf. Franzk. *ad tit. ff. de periculo et commodo.* n. 11. Struv. *syntagm. jur. c. ex. 23. th. 99.* Idem *jure culmensi l. 4. tit. 5. c. 8. vom Nutzund Gefahr des Kauffs.* dum interim venditor ad levem culpam tenetur ad talem scil. qualem commodatarius praestat, quae etiam tanta esse potest, ut levissimae aequiparetur, dum major saepe diligentia rei venditae quam suis praestanda exigitur. Dn. Brunnemann. *in parat. Wes. qu. 21. ff. de peric. et comm. rei vend.* quamvis contrarii sint Anton. Gomez. *tom. 2. resol. c. 2. n. 32.* Molina *de just. et jur. disp. 366. n. 12.* dum diligentissimi patris familias custodiam non exigunt. Ergo ut venditor ab hac se liberet, cautum est, ut, licet stricto jure ad rem venditam emptori vel tradendam vel transmittendam non teneatur, nisi ab illo interpellatus *per l. 17. ff. de pericul. et comm. rei vend.* ubi nec tunc curam transmittendi, sed simpliciter tantum dimittendi rem petitam praestat *l. 4. §. fin. et l. seq. 5. ff. eod.* civilius agat, offerendo vel transmittendo rem venditam, sic si emptor recipere recusavit, venditor ipso jure se liberat a levi culpa, et tantum de dolo tenetur, periculo interim ex levi culpa quoque venditoris in emptorem ut morosum translato, Thabor *ad Barbos. l. 13. c. 4. axiom.* Eodem pertinet, si emptor in mora fuerit vini a vendi-

tore tollendi, ubi tunc si hic vindemiarum tempore ipse doliis opus habuerit, stricto jure effundere potest vinum doliis contentum *per l.* 1. §. *pen. ff. eod.* quia, dum in mora est venditor, ejus quoq; est periculum *per d. l. conf. jus culm. l.* 4. *tit.* 5. *c.* 8. humanius tamen agere venditorem docet Dn. Brunn. *in parat. Wes. qu.* 25. *ff. eod.* si id negligat, cum nihil damni inde sentiat, sed petendo interesse eamdem utilitatem consequatur *per l.* 4. §. *fin. et l. seq. ff. eod.* Franzk. *in ff. ad h. t. n.* 44. ut vero e contrario emptor ipsum venditorem ad levissimam ipso jure, imo etiam ad periculum suscipiendum ex culpa levissima in omittendo oriundum adstringat, contraria occurrat civilitate, venditori usum rei concedendo, vel mercedem aliquam pro custodia promittendo. Sic vel ex commodato vel locato venditor emptorem ad majorem obligatum habebit culpam, quam ordinario, dum culpae praestandae ex multis titulis combinatae laevissimam producant oportet, imo etiam periculum incendii, furti, exigant, quae raro sine levissima culpa committuntur *l.* 11. *de peric. et comm. et l.* 3. §. 1. *ff. de offic. praef. vig.* ad quam praecipue in omittendo non tenetur quis nisi ex natura contractus Mascard. *concl.* 893. *n.* 9. qui hic non est empti venditi Gail. *lib.* 2. *obs.* 21. *n.* 3. Menoch. *lib.* 2. *arb. quaest. qu.* 390. sed locati vel commodati talem diligentissimam custodiam exigens. Fagundez. *de just. et contr. l.* 1. *c.* 10, *n.* 14.

7 In periculo accidentium circa rem venditam communis ddrum decisio hic obtinet, utrum vitium fuerit visibile an invisibile, quorum illud emptori nocet *l.* 1. §. 6. *ff. d. aedilit. edict.* Mevius *p.* 4. *dec.* 49. licet de eo emptor non sit admonitus dn. Praeses *tract. de jur. sens. disp.* 1. *c.* 3. *n.* 41. 42. Non enim semper quicquid tibi audire utile, idem mihi dicere necesse est. Diogenes Babilonicus *apud Grot. de j. b. et p. lib.* 2. *c.* 12. *d.* 9. *n.* 1. Hoc vero, vitium scil. invisibile, venditori nocet, nisi ex observatione affectuum quorumdam visibile reddatur. Quod in porco grandinoso, *wen es Finnen hat*, equo mucoso, *wenn es rotzig ist etc.* obtinere probat Carpzov. *jurispr. forens. lib.* 2. *const.* 34. *def.* 16. *cit. tract. n.* 44. ubi limitationem tamen adjectam vide de perito artis et imperito n. 45. Ergo dum emptor se ita imperitum agnoscit, ut nec vitio visibili distinguendo par fuerit, consulit sibi saepe, si accuratiorem rei emendae contemplationem neglexerit, civilitatis specie id adumbrans, dum nolle se causetur inquirere in bonitatem, eo quod bonam fidem (de cujus habitae civilitate proficua exemplum a contrario nocivum vide de eo, qui fidem agnoscere recusans sigillo impresso certitudini rei invigilat in dn. Praesidis *caut. contr. s.* 2. *c* 8. *d.* 24.) emptoris agnoscat; in equo sibi omnibus partibus absoluto tradendo, *Er traue ihm dess allen als einem ehrlichen Mann.* Tunc licet se constituat in negligentia, venditorem tamen simul in dolo constituit, quo hic sciens rem omnibus partibus perfectam affirmaverit, vel expresse vel non contradicendo assertioni emptoris. Alex. *cons.* 14. *n.* 4. *vol.* 5. Dolus enim hic venditoris praeponderat culpae emptoris. Surd. *decis.* 149. *n.* 10. Conf. *tract. de jure sens. cit. l. n.* 44. Brunnem. *ad l.* 14. §. *ult. ff. de aedilit. aedict.* Nam qui aliud promittit quam scit rem aliter se habere, mendacium in empt. venditione committit mortale, Fagundez. *de just. et contr. l.* 5. *c.* 27. *n.* 5. Molina *tom.* 2. *disp.* 346. Nec obstat *l. sciendum.* 19. *pr. ff. de aedil. ed.* quae de commendatione non affirmatione loquitur, quamquam et hic in foro conscientiae teneri commendatorem statuat dn. Brunnemann. *in comm. ff. ad d. l.* 4. Eadem videtur *juris culmensis* decisio, quae omnem venditorem indistincte condemnat, qui scienter et dolose *wissentlich und fürsetzlich* vitium tacet *l.* 4. *tit.* 5. *c.* 11. *coll. cum tit.* 12. *c.* 3. Ideoque nec protestationem, se nolle teneri de eo vitio; si sciverit, utpote fraudulentam prodesse venditori docent Surdus *decis.* 146. *n.* 9. Trentacinq. *l.* 3. *tit. de empt. resol.* 11. *n.* 6. nisi et hic civilitatem proficuam admiserim, qua praeter hanc protestationem expresse subnectatur remissio partis pretii, quia tunc cessat actio quanti minoris, qua actor partem pretii restitui sibi vel remitti tantum petit, ob vitium rei vel defectum affirmatae qualitatis. Dn. Brunnem. *in parat. Wes. qu.* 20. *ff. d. aedil. edicto.* quam partem pretii jam antecedenter habuit emptor ex dicta remissione partis pretii.

Ad secundum vero contractus requisitum dum devenimus, pretium sc. occasione ejus duplicem nobis exhibet de civilitate proficua circa illud quaestionem Lessius *de just. et jure l.* 2. *c.* 21. *dubit.* 6. *et* 7. (1.) Cum fides habita non praesumatur et semper in venditione tacita subsit conditio, si pretium solutum, qua cessante dominium non translatum §. 41. *inst. de r. d.* Franzk. *ad tit. de act. empt. ff. n.* 8. Gail. *l.* 2. *obs.* 15. *n.* 6. Conf. dn. Praes. *Justus in tract. caut. contr. sect.* 2. *c.* 8. *th.* 24. Magnum civilitatis argumentum est in venditore, si non accepto statim pretio fidem habeat, *wenn Er die Wahre borget, oder auf credit ausgiebet, juxta d.* §. 41. *instit. de r. d.* praesertim, si emptor pecunia in praesens destitutus aliter sibi consulere nequeat. Quaeritur ergo: *annon venditor in compensationem civilitatis suae propter dilatam solutionem seu creditum carius rem vendere possit, quam vendi soleat praesenti pecunia?* h. e quod Germ. exprimitur. *Ob man Wahren auf credit höher anschlagen kan.* Et putat Lessius id non injuste affirmandum esse (1.) ob rationem lucri cessantis vel damni ex illa dilatione seu credito venditione emergentis *ibid. n.* 53. *et c.* 20. *dub.* 1. Conf. Grot. *lib.* 20. *c.* 12. *th.* 14. *n.* 2. Sicut enim in mutuo ob hanc causam licet ultra sortem exigere, ita in venditione supra justum pretium, quia dilatio solutionis est quoddam mutuum implicitum *Lessius ibid.* (2.) in remunerationem officii, cum in gratiam alterius res hoc modo vendatur alias non vendenda Grot. *all. l.* (3.) In compensationem justi periculi sortis, quod subit mercator credito vendens, cum eadem hic ratio quae mutui, item molestiarum expensarum, quas timet mercator in recuperanda sorte. Joan. Medina *c. de resp. quaest.* 38. Petrus Navarra *l.* 3. *c.* 2. *n.* 110. *et alii quos allegat* Lessius *cit. l. n.* 51. Nec metus hic est usurariae pravitatis. Nam ubi metus incertitudinis, damni emergentis vel lucri cessantis, quod hic evenit, ibi cessat dispositio de usuris. Hinc sequitur utilius esse semper emptori si praesenti pretio rem emat, *Wenn er auff baar Geld handelt*, procul dubio tunc minoris aestimandam. (2) Quid si vero ulterius pergit Lessius *seq. dubit.* 7. emptor anticipet solutionem, *wenn er voraus zahlet*, ad quod jure non tenetur *per l. bona fides.* 50. *ff. de act. empt. idem jure culm. l.* 4. *tit.* 5. *c.* 6. sed civilitatis certe specimen

erit, dum mercatori pecunia destituto haec ratione maxime succurrat: diciturque sic implicite mutuare is qui solutionem anticipat Lessius *ibid. n.* 59. (jam vero mutuum ut speciem quamdam civilitatis supra vidimus demostratam.) Commodum hujus civilitatis erit, quod venditor rem venditam etiam longe minoris, quam praesenti pecunia vendere teneatur. Conf. Sotus *l.* 6. *c.* 4. *art.* 2. *et seq.* Molina *disp.* 360. Fagundez *de just. et contr. l.* 5. *c.* 33. *n.* 1. defenditurque iisdem fere rationibus v. c. ob lucrum cessans, dum ante traditionem interim pecunia sua caret, qua per cambia vel alio modo lucrari potuisset, aliisque jam allegatis rationibus, quas fusius deductas vide apud Lessium *cit. dubit.* 7. *n.* 60. 61. 62. Quod eo magis obtinere puto, si pactis invicem de eo prospectum, qualem conventionem quoque admittit *jus culm. l.* 4. *tit.* 5. *c.* 6. *in fin.*

9 Tertium emptionis venditionis requisitum absolvit consensus, circa quem id saepe civilitatis occurrit, ut determinationem pretii in alterius contrahentis voluntatem conferamus usitata formula, *Er beliebe davor zu geben, was ihm gefaellt.* Hic ignarum juris sui vulgus maxime ab hac civilitate sibi cavet, utpote ex opinione eorum nociva. Quam opinionem ipse Donellus fovisse legitur, qui ideo ab Hilligero refutatus videatur *l.* 13. *c.* 1. *lit. r.* Conf. Brunnemann. *in comment. c. ad l.* 13. *de contr. empt.* Verum alia juris determinatio. Prodest enim saepe haec civilitas provocando pudorem alterius in extensionem pretii, id quod moribus evenire illud inprimis docet, *dass auff discretion allezeit theuer gezahlet wird.*, aut ad minimum non nocet, quia si impar est determinata rei aestimatio, conferens venditionem illam pro nulla declarare potest, utpote in alterius contrahentis arbitrium tantum collatam *l. quod saepe.* 35. §. 1. *ff. de contr. empt. l. haec venditio.* 7. *ff. et l.* 13. *c. eod.* Gomez. *tom.* 2. *res. c.* 2. *n.* 19. Bachov. *in treutl. vol.* 2. *disp.* 27. *th.* 7. Molin. *t.* 2. *disp,* 337. *n.* 8. Lauterbach. *ad dict. ff.* §. 1. *n.* 15. Eadem modestia et civilitas in eo conspicua est, qui metuens ne nimium liciteur, in tertii arbitrium determinationem pretii conferri vult, nec enim ullus damni metus subest, cum ob iniquitatem detur reductio ad arbitrium boni viri h. e. judicis, *per l.* 77. 78. *pro socio.* Lauterbach. *ad tit. de contrah. empt.* §. 1. *n.* 15. Struv. *s. i. c. ex.* 23. *th.* 19.

11 Absoluto sic contractu, nondum omnis evanescit contrahentium cura in utilitatibus suis promovendis, praecipue quae per civilitatem proficuam non infima sortiuntur argumenta; obtinebitque locum et in aliis contractibus applicanda. Sub civilitatis igitur proficuae nomine intelligimus hic arrhas, quae pro forma et substantia contractus non requiruntur, sed recte et juridice siue illis potest celebrari contractus *leg. quod saepe* 35. *ff. de contrah. empt.* Conf. Gomez. *tom.* 2. *res. c. num.* 18. Igitur constitutio earumdem meram agnoscit voluntatem et civilitatem ideo tamen inter contrahentes frequentissima, quod multas producat utilitates. Praecipuaque earum est, quod in dubio inducat et operetur praesumptionem celebrati contractus, evidentiusque praebeat probationis argumentum *dicta leg. quod saepe leg.* 6. *et ultim. ff. de lege commiss. leg.* 17. *c. de fide instrum.* Gomez. *cit. l.* Fachin. *l.* 2. *c.* 28. Quod tanti inter vulgus aestimatur, ut ignoret hoc, contractum a consensu tantum dependere, quin potius, si arrhae non datae fuerint, *wenn einem noch nichts auf die Hand gegeben ist*, nec celebratum contractum esse cogitent. Quod etiam in locatione conductione operarum praecipue evenit, *wenn sich das Gesinde zum Dienste vermietet*, ubi tunc famuli vel servae omnem contractus valorem a tempore demum acceptae arrhae *wenn sie einen Gottes-Pfennig bekommen*, numerant, et si tantam reddita fuerit arrha, a vinculo se liberari putant. Verum haec, caeteraeque civilitatis conductorum vel venditorum utilitates, longe aliam a jure sortiuntur determinationem, nempe, ut nec poenitere liceat, si contractus fuerit perfectus, *per l.* 6. *c. de rescin. vend.* et si locator operarum vel emptor nihilominus poenitere velit, cum ad factum alias cogi non possit, duplicatam amittit arrham, dum et eam reddere teneatur, quam recepit, et tantumdem ex suo patrimonio *l.* 17. §. *illud. c. de fide instrum.* Imo insuper ad totale interesse tenetur. Cynus *ad d. l.* §. *illud. c. col.* 7. cui tamen ex aequitate includi vult arrham Gomez. *cit. l.* Si vero contractus nondum fuerit perfectus, sed tantum pacta quaedam de contractu ineundo fuerint inita, sive, ut Gomez loquitur praeparativa quaedam verba contractus intervenerunt, et insuper arrhae loco quid datum, nihilominus, licet interesse non debeatur, de arrhis tamen eadem, quae supra, constitutio, cum *d. l.* 17. *c. de fide instrum.* de tali contractu imperfecto intelligenda sit. Dn. Brunnemann. *in comment. ff. ad l.* 35. *pr. ff. d. contrah. empt.* quod etiam germanicae vocis appellatio *Reukauff* probat, cujus aestimationem, quae praecipue hodie sub specie symposii ab emptore venditori exhibetur, is, qui recedit a tali contractu, luit. Besoldus *thesauro pract. ad vocem Reukauff.* Quamquam moribus etiam de contractu perfecto intelligatur, a quo amissione arrhae in specie sic dictae, *des Reukauffs*, vel a parte venditoris duplicatae redditae, licite sine praestatione ullius interesse recedere licet, dn. Brunnemann. *in parat.* Wesenbec. *qu.* 19. *ff. de contrah. empt. et comment. c. ad d. l.* 17. §. 1. *c. de fid. instrum.* confer. Gomez. *cit. l. in fine.* Limitatur tamen et illud ex alia civilitatis cautela, specie quadam anticipatae solutionis, de qua supra *th.* 8. quando scil. arrha ut pars pretii (quod alias regulariter, nisi tradita re, vel finito opere non solvitur, *arg. l. bona fides.* 50. *ff. de act. empt.*) venditori vel locatori operarum data fuerit, quod proprie germanice exprimitur, *wenn einem was darauff gegeben wird*, tunc enim, quia proprie pars illa pretii, nec arrha dicenda sit *per l.* 2. *c. quando licet ab empt. disc.* sed contractus tunc non tantum consensu celebratus, sed etiam ab altera parte per solutionem anticipatam acceptatam jam impletus, nec amissione partis pretii recedere licet. Gomez. *cit. loc. in fin.* Caldas *de empt. c.* 18. *n.* 35. Dn. Brunnemann. *in citatis comment. dictorum textuum.* Confer. Schneidew. *ad tit. j. de empt. vend. pr. n.* 12. 13. *p.* 410. sicque firmius invicem sibi adstringuntur contrahentes. Et hujus quidem decisi utilitatem in jure culmensi evidenter conspicere licet. (1.) In venditione emptione, in qua contra *l. quoties.* 55. *c. de rei vindic.* succurritur emptori per hanc civilitatem profecuam, si scil. statim contractu absoluto, anticipando quasi, certam partem pretii miserit venditori, ad quam, ut ex eodem jure probatum, non tenebatur, nisi tradita sibi re *cit. c.* 6. *tit.* 5. *l.* 4. Sic licet res vendita alii tradita

fuerit, nihilominus is praecedit, qui partem pretii solvit, *l. 4. tit. 5. c. 10.* (2.) In locatione conductione operarum idem obtinet, ubi famuli et ancillae illi tenentur servire, a quo primam arrham acceperunt, puniunturque insuper a magistratu, *jus culmens. l. 1. tit. 8. c. 4. vers. wer sich zu mehr Herren.*

11 Proxima emptioni venditioni locatio conductio est *pr. inst. locati cond.* Schneidew. *ad d. t. n. 5. 6. 7.* Grot. *de j. b. et p. l. 2. c. 12. th. 18.* quae duplex est rei et operis, Oldendorp. *class. 4. act. 9.* Dn. Praeses *ad inst. loc. cond. pr.* In locatione rei leges conductori praescribuntur *ex l. 3. c. locati. et l. 54. §. 1. ff. eod. conf. jus culmense. l. 4. tit. 7. c. 3.* quarum transgressio privat conductorem conductione, potestque hunc expellere locator, implorato officio judicis, Mev. *p. 5. dec. 379.* Nevizanus *cons. 91. n. 52.* Molina *de j. et j. disp. 499. n. 8.* Cum vero inter alia conductoris peccata, et illud ibi referatur, si pensionem justo tempore non solverit, h. e. post elapsum conditionis tempus, Molina *de j. et j. tom. 2. disp. 497. num. 1.* Mantica *de tacit. et amb. conv. l. 5. tit. 6. num. 3.* Remedium hic civilitatis proficuae superest, si aut moram probabiliter excusare non possit. Mevius *p. 2. dec. 34.* aut causam retinendae possessionis probabilem allegare nequeat *idem decis. 87.* ut scilicet antequam dominus de caducitate declaret, offerat omnium antecedentium annorum pensionem cum interesse, ac ita moram purget ante declarationem domini *c. fin. x. de locat.* Struv. *synt. j. c. ex. 11. th. 73.* Carpzov. *p. 2. constit. 38. def. 11.* vel, quod magis ad civilitatem accedit, ut, si contigerit dominum de caducitate jam accusasse, non tantum offerat pensionem praecedentium annorum, sed et pensionem futuri anni, *dass er auffs künfftige Jahr vorauszahle*, quo accepto dominus caducitati renunciat. Dn. Praeses *caut. contr. sect. 2. cap. 9. §. 39. 40.* Non enim sufficit post elapsum biennium, pensionem tantum praecedentium annorum obtulisse, quod vult Lessius *de just. et j. l. 2. cap. 24. num. 32. in medio*, quia ad eam solvendam jam stricto jure tenebatur pro rata temporis praeteriti et praesentis, licet expulsus fuerit, Frantzk. *ad tit. locat. num. 151.* Lauterb. *th. 7. ibidem.* Nec obstant. *l. 23. pr. ff. de receptis qui arb. et l. 6. §. ult. ff. ad legem commis.* In dd. enim ll. alternativa petitio instituitur, vel ad poenam vel ad promissum agendo. Quod secus in casu praesenti, ubi pensio ex alio titulo debetur, ex alio vero agitur, ut expellatur conductor, eamdem vero ad futuri anni solutionem anticipare id demum civilitatis est, ut supra §. 8. probatum, cum praeterea pensio non nisi ordinarie in fine anni solvatur demum, Schneidew. *ad tit. inst. de act. p. 542. num. 16. 17.* et quidem civilitatis proficuae, prout ex hoc casu patere potuit. Quae vero hic de conductore dicta sunt, ea propter eamdem rationem in Emphyteuta practicari possunt, mutato tantum temporis cursu ex biennio in triennium. Lessius *cit. l. 3. n. 33. caut. cont. th. 40.*

Addit porro *l. 3. c. locati cond. juncta l. 35. pr. ff. eod. collata cum jure culm. cit. l. 4. tit. 7. c. 3.* inter alias et hanc causam expulsionis, si locator domum conductam reficere velit, et corrigere, refectio quoque illa sit necessaria. Trentacinq. *resol. 4. num. 6.* neque perfici possit conductore inhabitante. Molina *disp. 499. 11.* ut, licet conductor ad impensas praestandas non teneatur, nisi pactis sibi locator caverit dn. Praeses *s. 2. cap. 9. th. 28.* nihilominus ex civilitate eas praestet, et ita rem ipsam conservet, auferatque sic causam expulsionis, correctionem scil. faciendam locatori, dum interim nihil de expensis necessariis amittit, quas omnes contraria actione repetit *per l. 55. ff. locati.* conf. Schneidew. *ad tit. de action. p. 677. num. 11. 12.* Qua ipsa civilitate abuti saepe solent improbi conductores, dum tantum impenduut, *dass sie so viel verbauen*, ut locatori ob difficultatem refundendarum expensarum auferant facultatem repetendi, sicque rem locatam compensationis titulo retineant, quod quidem utut jure fondetur, Schneidew. *cit. l. num. 12.* quis tamen ignorat has fraudes? quibus conductores in probatione expensarum saepe utuntur, per suppositas schedulas opificum praesertim, si pacto sibi caverint invicem *dass zum Beweiss der Baukosten die Dingzettel sollen gültig seyn*, de quo *vide caut. contr. s. 2. cap. 9. th. 29. et eod. s. c. 4. th. ult.* Quid si vero contingerit, ut locator adeo rigidus sit ut nihil impensarum velit restituere, praesertim si tantum utiles fuerint non necessariae, vel etiam sine culpa quidem conductoris, nulla ex impensis necessariis et utilibus utilitas (quae res ita molestiis processius enervat conductorem, ut maximum inde ei damnum proveniat Confer. Brunnemann. *in comm. ff. ad l. 38. et 48. ff. d. r. v.* Carpzov. *p. 2. const. 37. def. 26.* Mevius *p. 3. dec. 42.*) Certe hic civilius aget conductor, ut, si aliquae impensae etiam necessariae et utiles praestandae, semper locatorem ideo consulat, sic ex consensu ejus, licet nulla inde utilitas, omnium impensarum repetitionem habet. Mevius *citat. decis. 47.* de quo consensu etiam pactis sibi prospici posse *cit. caut. contr. cit. s. 2. c. 9. th. 28.* Dn. Brunnemann. *in comment. ff. ad l. 55. ff. locati cond.* Quale consilium etiam praebet jus Culmense *lib. 4. tit. 7. c. 1. in fine.* in quo procul dubio non vetatur necessariarum et utilium cum effectu impensarum repetitio, quae ipso jure naturae competit ex titulo de in rem verso, sed earum, ex qua nulla locatori aut voluptuosa tantum utilitas. Imo si necessarias et perpetuo utiles necessario impendendas desiderat, *cap. seq. 2.* earum quoque repetitio datur, praesertim si accedat patientia locatoris scientis et non contradicentis *arg. l. 4. tit. 6. cap. 1. vers. da auch Kaeuf fer inwendig der Zeit, etc.*

In culpa invicem praestanda locatoris et conductoris 12
dum non major desideratur, quam lata et levis Carpzov. *p. 2. constitut. 37. def. 24.* Lessius *l. 2. c. 24. dubit. VI. tota.* civilitate sibi proficua consulere potest locator, ut expresse viliori pretio locet, et ideo conductorem pacto ad periculum infortuitum adstringat Quale genus contractus socidae vocatur in pecoribus, quorum genus *das Eyserne Vieh* appellare solent, viliori mercede locatis. Conf. fusius dn. Praeses *caut. contr. s. 2. c. 9. th. 36.* Nec enim opus habebit haec decisio ulteriori deductione, cum ex pacto dependeat, justusque sit utriusque consensus, et ab usuraria pravitate quoque liber Richter. *p. 2. dec. 81. aliique ddres all. cit. th. 36.*

Jus ipsum, quod acquirit sibi locator, non in firmum 13
est, *l. certis juris 5. c. locat. cond. jus culm. l. 4. tit. 7. c. 6.* conf. Trentac. *tit. locat. resol. 5. n. 2.* Molin. *disp. 497. n. 3.* Menoch. *rem. 3. adipis. poss. n. 33. et seq.* Cujus utilitatis respectu merito civilitas proficua creditori commendanda, ne, si debitorem habeat, isque domus vel praedii conductionem ab ipso

expetat, petitum recuset, causatus, jam sat debiti ab ipso contractum, sed ex civilitate largiatur ei conductionem, imo humanissime ad eam invitet et persuadeat. Sic cum antea difficilis esset executio, ob inopiam pecuniae praesentis in debitore *l.* 6. *ff. de dolo.* vel etiam ob molestias processus, jam per retentionem rerum invectarum in domum conductam sibi consulit locator etiam pro chirographariis et omnibus suis anterioribus debitis, tamquam tacite obligatarum, Bartolus *in leg. solutum* §. *solutam in fin. ff. de pign. act. l. unit. c. etiam ob chirograph. debitum.* Quia enim in *d. l.* 5. bona illata tacite pro pensione sunt hypothecata, merito dicendum est, *per d. l. unic. d. c.* etiam pro alio debito per locatorem retineri, Schneidew. *ad tit. institut. de action. pag.* 542. *num.* 20. Quod eo magis obtinet jure culmensi, ubi ita creditori cautum est: *Wenn ein Schuldner wegen unterschiedlichen Shulden einem Verhafft ist, und darauff Zahlung thut, so stehet es in des Schuldners Willkühr, Belche schuld er durch die Zahlung will vermindert oder auffgehaben seyn lassen. l.* 4. *tit.* 15. *c.* 4. nisi aliud inter partes conventum *ibid.*

14 Sequitur jam conductio locatio operae, in qua primo de pretio constituendo quaeritur, si nulla facta sit conventio de certo stipendio et res tota ex civilitate famuli relicta sit in arbitrio domini; an nihilominus de jure teneatur dominus justam mercedem finito famulitio praestare? et affirmat illud *Lessius,* dum argumentatur, famulum mercedem ita in arbitrio domini relinquere, ut non ei totum obsequium vel partem intendat praestare gratis, si ille nihil velit dare, sed mens ejus est, ut solvat quod aequum et justum ei videtur, cujus determinationem tantum in arbitrium ejus collatam vult, quae cum regulariter infra infimum pretium justae mercedis non porrigatur, nec a domino minui potest, qui tacite in ordinariam mercedem consensisse videtur Lessius *de just. et jure l.* 2. *c.* 24. *dubitat. II. n.* 24. *circa fin.* ubi tamen necessaria quoque limitatio subjungenda; nisi et dominus ex mera civilitate et misericordia ad preces famuli ipsum conducat, tunc enim satis est dare alimenta, quia praecipue in gratiam famuli acceptatae a domino operae *ibid. n.* 25. Verum et hic porro certatur invicem civilitate, et superiori lucrum cedit; si itaque famulus adeo operam extendat suam, ut maximam utilitatem conferat domino conductori suo, quae longe amplius valorem excedat alimentorum, tunc dominus quasi de in rem verso tenetur illam compensare, saltem infimo justae mercedis pretio, dum interim famulus non intendit operam suam donare, sed vendere, cum in necessitatibus nemo praesumatur liberalis, *ibid. in* Lessio *n.* 25. *et seq. n.* 26. Alterum vero quod notandum, in periculo suscipiendo occurrit, quod, licet operae suae periculum subeat artifex, *per l.* 38. *ff. locati et l.* 13. §. 5. *ff. eodem.* Franzk. *ad tit. locat. n.* 4. non vero subeat periculum ipsius rei alienae, circa quam elaborandam opera versatur *per d. l* 13. §. 5. *l. ult. ff. eod.* quia res perit suo domino, imo nec ad levissimam tenetur pro custodia, si res amissa fuerit *per d. leg.* 13. §. 5. in qua periculum pro damno culposo accipitur. Dn. Brunnemann. *in comm. ff. ad d. l.* Verum si dominus rei elaborandae locatori operae ex civilitate mercedem pro custodia constituat, tunc eumdem ad periculum custodiae obligatum habebit *per leg.* 40. *ff. eod.* Hahn. *ad Wesenb. ibid. n.* 4. Angelus *de Societat. p.* 2. *n.* 17. *in pract. vol.* 3. Eodem pertinet civilitas conductoris operae, si caveat sibi a dispositione rei elaborandae, de qua alias ut dominus rei suae liberum jus habet, sed eamdem submittat potius dispositioni artificis, *dass er ihm nichtes vorschreiben wolle,* dicatque, se velle sequi peritiam artificis; sic hac electa periculum operae in artificem devolutum habet, *per cit. textus,* alias si dispositionem ipse instituat, quod praecipue tunc evenit, quando quis conduxerit opus faciendum certa mercede non per aversionem, sed in singulas mensuras mercedem constituendo; tunc electa sibi dispositione et opere necessario inde approbato simul, locatorem operae de bonitate operis devinctum non habet, Donellus, *l.* 13. *c.* 9. *in fine* Struv. *s. i. c. ex.* 24. *th.* 24.

Hactenus itaque de permutatoriis in specie actum. 15
Actus igitur communicatorios instituti postulabit ratio, qui quo sensu accipiantur, vid. Grot. *de j. b. et p. l.* 2. *cap.* 12. *th.* 4. De naturali igitur societate, quae ex sensu *l.* 3. *ff. d. just. et jur.* Cognatio naturalis appellatur, quaeritur, an unquam extiterit existereque potuerit? Fuse quidem de hac materia jam egerunt Grot. *l.* 2. *c. th.* 2. *et seq.* idem passim in *tr. de mari libero.* Seldenus *in mari clauso l.* 1. *c.* 4. *et jure et g. secundum disciplinam Hebr. l.* 4. *cap.* 6. Affirmativam ideo tamen hic defendere placuit, quod ratio sive causa suasoria videatur sufficiens esse civilitas proficua seu ille amoris impulsus, per quem fiebat, ut in labore et consumptione fructuum, quae debebat, aequalitas servaretur, Grot. *cit. l.* 2. *c.* 2. *th.* 4. Magnae enim dilectionis, cujus speciem civilitatem supra diximus, argumentum est invidiae defectus, submissioque omnium jurium in commune. Qua dilectione sive civilitate inter homines cessante, dum concordiam rupit generosius vitium, ambitio Grotius *ibid. num.* 3. id est, efferente quovis jura sua in alium, ex eo nonnisi infelicissimus status naturalis existere potuisset. docente Hobbes. *cap.* 1. *de cive.* Conf. excellent. dn. Petr. Schultz *in dissert. de comm. rerum cap.* 1. *num.* 3. seu quod idem dixerim, status belli, qui rumpit societatis et concordiae vinculum propter elationem juris mei in rem alterius, s. propter meum et tuum. Schneidew. *ad instit. tit. de societat. pr. n.* 2. Dixi vero amorem illum s. civilitatem non causam justificam s. internam, sed suasoriam fuisse, talem scil. quae sub utilitatis intentione inter homines obtinuit. Magn. dn. Becmann. *med. polit. cap.* 4. *th.* 2. Species vero utilitatum sunt (1.) Solamen contra solitudinem. (2.) Adjumentum in negotiis et protectio adversus injurias Conf. *cit. med. polit. cap.* 4. *th.* 5. (3.) Nullus armorum metus, qui propter meum et tuum, hoc est, propter ipsam proprietatem instituitur, et hinc pacis perpetuae fiducia futura, Grotius *cit. loc.* quae quantum inter homines bonum sit, nemo ignorabit facile.

Sed jam ad privatam societatem utpote juri con- 16
venientiorem deveniamus. Hic itaque contractus licet ex utraque parte obligatorius sit, ideoque inter onerosos referendus, Gomez. *tom. res. cap.* 5. *n.* 1. Schneidew. *just. ad tit. de societate p.* 420. habet tamen aliquod vi vocis prae reliquis contractibus in se civilitatis proficuae argumentum, dum sociare idem significat quod adjuvare, quod ipsum vero beneficii et civilitatis testimonium est. *ep.* 1. *Justinian. ff. praefixa* Calvinus *in lexico juridico ad verb. sociare.* In

quo constituendo initio statim ita prospexerunt jura civilitati alterius contrahentis, ut eam propter nocivam nimis ipsi non admiserint; quando enim alter se ad damni sensum sine participatione lucri obligavit, sic enim ob nimiam alterius contrahentis incivilitatem, leoninam et illicitam appellarunt societatem *l.* 29. §. *ff. pro socio.* Molina *disput.* 415. Lessius *de just. et jure l.* 2. *cap.* 25. *dubit.* 2. Idem jure culmensi *l.* 4. *tit.* 8. *von Gesellschafften. c.* 2. ideoque non tantum ipsum pactum circa societatem, quod subtiliter docet Gom. *tom.* 2. *var. res c.* 5. *n. in medio* sed tota societas vi verborum textus illicita erit et nulla, quia contra leges inita. Confer. Hilliger *in Donell. l.* 13. *c.* 16. *lit. m. So ist solche Bedingung zu Recht unkraefftig. jure culm. ibid. circa finem.* Nisi tamen de alio animo donandi contrahentis conste, quae utique cum in venditione obtineat *l.* 38. *ff. de contrah. empt.* ob eamdem rationem in societate non improbanda erit. Carpz. *p.* 2. *c.* 30. *df.* 38. *n.* 4. *Menoch. de arbit. jud. quaest. l.* 2. *c.* 126. Ita tamen, si expresse in pacto donationis mentio fiat; alias donatio non praesumitur *l.* 25. *ff. de probat.* Conf. dn. Praeses *caut. contr. s.* 2. *c.* 10. *th.* 5. Quid si vero debitor hac creditoris sui civilitate victus nihilominus non tantum sortem reddiderit, sed et insuper plus aliquid nullo praecedente pacto tacito vel expresso sponte ex sola remunerationis causa solverit, an illud creditor juste et licite accipere possit in compensationem suae civilitatis? et affirmat illud recte Gomez. *t.* 2. *resol. var. c.* 5. *n.* 5. *in fin.* ex legalitate donationis liberalis et gratuitae, quae fit nulla obligatione cogente; ut enim remuneratio antidoralis licita est in mutuo, ita in omni quoque beneficio, quando illud nulla praecedente obligatione fit, Baldus *ad l.* 2. *ff. de jurejurando.* 36. *col. aliique ddres quos allegat.* Gomez. *cit. loco.*

17 Id insuper civilitatis in societate animadvertitur, quod per eam quasi confraternitas, *eine Drüderschafft*, inter contrahentes instituatur *l.* 63. *ff. pro socio.* Nullum vero majus dilectionis argumentum inter ignotos contrahitur, quam per hanc civilissimam fratris appellationem Cicero *l.* 1. *epistol. ad Atticum.* Dedit igitur haec inter contrahentes humanitas occasionem Jctis, ut dissoluta societate, si contingeret alterum fortunis lapsum, vetarent excussionem ad peram usque et saccum, aliis ipso jure competentem *d. l.* 63. *ff. pro socio* sive illa sit particularis sive universalis, Felicius *de societate c.* 31. *n.* 35. sive etiam vera, consanguinea scil. Zang *de except. c.* 15. *n.* 8. 9. Mynsing. *ad* §. 38. *instit. de action. n.* 3. Alterum vero est, quod ex eodem principio resultat defenditurque in praxi. Si contigerit, christianum cum judaeo societatem contraxisse, collatamque sortem periisse et hic contra illum ad periculum aequale subeundum vi societatis agat, annon hoc casu christianus mercator defendi posset, ut nihil praestet? Et affirmandum puto vi resultantis ex societate confraternitatis, cujus appellationem inter ignotos civilitati debemus. Dn. Ziegler. *in tr. de jure majestatis c* 41. *n.* 35. Excellentissimus dn. d. Schultz. *in cit. disp. de commun. rerum c.* 3. *n.* 15. cum alias a nullo contractu judaei cum christianis ineundo arceri possint, utpote quibus jure communi in imperio vivere concessum est. *l.* 2. *c. de judaeis et codic.* Quid jure culmensi [illegible] tique non contrariam esse puto opinionem, licet expresse non decidatur; argumento enim *c.* 2. *tit.* 12. *l.* 4. id patenti: in quo si prohibetur fidejussio vel cautio a judaeo pro christiano acceptanda, procul dubio ideo, quod contractus hic certe amicitiam praesupponat, prohibetur etiam societas, ut majorem gradum amicitiae, ipsam quasi fraternitatem praesumens.

Sequuntur contractus innominati, ex nominatis tamen dijudicandi, dn. Praes. *caut. contr. s.* 3. *c.* 5. *th.* 1. exceptis duobus specialiter tractandis. De cambio igitur primum, quod permutationis species, dum pecunia cum pecunia commutatur Grot. *de j. b. et p. l.* 2. *c.* 12. *th.* 3. *num.* 4. in quo notandum, multum in eo contineri civilitatis (I.) Respectu trassantis, cum se in periculo magni damni constituat in gratiam tertii. Lessius *de just. et j. l.* 2. *c.* 23. *dubit.* 2. *n.* 8. *et seq.* Facile enim evenire potest, ut acceptans recuset acceptare, ideoque praesentans facto insuper protesto cambium remiserit. Tunc obligatur trassans (1.) ad interesse solvendum. Raphael de Turri. *disp.* 1. *qu.* 13. *n.* 7. (2.) Ad periculum sortis subeundum. Carpz. *p.* 2. *const.* 26. *def.* 16. (3.) Potestque contra illum executive procedi. Raphael de Turri, *de cambio disp.* 2. *qu.* 12. *n.* 15. Conf. dn. Praeses *caut. cont. sect.* 3. *cap.* 5. *th.* 8. 13. 16. (II.) Respectu acceptantis, qui alias libere petitum recusare potest, nulla necessitate ad acceptandum coactus. Est enim hoc species mandati, adeoque acceptatio ejus, civilitatis argumentum *l.* 17. §. 5. *ff. commodati conf. supra c.* 3. *th.* 24. Quaeritur jam, an trassans in compensationem civilitatis suae, suscepto sc. metu tanti damni in gratiam tertii, lucrum aliquod sibi acquirere possit? Et juste illud pro affirmativa decidit Lessius *de just. et jur. l.* 2. *c.* 23. *dubit.* 2. *num.* 8. 9. *et c.* 20. *dubitat. pen.* Conf. Conradus *qu.* 99. *concl.* 4. *et seqq.* praesertim si cambium minutum simul in se susceperit. de quo Lessius *cit. loc. dubit.* 1. *num* 6. (1.) ob laborem ipsum solvendae et numerandae pecuniae, qui pretio aestimabilis est. Conradus *qu.* 99. *concl.* 5. Sotus *l.* 6. *qu.* 9. *art. un.* ibid Lessius *n.* 11. 12. 13. *et seq.* (2.) propter valorem ipsius pecuniae, ob quem ideo usus collybium s. *das Auffgeld.* introduxit. Besold. *thesauro practico ad vocem Wechsel. Geld in fine.* (3.) Periculi praestationem, qua campsor accipiens pecuniam alio transferendam, non solum suscipit onus transferendi, sed etiam periculum. Lessius *dubit.* 3. *n.* 23. atqui praestare periculum trajectionis, est pretio aestimabile *conf. fuse idem n.* 25. Lopez. *tract. de cambiis cap.* 4. Nec obstat, quod hic initio statim concurrat campsoris s. trassantis utilitas, dum ipsi commodum sit habere absentem pecuniam; quia hoc non provenit ex ipsa conditione absentiae, per se consideratae; sed ex industria campsorum, quae ideo ipsi nociva esse non debet. Lessius *cit. l.* 2. *dubit.* 4. *n.* 32. nec metus usurarum illicitarum, ob periculum, qui metus alias in simulato cambio accidit, ubi revera nullum subest periculum, de quo vide Petrum Aug. Morlam. *in emptor. jur. p.* 1. *tit.* 9. *de contrah. empt. num.* 11. *et Janam. quos allegat.* Besold. *in thesauro pract. cit. loc.* Acceptanti vero id civilitatis proficuae commendant ddres, ut, si is de satisfactione oblata quodammodo dubitet, nec tamen ex civilitate aut ipsum praesentantem dimittere aut campsorem in damno constituere velit, quod alias 18

recusando mandati vel petiti susceptionem licite facere potest, recipiat cambium modeste et civiliter, dicendo: *Er acceptire den Wechsel zu Ehren des Trassierers, oder den Trassierer bey Ehren und Credit zu erhalten; per honor di lettera. elect. sax. provis. de camb. mens. oct. lata anno* 1682. *ad requisitum* 17. Quo ipso acceptans contra trassantem sibi quaerit actionem negotiorum gestorum. Noluit enim simpliciter ex literis cambii obligari et ita non ex mandato, sed ex libero arbitrio et mera civilitate solutionem in se recipere. Cujus rei hic effectus et utilitas est, ut acceptans non obligetur ad illam satisfactionem recipiendam, quae in literis avisoriis intimata; sed alio modo solutionem a trassante repetere potest. dn. Praeses *caut. contr. p.* 3. *c.* 5. *th.* 12. Imo nec hoc modo inutilem fore civilitatem acceptantis puto, si de trassantis fide dubitet et divitem habeat praesentantem, ut se exsoluturum quidem promittat, sed in honorem tantum et placitum praesentantis, qui si hoc modo acceptaverit, procul dubio ex mutuo fit obligatus acceptanti, aut ad minimum ex mandato tacito, vi *l. qui patitur* 18. *ff. mandati juncta l.* 16. *ff. eodem.* Si enim ad modum trassantis acceptans implere cambium noluit, praesentans protestare debuit necessario. Dn. Praeses *cit. l. th.* 16. Caeterum, cum in cambiis in gratiam acceptantis utplurimum tempus dilationis exprimi soleat, *acht Tage Nachsicht* (vista) *ibidem th.* 15. et praesentans interim aere illo indigeat maxime, solent mercatores civilitatem suam contestari se anticipando h. e. ante terminum solutionis soluturum in gratiam praesentantis, modo quid de sorte remiserit, *Er muss denn von* 100. *was fallen lassen.* An vero justum hoc sit civilitatis lucrum, vide quae supra dicta sunt de anticipata solutione *th.* 10. *c.* 3.

19 Similis cambio assecuratio videtur. Lessius *de just. et jure l.* 2. *c.* 23. *dub.* 3. *n.* 25. Grotius *de jure b. et p. l.* 2. *cap.* 12. *th.* 3. *n.* 5. fierique potest vel gratis, et sic promissio gratuita erit, vel pretio et sic similis erit emptioni venditioni. Lessius *de j. et j. l.* 2. *c.* 28. *dubit.* 4. *n.* 24. Sed cum is, qui alienae rei periculum in se suscipit, vix gratis tanto damno se exponat in commodum tertii, praemium suscepti periculi ab eo, in cujus commodum assecuratio cedit, constitui solet secundum judicium viri intelligentis aestimationem *d. dub.* 4. *n.* 24. *et n.* 29. quod etiam centesimas usuras ex justitia intrinseca exaequare potest. Covarruv. *tom.* 2. *var. resol. l.* 3. *c.* 2. *num.* 5. Solvitur vero demum finita causa assecurationis. Ergo ut poenitentiam excludat, inter alias cautelas non infima est civilitas proficua, ut is, cui facta assecuratio, mox praemium promissum mittat assecuratori, qui acceptando praemium in tantum obligatur, ut amplius poenitere non possit, h. e. ne resilere possit assecurator, sicut hoc in reliquis contractibus in innominatis post acceptionem usu venit. dn. Praeses *caut. contr. s.* 3. *c.* 5. *th.* 28. Et licet moribus vis pacti excludere videatur poenitentiam, illud tamen adhuc dubium, et sic ad minimum molestia processus evitatur, et ne postea partes super hoc puncto disputare necessum habeant. *Ibid.*

Caeteri vero contractus innominati, verbales, literales, cum magnam cum nominatis affinitatem habeant, ad horum mensuram, eorum quoque cautelae civilitatis proficuae remittendae erunt. Unicus ex iis superest, qui prae reliquis magnum civilitatis argumentum continet, nec tamen omni destitutus commodo, estque ille transactio, qua quis verecunda et humanissima cogitatione lites ita exsecratur per *l.* 4. §. 1. *ff. de alienat. jud. mut. causa* ut parte juris sui in litem venturi carere malit, *toto titulo ff. de transact.* Conanus *l.* 5. *comment. c.* 6. *n.* 1. quam molestia judiciaria invicem se et adversarium vexare, praesertim quando videat sacro sanctas justitiae officinas constupratas, Oldendorp. *class.* 1. *act.* 11. *num.* 3. Manzius *ad titulum ff. de alienat. judicii mut. n.* 25. Carpz. *p.* 1. *const.* 1. *def.* 9. Quo ipso magno saepe sui commodo dubio litis eventu se liberant partes, quam alias maximis processus molestiis prosequi insuper coguntur. Haec vero civilitas partium in transactione etiam jure culmensi approbata est, nisi ex altera parte dolosa sit, quae tunc praesumitur in ea, quae cum potentiori initur *l.* 4. *tit.* 13. *cap.* 2. Quae ulterior ejus utilitas est, eam in poenis delictorum minuendis conspicuam sub capite de delictis habebimus infra.

CAPUT V.

De contractibus ex civilitate proficua mixtis.

SUMMARIA

Mixtorum ex civilitate contractuum divisio. Contractus onerosus per donationem ut civilem mixtus, an ab evictione liberetur? n. 1.

An impediat hanc civilitatem lex anastasiana? neg. n. 2.

Contractus per accessionem civilitatis mixtus, duplex in jure. Primus est fidejussio. An fidejussori in compensationem civilitatis suae mercedem capere liceat? n. 3.

Cautela civilitatis proficuae ut foemina fidejubens firmiter obligetur. Juris culmensis disquisitio. n. 4.

Commendatur civilitas proficua foeminae in securitate dotis servanda. n. 5.

Quomodo prima excussio a fidejussoribus alias necessario subeunda evitari possit, docetur ex regula civilitatis proficuae.

Secundas per accessionem mixtus est pignoris datio ex civilitate proficua productus. Civilitas debitoris in concesso pignoris usu proficua. n. 7.

Dura creditoris sors in usu pignoris emollitur per civilitatem proficuam. Quid si vero debitor negligens fuerit in praestanda antichresi, si dispositio ipsi a creditore ex civilitate concessa? n. 8.

In distractione pignoris civilitas proficua commendatur. Quid moribus et jure culmensi? n. 9.

Cautela civilitatis proficuae pro chirographariis ad hypothecam pro credito suo acquirendam. n. 10.

Alia pro hypothecariis minus privilegiatis, maxime utilis, si mulier dotis nomine in possessione bonorum sit. n. 11.

1 Dum Grotii intentionem sequor, citato saepius *l.* 2. *c.* 12. *th.* 51. illos hic contractus intelligo, qui ex confusione duorum contractuum nomen illud nacti sunt; pro quorum legalitate cum jam egerit Fagundez. *de just. et contract. l.* 5. *c.* 7. *n.* 1. *seq.* dispiciendum tantum erit pro scopo nostro, quomodo contractus onerosus alterius contractus benefici sive civilis mixtura in utilitatem contrahentium emolliri et converti possit? Sunt vero mixti contractus aut principaliter tales aut per accessionem alterius. Grotius *c. l. c.* 12. *th.* 5. Principaliter tales hinc inde materiae connexitas jam postulavit examinandas v. c. in deposito gratis servando, cui accedens constituta remuneratio junxit locati conducti actionem, aliisque casibus jam tractatis, ut jam labori supersedere liceret. Unicum tamen hic repetisse de contractu venditionis, ut oneroso, per contractum donationis, ut civilem, temperato sufficiet, juncta de utilitatis inde provenientis legalitate, ratione. Vulgata sc. *l.* 6. *c. de evictione.* evictionis praestationem etiam sine promissione praecedente exigit vi contractus, adeo, ut, etiam si venditor simpliciter pactus fuerit, se de evictione teneri nolle, nihilominus obligetur ad refusionem pretii *l.* 11. §. 18. *ff. de act. empt. vend.* Conf. jus culm. *l.* 4. *tit.* 5. *c.* 12. cum nullum justum titulum habeat ad retinendum illud, Covarr. *l.* 3. *resolut. c.* 17. *num.* 2. Molina *disp.* 380. *num.* 18. ubi haec distinctio superadditur, quod sc. venditor ignoraverit rem venditam esse alienam, solum interesse, non vero refusio pretii remittatur. *l. c.* 11. §. 18. *ff. de act. empt.* Si vero sciverit, non tantum ad refusionem pretii, sed et ad omne interesse contra eum ex dolo agi potest, Franzk. *ad tit. de evict. n.* 263. Gail. *l.* 2. *obs.* 139. *n.* 6. Mevius. *p.* 5. *decis.* 313. praesertim si evictio simul expresse promissa. *jure culmensi l.* 4. *tit.* 12. *cap.* 3. Difficile ergo erit ab hac evictione se liberare, ut nec sufficientem putem in exercitio cautelam, quam suppeditat Carpz. *p.* 2. *const.* 34. *d.* 25. Confer. Franzk. *ad tit. evict. n.* 267. *vi l. si fundum* 27. *c. de evict.* ut notum faciam emptori rem illam alienam esse, sicque emptorem constituam in mala fide, pretiique refusio ideo deneganda erit, quod in pari casu malae fidei melior sit causa possidentis Struv. *s. j. c. exerc.* 27. *th.* 34. Covarr. *l.* 3. *var. res. c.* 17. *num.* 2. cum nemo rem alienam scienter cum sui damno emptorus est. Civilitatis vero modum hic faciliorem diximus scil. ut rem prius justo pretio aestimatam, remissa deinde magna parte valoris, emptori vendat, et tunc ideo stipuletur, se ad evictionem teneri nolle. Si vilius pretium rei revera plus aestimandae facilius et emptorem reperturum est, ob hanc donativae civilitatis speciem, stipulatione quoque non irrita, cui addita remissio pretii, praesumet emptoris in re aliena scientiam. Vix enim quis rem vendit viliori pretio, quam non incommodo aliquo gravatam habuit. arg; *l. per diversas* 22. *c. mandat.* cum nemo praesumatur suum jactare *l.* 18. *ff. de adimend. et transf. legat* Hinc in dubio nemo censetur liberalis donator, cum non soleant homines ita liberales esse ex suo, ut res suas sine ullo onere in dubio donent. Fagundez. *de just. et contr. l.* 1. *c.* 9. *num.* 9.

In lege tamen anastasiana *l. per diversas* 22. *et seq.* 23. *c. mandat.* quae benevolentiae et humanitatis plena, juxta *pr. l.* 23. haec humanitatis et civilitatis ratio prohiberi videtur, licet in instrumento expressum pro parte venditum et pro parte donatum nomen, Berlich. *decis.* 32. *num.* 4. Johann. a Sande *in tract. de cess. act. c.* 11. *num.* 28. Brunnem. *ad comment. c. tit. mandat. l. per diversas* 22. *num.* 3. Verum hac ipsa prohibitione consulere magis voluit lex civilitati hominum, inhumanitatem creditorum damnando, quae causam constitutioni huic dedit, cum vexandi miseri debitoris gratia talis actionum cessio fieri solebat. Dn. Brunnem. *in comment. ad c. d. t. mandat. l.* 22. *n.* 2. hinc ubi haec cessat, debitumque sit indubitatum et liquidum, aequam puto Antonii Fabri *conject. l.* 12. *c.* 12. *ad d. l.* opinionem, statuentis, non impediri tunc cessionem actionum, licet inaequali pretio factam, quia tunc cessat fraudis praesumptio. Berlich. *dec.* 32. *n.* 25. 2

Sed jam ad contractus per accessionem civilitatis mixtos. Fit vero haec mixtio per accessionem, docente Grotio *cit. l. th.* 6. in fidejussione et pignoris datione. Fidejussionem talem per accessionem contractum esse probant. *vi* §. 1. *inst. de fidejuss.* Lessius *de just. et contr. l.* 2. *c.* 28. *dubit.* 1. *num.* 2. 3. Gomez. *l.* 2. *var. resol. c.* 13. *n.* 1. 11. dum insimul obligationem sequitur semper natura et effectu. dn. Brunnemann. *in parat.* Wesenb. *qu.* 2. *ff. de fidejussor.* licet ordine verborum praecedere possit, ita ut tamen sit in suspenso, dn. Praeses *in notis ad inst. de fidejuss.* §. 3. Ad constitutionem vero mixti istius contractus, duorum actuum concurrit diversitas, et primo quidem, si negotium spectes, quod inter fidejussorem et principalem debitorem geritur, plerumque mandatum est, sin vero negotium spectes, quod inter creditorem et fidejussorem, qui nihil recipit, geritur, videtur merus actus liberalis. Grot. *d. jam loco.* Qui uterque actus, et mandati, ut supra *in c. de contractibus mere civilibus* demonstratum, et ipsius actus liberalis, evidens est civilitatis argumentum. Jam igitur circumspiciendum, qua ratione circa hos actus civiles per aliam adhuc civilitatis adjectionem utilitas aliqua acquiri possit. Quae enim ex ipso actu fidejussionis beneficia competant, ea ut notissimi juris collecta *vide c.* 6. *disp. de jure fidejussor. illustris.* dn. Rhetii. Quae vero jure culmensi competant, ea exhibet *l.* 4. *tit.* 11. *c.* 3. Illud tamen breviter examinare placet, cum fidejussio sit species civilitatis, quaeritur, an fidejussor in compensationem civilitatis suae de commodo aliquo sibi prospicere possit, mercedem certam pro ipsa fidejussione stipulando. Et affirmat illud *l. hoc jure* 19. §. 1. *ff. de donat. juncta l. si remunerandi* 6. §. 7. *in fine ff. mandati*, justa enim est haec periculi suscepti aestimatio. Johann. a Medina *de contract. c. de usura restituenda col.* 8. *Conrad. de contract. qu.* 40. *concl.* 4. ubi tamen et ille monet, distinguendum hic esse, an dubia sit exactio debitoris an certa; hoc casu enim usurariam pravitatem sapere ob nullum metum periculi, sed solius lucri intentionem. Covarr. *tom.* 2. *variar. resol. l.* 3. *c.* 2. *n.* 6. 3

Ad ipsam vero constitutionem fidejussionis dum 4

foemina non admittitur, juxta sctum vellejanum *toto titulo ff. ad sctum vellejanum* dn. Praeses *cit. tr. s.* 1. *c.* 2, *th.* 29. 30. Nostrum erit hic, civilitatis retulisse remedium, per quod haec conservetur firmitas, quale nobis suppeditat *l. antiquae* 23. *c. ad sctum vellejan.* Nimirum offeratur mulieri donativum aliquod pro fidejussione suscipienda, ejusque in instrumento fidejussionis mentio fiat. Sic eo ipso, dum lucrum ex civilitate mea circa fidejussionem sentit, indigna censentur beneficio legis, dum ut alienae litis redemptrix odio digna fit *l. pen. et ult. c. mandati* Menoch. *l.* 3. *praesumpt.* 21. *num.* 4. Zanger. *de except. c.* 9. *n.* 44. et non tam levitate quam lucri cupiditate ducta videtur, dum tam augustissimum Senatus beneficium quasi pretio nummario aestimat, Hering, *de fidejuss. c.* 7. *n.* 433. Brunnem. *in comment. cod. ad l. antiqua* modo tamen omnis dolus ab hac civilitate excludatur dn. Praeses *cit. s.* 2. *c.* 6. *th.* 10. qualem in marito praesumit ob metum reverentialem et compulsionem, Menoch. *l.* 3. *praes.* 22. *n.* 4. conf. Zanger. *de except. p.* 3. *c.* 11. *n.* 144. Tiraquell. *de ll. connub. in pr. n.* 25. Quid jure culmensi? Ejus quidem in jure scripto nulla expressio. Probabile tamen est, hanc juris civilis decisionem hic obtinere posse. Cum enim donationes sint prohibitae a foeminis factae sine curatore *l.* 3. *tit.* 3. *c.* 3. et fidejussiones videntur inclusae, eo quod fidejussio sit talis actus liberalis donationi simillimus §. 4. *h. t.* eoque magis, quod in fidejussione major foeminarum laesio occurrat, quia facilius mulier se obligat, quam alicui donat *l.* 4. §. 1. *ff. ad sct. vellej*; atqui donatio procul dubio propter laesionem fuit interdicta. E. propter majorem laesionem fidejussio quoque videtur interdicta. Accedit porro ratio *ex l.* 2. *ff. de r. j.* quod foeminae ab officiis civilibus arceantur, eo quod captionibus sit expositus hic sexus *l. fin. c. arb. tut.* Bronchorst. *in comment. ad d. l.* 2. fidejubere v. est tale officium virile cum periculo mixtum *l.* 1. §. 1. *ff. ad sctum vellej.* Bronch. *cit. l. p. m.* 10. Dum itaque et jure culmensi moribusque Prussiae regalis, foeminae excluduntur a virilibus officiis; non video, cur hic non eadem ratio obtineat in fidejussione. Non inutilis ergo erit et hoc jure allegata civilitatis cautela, cum nulla jura decipientibus sed deceptis succurrere soleant *l.* 2. §. 3. *ff. et l.* 5. *c. ad sct. vel.* Molina *de j. et disp.* 540. *n.* 18. Hering. *de fidejuss. c.* 7. *n.* 425. Sed haec tantum praesumptive probata velim, cum in jure culmensi, quod ad manus mihi est, nulla ejus expressa decisio.

5 Ad personarum quoque respectum pertinebit ratio prohibitionis a jure fidejussorum vel mandatorum de restituenda dote *per rubr. c. Ne fidejussores vel mandatores dotium dentur* Johann. Gutierez. *de juram. confirm. p.* 1. *c.* 21. *n.* 11. cum id adversetur civilitati et dilectioni conjugum mutuae, plus extraneo credere velle, quam marito. dn. Brunn. *in comment. cod. ad l.* 1. *et* 2. *ne fidej. dotium dentur. n.* 2. hinc que semina deriventur odii, diffidentiae, rixarumque perpetuae. Datur enim fidejussor personae, ideoque per consequens persona mariti uxori suspecta videtur. Hilliger. *in Donell. l.* 15. *c.* 48. *tit. l.* Et quamvis necessitas potius esse videatur, quam civilitas, eo quod nec a marito sponte offerente fidejussio acceptanda sit. Molina *disp.* 425. *n.* 2. Bachov. *ad treutl. vol.* 2. *disp.* 7. *th.* 4. Hilliger. *cit. loco.* ob jus prohibitivum obstans. Guttierez. *cit. loco n.* 13. illa tamen non moralis erit, quia cum juramento mariti juncta valida redditur. Guttierez. *n.* 14. Quod alias non obtineret. Erit igitur civilitas dicenda, ad minimum in ultimo casu, ubi acceptatio fidejussorum cum juramento permissa, vel etiam moribus, si sponte offeratur a marito. Carpz. *p.* 2. *const.* 42. *def.* 17. Mev. *p.* 2. *dec.* 367. Dn. Praeses *caut. contr. s.* 2. *c.* 6. §. 14. Proficua vero tunc erit uxori, si marito sponte alias offerente fidejussores, eosdem modeste recuset, contestando affectum, se majorem marito fidem habere, quam fidejussoribus, et possessionem tantum pignoris et hypothecae ipso jure debitae desiderare, *Sie traue seiner person, und verlange nur den Besitz seiner Güter, als die Ihr schon jure hypothecae zukaemen*, sic facilius sibi devinctum habebit maritum in concedendis sibi omnibus bonis: quod quidem cum generaliter superfluum videatur, eo quod mariti bona per se jam tacite hypothecata sint uxori. Guttierez. *de juram. confir. p.* 1. *c.* 21. *n.* 11: in eo tamen differentia latet, quod dum ipsa pignus possidet, difficilior sit marito bonorum distractio. Sicque melius erit intacta jura servare, quam post vulneratam causam remedium quaerere. *per l. fin. c. in quibus causis restit. in integrum.*

Dictum vero, varia ipsis fidejussoribus propter eo- 6
rum civilitatem concessa esse a jure beneficia, quibus tamen si vel renunciaverint. *nov.* 136. *c.* 1. Hering. *de fidejuss. c.* 27. *n.* 186. *et alii quos allegat. illustris.* Dn. Rhetius *d. dis. de jure fidei. c.* 6. *p.* 42. Dn. Praeses *caut. contr. s.* 1. *cap.* 5. *et s.* 2. *c.* 6. *th.* 20. vel etiam se tamquam principales debitores novando obligaverint, non juvantur *arg. l.* 15. *c. d. episc. et cler. l. pen. c. de pactis* Berlich. *p.* 2. *concl.* 23. *n.* 4. *aliique quos in d. diss. vid. cit. l. jus culmense l.* 4. *tit* 10. *cap.* 3. *vers. Es waere denn dass sich der Bürge als selbst Schuldiger obligiret*, vel, quod saepe evenire solet, si se sub clausula obligarint, *saemtlich und sonderlich alle für einen, und einen für alle; jur. culm. cit. loco. in fin.* Nullum hic suppetere puto aliud remedium, quo a se primam excussionem declinare possint, quam civilitatis proficuae cautelam, ut scilicet initio statim sumptus processus et cautionem periculi creditori offerant, quibus hic quasi suum et alienum negotium gesturus contra debitorem principalem vel confidejussorem agat. Hering. *de fidejussoribus c* 27. *p.* 1. *n.* 196. *et c.* 30. *n.* 61. Marsilius *in rubrica de fidejuss. n.* 65. probaturque id communiter arg. *l.* 22. §. 2. *ff. mandati item l.* 45. §. *ult. ff. et* §. 2. *inst. eod.* additque rationem dn. Praeses *ex l.* 2. §. 5. *ff. de aqu.* quia, cum illud non noceat creditori, fidejussori vero prosit, merito ad hunc potest compelli *caut. contr. s.* 2. *c.* 6. *th.* 23. Ubi tamen necessariam limitationem subnexam intelligo, quam addit. dn. Brunn. *in comm. ff. ad d. l.* 22. §. 2. *ff. mandat. n.* 4. si scilicet facile excutiendus et ipse principalis, seu, quod idem dixerim, si solvendo sit. Nam alias simplex fidejussor destituitur beneficio, si notorie constet, debitorem non esse solvendo. Myns. *cent.* 2. *obs.* 15. Gailius *l.* 2. *obs.* 27. *n.* 14. *cit. disp. de jure fidei c.* 6. *p.* 47. *circa finem et ibi allegati ddres.*

Sequitur jam secunda species contractuum per ac- 7
cessionem mixtorum, quae est pignoris datio, actus per se liberalis et civilis, qua detentio rei concedi-

tur, naturam vero suam trahit ex contractu, cui securitatem praestat. Grotius *l.* 2. *c.* 12. *th.* 6. *in fine.* Actum civilem et liberalem cum Grotio dixi ideo, quod necessitatem ejus excludam, cum nec ad substantiam contractus praecedentis quid conferat, nec necessitatibus humanis urgentibus introductus sit. Simplicem igitur agnoscit civilitatem pignoris datio et quidem proficuam, ad faciliorem crediti consecutionem, in quam tunc facilius creditor consentit, si pignore sibi cautum videat. Extenditur vero porro debitoris civilitas, quando creditori pignoris usum vel expresse per pactum concedit, Bachov. *in tr. de pign. l.* 1. *c.* 14. *n.* 4. vel tacite, si nullae usurae promissae, per contractum antichreticum *l.* 8. *ff. in qu. caus. pign.* Carpzov. *p.* 2. *const.* 30. *def.* 40. magno certo sui lucro, sed ingenti simul cum incommodo creditoris. Hac enim civilitatis specie id efficit, ut, quod ipsi ob inopiam vel imperitiam ex fundo jam oppignorato percipere non licebat, per creditorem id acquirere possit, qui, dum tantum ad legitimum usurarum modum fructus percipit Franzk. *ad tit. de pignor. n.* 49. Cujac. *l.* 8. *obs.* 17. Carpz. *p.* 2. *c.* 3. *def.* 40. caeteros non tantum perceptos sed et percipiendos *l.* 3. *c. de pign. act.* h. e. quos ipse creditor, ut diligentissimus paterfamilias percipere potuisset, Bachov. *de pign. l.* 5. *c.* 25. restituere cogitur. Eadem videtur ex *jure culmensi* praesumptio, eo quod ut diligens paterfamilias et ut proprium bonum custodire jubetur *l.* 4. *tit.* 4. *c.* 1. 1. Jam vero quilibet rem propriam cum exactissima diligentia colere praesumitur. Ob quam causam saepius contingit, ut creditores amplissimas hypothecas possidentes et credito suo et hypotheca simul excidant, et ipsi creditores debitores fiant. dn. Praeses *caut. contr. s.* 2. *c.* 4. *th.* 22. dum fructus singulis annis percepti in usuras imputantur, quodque superest, sorti detrahitur, quo casu sors non tantum, sed et usurae singulis annis minores fiunt, et tandem penitus absorbentur; sicque ipse debitor a solutione debiti liberatur. Berlich. *p.* 2. *concl.* 1. *conf. caut. contr. cit. l.*

8 Verum cum tam dura sit creditoris sors, dispiciendum erit, annon hic civilitate proficua sibi remederi quoque possit, tamen ut antichre-in simul utilissimam et possessionem pignoris retineat. Puto, si ex civilitate pignus sibi in possessionem et antichresin concessum restituat, vel offerenti relinquat misero certe et inopi debitori ejusque detentionem superfluam, et fructus concedat, sub clausula tantum constituti possessorii, et ut tantum fructus ad legitimum usurarum modum ipsi solvat. Tunc enim eo ipso se a cura percipiendorum fructuum, servandiq; pignoris a deterioratione liberat, cum haec cura in gratiam et commodum debitoris desideretur, Fagund. *de just. et contr. l.* 7. *c.* 5. *n.* 90. *v. primus est*, ideoque debitori actiones a jure concessae dn. Brunn. *in paral. Wes. qu.* 9. *ff. de pign. ad* qui jam dum ipse negotium gerit rei suae, sibi imputabit, quod non potentius egerit, cum quilibet rei suae optime prospicere praesumitur: interim vero, si ita debitor fuerit negligens, ut nec fructus legitimos antichreticos creditori praestiterit, ideo tamen ex pacto vel contractu, do ut des, huic erit obligatus ad minimum ad fructuum aestimationem, sicque usurae, vel fructuum aestimatio simul ut accessorium hypothecam vel pignus absorbere possunt. Sunt enim usurae pars sortis, sicut fructus pars fundi dicuntur, et hinc principalis sui naturam et privilegia sortiuntur, *l.* 18. *ff. qui pot. in pign.* dn. Brunn. *in processu concursu cred't. c.* 5. *th.* 72. quod tamen jure saxonico in concursu immutatum refert Carpz. *p.* 3. *const.* 28. *disp.* 161. Caeterum haec debitori concessa detentio nihil in minuendo jure creditoris confert, cum clausula constituti possessorii naturalem et civilem possessionem tribuat, Mevius *decis.* 159. 160. 350. aliaque praeterea commoda conferat. de quibus vid. dn. Praeses *caut. contr. s.* 1. *c.* 3. *th.* 35. *et s.* 1. *cap* 5. *th.* 24. *it. s.* 2. *c.* 2. *th.* 7. *sect.* 4. 19.

In ipsa vero distractione pignorum, dum pactis 9
caveri solet ut, si intra certum diem non solvisset debitor, creditori vendendi licentia sit concessa, hinc sine ulla denunciatione licebit eamdem rem vendere, cum dies hic interpellet pro homine. Ergo sic dicta denunciatio seu admonitio non erit necessaria pars hujus distractionis, sed ex civilitate denunciantis utilis tantum. (1) Ut absit omnis suspicio fraudis. Molina *disp.* 538. *n.* 6 cum ipse debitor praesens videat pignus distrahi. Neguzant. *memb.* 1. *c.* 6. *n.* 6. conf. Hartm. Pistor. *p.* 3. *qu.* 18. *n.* 2. nimirum omnia bona fide agi, rem justo pretio vendi, plus offerenti dari, sine metu collusionis aut simulationis juxta regulam *l.* 4. *c. de pign. distract.* Brunnem. *in parat. qu. Wesenb. ad d. t. qu.* 3. *in fine.* (2) Ut ipsum debitorem per denunciationem in majori mora constituat *per l.* 32. *ff. de usuris et fructibus.* Nec obstare puto *l.* 4. *c. de pign. distract. et l.* 10. *c. de pignoribus.* quae necessitatem denunciationis velle videntur. Praebent enim tantum leges dictae consilium civilitatis, majoris commodi causa, juxta allegatos ddres conf. fuse dn. Brunnem. *in comm. c. ad d. l.* 10. *c. de pignoribus et infra c. ult.* §. 3. Nam si creditor probare possit, se rem bona fide vendidisse, non obtinebit poena legis, quae in fraudem creditorum tantum animadvertit. Ut vero hac probatione liberetur, utilior est commendata jam denunciationis civilitas. Jure culmensi adjudicatio judicialis, ut securissima commendatur *l.* 4. *tit.* 4. *c.* 5. Quid si vero expressa conventio partium adsit de distrahendo pignore, probabile est, nec hoc jure necessariam esse admonitionem, cum pacta dent legem contractui. Citatus enim textus non de denunciatione, sed de adjudicatione judiciali tantum loquitur. Potest ergo creditor sine denunciatione rem distrahere, modo in judicio fiat adjudicatio. Quod etiam moribus Germaniae observari docent Struvius. *exerc.* 26. *th.* 47. Carpzov. *p.* 1. *const.* 28. *def.* 136.

Occasio hujus pignoratitii contractus, ex quo tam 10
pingue jus creditori nascitur, miserrimae aliorum chirographariorum conditionis simul recordamur, quorum omnis spes frustulo chartae obligatoriae annexa est. Ut vero et hisce civilitas proficua sit, quae pignoris jus acquirat, commendant ddres, ut talis creditor debitori suo petenti iterum mutuum non denegel, quamvis justas denegandi causas ob praecedens jam debitum allegare possit, sed ex civilitate credat iterum, de pignore tantum ultimi debiti sibi prospiciens, quod ipsum tamen caute eius aestimationis eligere debet, ut prioris debiti valorem simul aequet. Sic si contigerit ut debitor ultimo debito ex soluto

pignoris restitutionem petat, utique illud simul juste retinebit creditor, seque tutabitur exceptione *rubricae c. etiam ob chirographarium debitum pignus retineri posse.* Quam cautelam non iniquam esse docet dn. Praeses *caut. contr. sect.* 2. *c.* 4. *th.* 39. cum debitor sibi imputet, quod moras solvendi nectat; et creditori contra morosum debitorem vigilanti ignoscendum. Ipsa vero haec civilitatis cautela quam late in omnibus debitis ampliari possit. *vid. in Neguzant. m.* 3. *p.* 5. *n.* 46. et quibus modis restringitur ibid. et dn. Brunn. *in commentar. c. ad l. unic. c. etiam ob chirogr. debit. n.* 12. Idem *jure culmensi lib.* 4. *tit.* 4. *c.* 9. *Wenn die Schuld bezahlet ist, so ist das Pfand befreyet—, es waere denn, dass der Glaeubiger fernere Zuspraech zum Schuldner haette, etc.*

11 Eodem fere pertinet creditorum hypothecariorum posteriorum vel minus privilegiatorum conditio, quae saepe efficit, ut exhaustis per priores magis privilegiatos bonis, omni tandem spe destituantur. Proficuam igitur hic commendant leges civilitatem *l.* 1. *et l.* 10. *c. qui potiores in pignor.* eam scilicet, ut posterior creditor primo offerat debitum, quo ipso rem primo creditori obligatam a nexu illius liberat et pignus sibi confirmat, succedendo in ejus locum *per l.* 22. *c. de pignor.* Neguz. *memb.* 3. *p.* 5. *tota.* Idem in minus privilegiato obtinet, qui dum magis privilegiato v. c. uxori dotem offert, se in illius locum constituit *cit. l.* 10. *c. qui potiores in pignore.* Verum vel pauca exinde videtur utilitas, ob aequalem debiti cum debito compensationem, vel etiam subest metus damni, dum saepe nec tantum in bonis superest, quantum primo creditori satisfieri possit. Est tamen aliqua et hic utilitas, cum saepe eveniat, ut creditor prior viliori pretio jus suum transferat, vel, quod in posteriori casu maxime notandum, saepe bona ab uxore loco dotis possidentur, ex quibus amplissimos redditus alimentorum loco percipit dn. Brunn. *Parat. qu.* 38. *ff. sol. matr.* Ex quibus tamen ipsis facillime sibi creditores satisfacere possent. Hinc si dotem ipsam offerant, hoc tam insigni lucro mulierem privant, sibique de recuperatione debiti ex amplissimis redditibus facillime prospiciunt. Aliud quoque commodum ex hac oblatione suppeditat dn. Brunn. *in comm. c. ad l. cum tibi* 10. *c. qui potiores in pignor. n.* 4. Si ipse maritus ad inopiam vergat, ut tunc illico dotem uxori, eo quod huic in hoc in casu jam actio nata. Neguz. *membr.* 6. *p.* 6. *n.* 4. offerant, ut jus in reliquis bonis jamjam ob inopiam mariti distrahendis sibi acquirant.

CAPUT VI.

De civilitate proficua circa obligationes ex delicto.

SUMMARIA

Ad contractuum naturam accedit materia obligationis ex delicto. An in hac obtinere possint remedia civilitatis proficuae? Quae admittenda? n. 1.

Spontanea confessio an sit remedium civilitatis, et quidem proficuae? Aff. utroque jure, civili et culm. praesertim, si ad spem impunitatis extorta, cum distinctione tantum circa judices. n. 2.

Poenitentia est alterum remedium generale civilitatis proficuae. Quando et quomodo obtineat? Refutatur Thomas Ferrarius. Quid jure culmensi? n. 3.

Tertium civilitatis prof. remedium generale exhibet transactio. Quando admittenda? Juris culmensis disquisitio. n. 4.

Pro injuriarum poena liberanda duplex civilitatis proficuae cautela. idem jure culmensi. n. 5.

Cautela civilitatis prof. pro amasiis ad evitandum matrimonium vel dotem, si concubitus praecesserit. n. 6.

Quomodo adulteris succurratur ex civilitate proficua, utroque jure civ. et culm? n. 7.

1 Ad contractuum naturam accedit materia obligationis ex delicto ad poenam. Grot. *de j. b. et p. l.* 2. *c.* 20. *th.* 2. add. *l. imperat.* 34. *ff. de jure fisci. l. ult. c. ad l. jul. majest.* Conf. Struv. *synt. j. c. ex.* 48. *th.* 3. Cum vero haec ita necessaria sit, ne delicta maneant impunita, et cum conveniens sit, ut provincia malis hominibus purgetur. *l. congruit* 13. *ff. de offic. praesidis* difficultas obstabit, quo minus cautelae civilitatis proficuae in hac dissolvenda obligatione obtinere possint, cum praeterea ipsa haec obligatio obligantis quoque utilitatem concernat Grot. *cit. l.* 2. *c.* 20. *th.* 7. *n.* 1. Probe tamen hic notat Thomas Ferrarius *in tract. caut.* 26. *n.* 1. quod cum multoties homines non dolose, sed inadvertenter delinquant, aut si scienter doloseque aliquando delinquant, conversi ad poenitentiam fiant erga Deum justiores, non denegandae sint cautelae, ad liberationem quoque in foro externo consequendam, praesertim in dubia litis causa et eventu. Satiusque hic erit nocentem absolvere, quam innocentem condemnare. Illas vero hic tantum commendatas inserimus, quae justitiam natura in se continent aut ad minimum, monente eodem Ferrario *tract. caut.* 23. *pr.* juridice exercentur, hoc est, quae jus quidem per se non tribuunt, effectum juris tamen concedunt. Sicque pro legalitate istarum cautelarum faciet famosum illud: *injustum illud dici nequit, quod auctore praetore fit.*

Primum igitur quod in minuendis poenis civilitatis 2
proficuae nomine venire potest, spontanea confessio erit, monente *lege unic. c. ne tutor vel curator. vect.* Sane si indiciorum et probationum defectus adsit, reum ad confessionem cogi non posse docet. *l. qui accusare* 4. *c. de edendo. conf. jus culmense l.* 2. *tit.* 16. *c.* 1. *wer beweisen soll, etc.* nec injuste ex justitia interna. Poena enim est malum passionis ob malum actionis, definiente illam Grotio *de j. b. et p. l.* 2. *c.* 20. *th.* 3. et sic poena inviti erit. Non vero permittit amoris, quem nobis debemus, teneritudo, ut molestum aliquod in proprium corpus expectamus, cum molestum aversemur et fugiamus. Poenam vero si nobis infligi desideramus, appeteremus rem, quam aversaremur, quod contradictionem implicat. *Conf. cit. medit. polit.* Dn. Becman. *c.* 15. *th.* 4. Est igitur magna in confessione spontanea juris proprii submissio, ideoque magna quoque civilitas. Non illicita tamen ob

utilitatis publicae causam, qualem in poenis, ut causam finalem requirit Grotius *de jur. b. et p. l.* 2. *c.* 20. *th.* 4. dum interim proprie is, qui sponte confitetur, non statim fit instrumentum poenae activum, quale quid illegitimum esse, vid. *in d. m. pol. p.* 208. Jam quid commodi ex hac civilitate delinquenti proveniat, controvertitur? Communiter quidem *arg. l.* 5. *ff. de custod. reorum. et l.* 16. *c. de poenis*, remissionem delicti plane negant ddres Anton. Matth. *l.* 48. *tit.* 18. *c.* 5. *n.* 3. Struv. *synt. j. c. exercit.* 49. *th.* 89. Verum dictae leges confessionem talem intelligunt, quae praemissis aliis documentis, ita a reo exacta est, ut eam negare vix possit, *verbis fin. l.* 26. *cod. de poenis.* Et hinc jure culmensi contra tales, *die in ihrer Antwort fürsetzlich laeugnen und dessen hernach mit Recht überwunden werden* juxta rubr. *c.* 5. *tit.* 11. *l.* 2. gravius adhuc proceditur, adeo quod in duplum etiam puniantur, verbis: *Sondern auch noch einst so viel an Geld zu erlegen schuldig seyn* per d. t. Ergo si ita dubia est probatio, ut aliter sciri nequeat, quam ab ipso reo, ipseque reus jus quod habet, vi *l.* 4. *c. de edendo.* submiserit, confitendo delictum sponte, sane id commodi ex aequitate consequitur, ut poenae, si non remittantur, ad minimum minuantur, vi verborum: *quoniam ultro me adiisti l. un. c. ne tutor vel curat. vectigal.* Dn. Brunneman. *in parat. Westenb. qu.* 36. *n.* 10. *ff. de poenis* conf. fusius Tiraquell. *tract. de poenis causa* 30. praesertim si spe impunitatis promissae, quae promissio utique servanda, cum homines sint adhuc, adeoque jurium capaces. Clarus §. *fin. qu. c.* 5. *n.* 8. Carpz. *proc. j. qu.* 113. *n.* 5. Brunneman. *tract. de proces. cr.* 8. *n.* 53. Hoc ita de judice superiore Farin. *qu.* 81. *n.* 277. et de delictis, quae jus aggratiandi permittant. Struv. *s. j. c. ex.* 49. *th.* 89. *n.* 1. Coram judice inferiore enim ad minimum non nocet haec civilitas. Dn. Brunneman. *cit. tract. c.* 8. *n.* 55.

3 Alterum submissionis testimonium poenitentia, cum annexa damni restitutione, exhibet. Contra quam non injuste argumentatur *Grotius* circa remissionem poenae *de jur. b. et pacis. l.* 2. *c.* 20. *th.* 11. *n.* 2. *et seq.* denegando impunitatem (1.) quod de vera poenitentia inter homines constare vix possit, et quemlibet impune sua facta laturum, si eam quovis modo profiteri sufficiat. (2.) Deum ipsum non semper poenitentia ductis omnem remisisse poenam, quod exemplo Davidis patet Verum (1.) nec hic totalem remissionem ut effectum hujus civilitatis proficuae intellectum volo, sed tantum leviorem poenae gradum infligendum, praecipue in iis delictis, quae quis non tantum ignorans, sed et per ignorantiam admisit, non admissurus prorsus, si actionis circumstantias scivisset *l. fin. ff. de ritu nupt. conf. jus. culmens. l.* 5. *p.* 2. *tit.* 7. *c.* 10. Antonius Matth. *l.* 48. *tit.* 18. *c.* 5. *n.* 3. Struv. *cit. Ex.* 49. *th.* 19. *n.* 2. praesertim, si antequam accusatus fuerit, poenitentia ducatur. Carpz. *p.* 1. *qu.* 49. *n.* 72. (2.) Totalem quidem remissionem admitto, sed in delictis nondum consummatis, quia, dum poenitentia reducit rem ad pristinum statum, poenam quoque abolere debet, *l. quamvis non* 11. *ff. de in jus vocando. l.* 8. *pen. de alienat. jud. mut. causa facta.* P. Barbosa *ad l. alia* 15. §. *eleganter n.* 4. *ff. solut. matrim.* Conf. Grot. *de j. b. et p. l.* 2. *c.* 20. *th.* 22. *n.* 2. Idem jure culmensi, nisi quod pro varietate circumstantiarum extraordinarie puniatur reus. *arg. l.* 5. *p.* 2. *tit.* 10. *c.* 3. *von Nothzoegen die nicht vollenzogen.* (3.) In delictis, quae natura vel jure divino morali non involvunt poenam, in quibus, ut dictum, aggratiandi jus obtinere potest, Tiraquell. *de poenis mitigandis qu.* 60. Farin. *qu.* 124. *n.* 120. Carpz. *p.* 2. *decis.* 185. Ex quo facile dignosci potest, quam absurda sit Thomae Ferrarii *cautela. tract. caut.* 25. pro blasphemante Deum et Sanctos, ut evitent poenam legis punientis blasphemias, nimirum ut tunc vadat ad confitendum peccata sua poenitentiamque contestetur, quia tunc habita a sacerdote absolutione, et sic peccatorum remissione, intelligitur pacem fecisse cum Deo qui per blasphemias principaliter offenditur, ad cujus refutationem vid. simul quae adducta ex Grotio exhibentur *pr. h. th. n.* 2. (4.) In delictis, quorum poena non ad rei persecutionem, sed ad vindictam tendit, ut in injuriis. Quod tamen non universaliter, sed in quibusdam judiciis tantum ante litem contestatam observari docet, Struv. *synt. jur. civ. th.* 64. *ad. tit. ff. de injuriis.* (5.) In delictis, quae publicum interesse concernunt, in iis enim, quae privatum actionis interesse tangunt, judex remittere nequit. Hinc poenitentia et spontanea restitutione non liberatur fur ab actione furti *l.* 65. *et* 54. §. 3. *ff. de furtis. jus culmens. l.* 5. *p.* 2. *tit.* 18. *c.* 1. bene tamen liberatur a poena laquei, ut quae publicum concernit. Carpzov. *pr. crim. qu.* 80. *n.* 66. Dn. Brunnem. *in comment. ff. de furtis et* Finckelthaus. *obs.* 71. Hinc et jure culmensi expresse monentur judices *l.* 5. *p.* 5. *tit.* 16. *c.* 2. *das ein bescheidner Richter, ob Besserung zu hoffen, erwegen soll, und die Straffe auf Verweisung* (cum alias sit poena laquei) *und ewiger Phede darnach richten.* Poenitentia vero est talis actus, quo mala praeterita plangimus, et agenda iterum non committimus *c. poenitentia* 1. *de poenitentia dist.* 3. h. e. vitam emendamus.

Tertium civilitatis proficuae argumentum est trans- 4
actio, de qua generaliter vid. *supra c.* 4. *th.* 22. utilissima in delictis admissis, non futuris, in quibus omnino prohibita est *l.* 27. §. 4. *ff. de pactis.* Struv. *synt. j. c. exerc.* 6. *th.* 60. ideo vero civilitatis argumentum dicta, quod consistat in spontanea juris sui submissione, per remissionem strictae praetensionis a parte actoris et donationem alicujus rei a parte rei. *l.* 38. *c. de transact.* Brunnem. *in paratit. Westenb. qu.* 8. *ff. de trans.* Molina *dis.* 556. *n.* 5. Spontaneam vero ideo dixi, quod ad eam nemo cogi aut dolose persuaderi debeat, Lessius *de just. jur. l.* 2. *c.* 31. *dubit.* 8. *n.* 49. Licita igitur et utilis est transactio ex famosa *l. transigere.* 18. *c. d. transact.* Conf. *l.* 4. *tit.* 13. *cap.* 1. *juris culmens.* (1.) In delictis capitalibus ob miserationis rationem, Bachov. *ad d. l.* 2. *pand. c.* 2. *de trans. obs.* 3. *n.* 3. excepto adulterio *l.* 18. *et l.* 10. *c. ad l. jul. de adulterio*, propter inhaerens vitium lenocinii, Brunn. *in comment. c. ad l. transig* idem *jure culmens. l.* 5. p. 2. *tit.* 13. *c. un.* licet hoc moribus immutatum velint Carpz. *pr. crim. p.* 2. *qu.* 71. *n.* 31. Heigius *pr. qu.* 29. *n.* 79. ita tamen licita est, ut publico non praejudicet, vel alteri interessenti, Carpz. *pr. crim. p.* 3. *qu.* 148. (2.) In delictis privatis, ut ab actione instituta liberetur reus, *l.* 17. §. 1. *de pactis. l.* 56. §. 4. *de furt. l.* 13. *c. eod.* non vero ut poenam infamiae evitet, si delictum sit ex maleficio,

ctio, suffecturam etiam sine precibus vel imperio testium collectionem *arg. d. l.* 21. §. 3. *vers. collectos ff. qui test. fac.* Dn. Brunnem. *in comment. c. ad auth. rogati c. de testibus.* Suffecturam concesserim, sed minus quid vel nihil effecturam. (1.) Cum ea, quae sunt voluntatis, non agnoscant imperium. (2.) Ob metum exceptionis testimonii metu depositi, si vel ab ipso testatore, vel alio, qui fungatur vice ipsius testatoris, qualem in invitatione testium sufficere docent Alexand. *vol.* 2. *cons.* 47. *n.* 5. Crav. *cons.* 117. *n.* 21. Alciat. *l.* 9. *cons.* 111. *n.* 10. minae accesserint. Sic enim quia ipsa substantialia testamenti, qualia hic sunt a jure civili inducta testimonia. Mantica *de conj. ult. vol. l.* 2. *tit.* 11. *n.* 3. metu facta, recte quoque rescindi poterit testamenti vis ex generali ratione *tit. ff. quod metus causa.* Jure culmensi tamen minor istius decisi videtur necessitas, cum judicialia testamenta maxime hoc jure obtineant. *Erbfaelle der Lande Preussen. c.* 1. 2. 3. *et j. culm. l.* 3. *tit.* 8.

3 Interna substantialis dependet ab haeredis institutione §. 34. *institut. de legat. l.* 1. §. *ult. ff. de vulg. et pupill. substit.* Baldus *ad l.* 1. *n.* 1. *vers. secundo ff. de testam.* In hac iterum quae est inter patrem et liberos multa *humanitatis causa* indulta sunt, ut loquitur *pr. l.* 15. *c. de impuberum et aliis substitutionibus* cum nullus affectus vincat paternum *l. fin. c. de curat. furios.* hinc beneficia *d. l.* 15. *c. de imp. l. hac consultissima* 21. §. *ex imperfecto.* 1. *c. de testam.* aliaque originem traxere suam. Occurrit vero hic specialis civilitatis ex intensione dilectione derivatus casus. Quando nimirum pater filium non instituit, sed tantum eidem benedicit, et jure benedictionis vel pro sua benedictione relinquit ipsi quamdam partem. *An haec paterna dilectio et civilitas sanet vitia testamenti, in quo filius haeredis titulo honoratus non est?* Id vult Jaso *in aut. Non licet. num.* 2. *c. de liberis praeteritis.* Quod tamen vitio scriptoris attribuit Mantica *de conject. ult. volunt. l.* 4. *tit.* 4. *n.* 4. *in fine.* ex eo, quod Jason in aliis locis, ut in *auth. novissima c. de inoff. testam.* diversum sentiat, docetque ipse Mantica, benedictionem hanc non idem obtinere ac haeredis institutionem, nisi in illis locis, ubi communis usus loquendi aliud obtineat, quo tamen homines rusticos et imperitos uti asserit *ibidem.* Verum juste hanc civilitatem paternam defendi posse puto *ex l.* 15. *c. de testamentis.* per quam, quibuscunque verbis haeredis institutio facta fuerit, salvari potest, modo intelligatur, testatorem idem sensisse, ac si expresse institutionis titulo usus fuisset. Si enim valet, haereditatem relinquo, lego per d. l. Hilliger. *in Donellum l.* 16. *c.* 17. *lit. c.* (quod posterius verbum partis quantae significationem indigitat ex generali legatorum natura,) cur non valeret benedictionis titulus, qui ex intentione testatoris idem vult, quod institutionis praesertim inter christianos, cum ipsa scriptura hoc loquendi modo delectetur, quod exemplo Jacobi probatur *Genes. c.* 49. toto et inprimis *vers.* 26. item Isaaci *Genes.* 27. Erit igitur hic loquendi modus non rusticus aut imperitus, ut vult Mantica, sed ex justa scripturae verborum imitatione pius. Quem ipsum jus culmense non improbare videtur. *Erbfaelle der Lande Preussen. c.* 1. *pr.*

4 Ipsa vero haeredis institutio eum infra legitimam per *l.* 6. *c. de inoffic. testam. et aut. novis. d. t. l.* 8. §. 6. *ff. eodem.* coercenda non sit. Qu. si pater vel expresse prohibuerit legitimae detractionem vel tacite *omnia et singula* bona subjiciendo fideicommisso, de qua clausula, *omnia et singula* vid. Berous *consilio* 24. *n.* 6. *in* Z. Cephal. *consil.* 272. *n.* 142. *et cons.* 16. *n.* 5. filius vero ex civilitate de inofficioso agere nolit, sed potius adeundo haereditatem tacite agnoscat voluntatem paternam; in aliis rebus a patre dispositis: *an haec civilitas praejudicet filio in amissione legitimae?* Resp. neg. cum Menochio *l.* 4. *praesumpt.* 196. *n.* 22. quia de legitima lex ipso jure rejicit omne onus et omnem illius prohibitionem, et ideo praeceptum illud nullum est, sicut in falcidia, ut hinc non nisi expressa filii renunciatione post mortem tollatur, per *l. si quando* 35. §. 1. 2. *ff. c. de inoffic. testam.* Ruin. *cons.* 56. *n.* 8. *v.* 2. Alex. *vol.* 4. *cons.* 89. qui sibi contrarius videtur *consilio* 271. *n.* 16. Hinc per simplicem haereditatis additionem haeres non tenetur servare praecepta testatoris jure improbata per *d. l.* 35. *c. de inoff. test.* quin quod possit venire contra factum defuncti in eo, quod disposuit adversus prohibitionem, prout fuse docet Peregrin. *de fideicomm. art.* 36. *n.* 82. 83. *et seqq.* Nec opus hic est expressa declaratione filii, quod velit habere legitimam non obstante prohibitione patris, ut vult Calcan. *cons.* 56. *n.* 18. cum haeredes adeundo haereditatem in id se teneri consentiant, quatenus lex disponit. Unusquisque enim praesumitur velle, quod leges locum habeant in actibus suis, id quod eo extendit Peregr. *d. art.* 36. *n.* 87. et si filius expresse dicat, se approbare voluntatem patris, simpliciter tamen et indistincte, non praejudicare sibi, quia non generalis et indistincta, sed specialis requiritur a legibus approbatio, nisi per generalem expresse specialis possit intelligi, vel juramentum accesserit. Ripa *in l.* 1. *ff. de leg.* 1. *col.* 1. 2. 4. Cephal. *cons.* 153. Menoch. *cons.* 71. *n.* 21. 24. Quoad tacitam prohibitionem, quae fit per fideicommissum omnium bonorum, nulla mentione facta legitimae, addendam tantum duxi Jasonis subtilem rationem *in l. more. n.* 41. *ff. de jurisd. omnium judicum*, quam refert Peregrin. *c. l. n.* 81. nimirum: quod approbatio pro sui natura non extendatur, et ideo filius non profert patris testamentum ad legitimam, de qua nihil dictum. Ampliatur porro dicta assertio etiam in casu, quo filius aliquid, minus tamen legitima accepit per *d. l.* 35. *c. de inoff.* quia et hic filius voluntatem paternam approbavit, salvo jure suo, non ex judicio patris, sed legis auctoritate sibi competente. Ruin. *cons.* 56. *n.* 8. Cephal. *consilio* 188. *n.* 30. Peregrin. *cit. art.* 36. *passim.* Idem jure culmensi, *dass die Eltern die legitimam den Kindern ohne Beschwerung verlassen*, *l.* 3. *tit.* 8. *c.* 11. Conf. *Erbfaelle der land. Preussen. c.* 41. *pr.*

Quid si vero pater pacto filium, de non agendo querela inofficiosi, de non petendo ad supplementum legitimae, adstrinxerit, filiusque ex civilitate et reverentia patri non contradicat, an tunc nocet civilitas filio? Utique juste negat illud *cit. l.* 35. §. 1. *c. de inoffic. testam.* egregio a civilitatis contrario ducto argumento, quod meritis h. e. *beneficiis*, ut Gothofred. *ad l. cit l. c.* notat, magis conveniat filios ad paterna obsequia provocari, quam pactionibus adstringi, Conf. *l. pactum.* 3. *c. de collationibus et l. fin. c. de pactis.* Hinc ubi lex ipsa resistit, ibi nulla li- 5

blicis judiciis et jur. culm. l. 5. p. 2. tit. 8. a quibus poenis nulla reo relicta liberatio, nisi per remissionem a conjuge innocente factam *aut. sed hodie c. ad l. juliam de adult.* Conf. *jur. culmense lit. l. c. 4.* ob honorem matrimonii tantum concessam, Struv. *syntagm. jur. civ. ad tit. ad l. jul. d. adult. th. 30.* In qua quidem extorquenda sola civilitatis proficuae remedia adsunt, preces nempe et blanditiae, quibus conjugum ira mitigari solet, praesertim si amica et blandissima in concubitum accesserit invitatio, in quem si consenserit conjux, facillime alias ad voluptatem, honestam tamen inter conjuges licet alio fini quam progenerandae soboli institutam, vigore *1. Corinth. 7. vers. 2.* Dn. Praeses *in tract. de jure sensuum diss. 7. c. 5. n. 21. 22. 23.* pelliciendo; sic jus agendi et poenam exigendi remisisse videtur. Carpzov. *prax. crim. p. 2. qu. 55. n. 40.* Berlich. *p. 4. concl. 27. n. 104. arg. l. 11. et aut. sed novo c. ad l. jul. de adult.* Nec id jure novissimo immutatum *nov. 117. c. 8.* vigore cujus durante processu ante condemnationem retineri potuit et debuit in domo conjux accusata. Non tamen cohabitare carnaliter potuit cum ea maritus. Carpzov. *cit. l.* Brunnem. *in parat.* Wesenbec. *qu. 17. ff. ad l. jul. de adulterio.* nisi jus suum remisisse dici velit. Idem *jure culm. cit. l. verbis: Und ferner Ehelichen beyeinander wohnen wollen.* Ea tamen juris civilis et culmensis differentia, quod jure civili in adulterio simplici per talem intercessionem conjugis omnis remissio videatur intellecta, in duplicato vero mitigatio tantum obtineat, ut mutata poena mortis sit in poenam exilii, quam et conjux innocens sequi tenetur. Brunnem. *in paratit.* Wesenb. *qu. 30. ff. ad l. jul. de adult.* Jure culmensi vero etiam in simplici adulterio tantum mitigatio obtineat *cit. l. 5. p. 2. tit. 8. c. 4. verb. jedoch dass sie beyde das Land raeumen.* ex ratione, quod et simplex hoc jure adulterium sit capitale. *cit. l. tit. 10. Von Straffe der Nothzoege* quod secus *jure civili §. 4. in fine inst. de publicis judiciis.* Et sic et hisce specialioribus casibus satisfactum. Caeterum plures dari non nego, sed quos ad generalia civilitatis proficuae remedia §. 1. *et sequ.* allegata remisisse sufficiet.

CAPUT VII.

De civilitate proficua circa ultimas voluntates.

SUMMARIA

Ultimae voluntates prae actibus inter vivos civiliores sunt. n. 1.

In invitatione testium necessaria civilitas ob commodum. n. 2.

Paterna civilitas in benedictione, an sanet vitium omissae institutionis. Quid jure culmensi? n. 3.

An filio noceat civilitas, qui cum inofficiosi agere possit, non agat, et in reliquis voluntatem patris exsequitur? n. 4.

Item: si per pactum ex civilitate in voluntatem patris consensit? Quid juris in personis illustribus? n. 5.

Civilitas proficua commendatur filio, ne exhaeredatus inofficiosi agat, sed contra solemnia tantummodo disputet. juris culmensis mixta inquisitio. n. 6.

Ad evitandam exhaeredationem, justam alius, prodest civilitas filio? n. 7.

Quomodo turpis persona praefratre institui possit haeres, docetur ex civilitate proficua. n. 8.

Fideicommissorum origo et natura in civilitate, quomodo haec proficua facta? n. 9.

Ut legatarii legatum consequantur in casu, si haeres adire damnosam haereditatem nolit, non nisi sola civilitate juvantur, non obst. ll. n. 10.

An donatio mortis causa ex civilitate derivata dici possit? n. 11.

An liceat testatorem civilibus verbis ad sibi quid relinquendum adigere, quomodo dolus verus hic excludatur, non vero apparens? n. 12.

Declaratio civilibus verbis facta prodest, ne gestio pro haerede damnosa sit. n. 13.

Circa divisionem haereditatis cautela civilitatis proficuae. Juris Saxoniae et culmens. decisio. n. 14.

1 Ultimarum voluntatum natura, ut plurimum prae actibus inter vivos placidior, magnam civilitatis notam prae se fert, dum ipsa mortis cogitatio acerrimas quasque mentes ad mitiora trahit consilia. Quam in rem ita graviter Seneca *l. 4. de beneficiis 22. quid est quare grati velimus esse, cum morimur? In illo tamen cardine positi, abire e rebus humanis quam gratissimi volumus.* Ipsum igitur jus, relicta in ultima voluntate propter affectionem relicta praesumit. *l. 9. ff. pro socio.* Anton. Gomez. *var. res. t. 1. c. 9. n. 6* Quae qualiscumque sit, sive antecedens sive consequens, dilectionis tamen et civilitatis affectum denotat. Dum vero prae actibus inter vivos magis civiles esse diximus ultimas voluntates, magis quoque proficuas esse oportebit. Hinc tantum a legibus factae sunt auxilium, ut publici juris factae fuerint in exitu habendo *l. vel negare 5. ff. testamenta quemadm. aperiantur inst. pr n. 10. 11.* Quod facit famosum illud axioma: *leges non pati aliquem in anxietate mori.* Ut vero ultimarum voluntatum species, quas exhibet, Card. Francisc. Mantica *de conjecturis ult. volunt. lib. 1. tit. 5.* ordine ita percurramus, et ut circa et occasione earumdem civilitatis proficuae casus examinemus, ab ipso testamento ordiemur.

Formam externam seu assistentem constituunt so- 2
lemnia jure civili determinata, quorum praecipuum septem testium addit praesentia *l. si unus 12. c. de testam.* Quam quidem ita necessariam leges inducunt, quin magis necessariam adhuc ad valorem ejus praerequirant, aut potius suadeant civilitatem, cujus argumentum praevia est a testatore facta civilis invitatio, quae precibus peragitur. *Rogatos enim in testamento oportet esse testes* juxta verba *l. haeredes palam 21. §. 3. ff. qui testam. facere posse. auth. rogasti c. de testibus.* Quod ita ampliant ddres ut *rogationis* mentionem etiam testamento necessario inserendam esse judicent, alias eam non praesumi, cum sit solemnitas extrinseca. Mantica *de conj. ult. volunt. l. 2. tit. 11. n. 4.* Manzius *de testam. tit. 4. qu. 1. n. 102.* Alex. *vol. 2. cons. 70. n. 20. conf. 53. n. 11.* Movebit hic difficultatem pro elidenda civilitate obje-

ctio, suffecturam etiam sine precibus vel imperio testium collectionem *arg. d. l.* 21. §. 3. *vers. collectos ff. qui test. fac.* Dn. Brunnem. *in comment. c. ad auth. rogati c. de testibus.* Suffectoram concesserim, sed minus quid vel nihil effecturam. (1.) Cum ea, quae sunt voluntatis, non agnoscant imperium. (2.) Ob metum exceptionis testimonii metu depositi, si vel ab ipso testatore, vel alio, qui fungatur vice ipsius testatoris, qualem in invitatione testium sufficere docent Alexand. *vol.* 2. *cons.* 47. *n.* 5. Crav. *cons.* 117. *n.* 21. Alciat. *l.* 9. *cons.* 111. *n.* 10. minae accesserint. Sic enim quia ipsa substantialia testamenti, qualia hic sunt a jure civili inducta testimonia. Mantica *de conj. ult. vol. l.* 2. *tit.* 11. *n.* 3. metu facta, recte quoque rescindi poterit testamenti vis ex generali ratione *tit. ff. quod metus causa.* Jure culmensi tamen minor istius decisi videtur necessitas, cum judicialia testamenta maxime hoc jure obtineant. *Erbfaelle der Lande Preussen. c.* 1. 2. 3. *et j. culm. l.* 3. *tit.* 8.

3 Interna substantialis dependet ab haeredis institutione §. 34. *institut. de legat. l.* 1. §. *ult. ff. de vulg. et pupill. substit.* Baldus *ad l.* 1. *n.* 1. *vers. secundo ff. de testam.* In hac iterum quae est inter patrem et liberos multa *humanitatis causa* indulta sunt, ut loquitur *pr. l.* 15. *c. de impuberum et aliis substitutionibus* cum nullus affectus vincat paternum *l. fin. c. de curat. furios.* hinc beneficia *d. l.* 15. *c. de imp. l. hac consultissima* 21. §. *ex imperfecto.* 1. *c. de testam.* aliaque originem traxere suam. Occurrit vero hic specialis civilitatis ex intensione dilectione derivatus casus. Quando nimirum pater filium non instituit, sed tantum eidem benedicit, et jure benedictionis vel pro sua benedictione relinquit ipsi quamdam partem. *An haec paterna dilectio et civilitas sanet vitia testamenti, in quo filius haeredis titulo honoratus non est?* Id vult Jaso *in aut. Non licet. num.* 2. *c. de liberis praeteritis.* Quod tamen vitio scriptoris attribuit Mantica *de conject. ult. volunt. l.* 4. *tit.* 4. *n.* 4. *in fine.* ex eo, quod Jason in aliis locis, ut in *auth. novissima c. de inoff. testam.* diversum sentiat, docetque ipse Mantica, benedictionem hanc non idem obtinere ac haeredis institutionem, nisi in illis locis, ubi communis usus loquendi aliud obtineat, quo tamen homines rusticos et imperitos uti asserit *ibidem.* Verum juste hanc civilitatem paternam defendi posse puto *ex l.* 15. *c. de testamentis.* per quam, quibuscumque verbis haeredis institutio facta fuerit, salvari potest, modo intelligatur, testatorem idem sensisse, ac si expresse institutionis titulo usus fuisset. Si enim valet, haereditatem relinquo, lego per d. l. Hilliger. *in Donellum l.* 16. *c.* 17. *lit. c.* (quod posterius verbum partis quantae significationem indigitat ex generali legatorum natura,) cur non valeret benedictionis titulus, qui ex intentione testatoris idem vult, quod institutionis praesertim inter christianos, cum ipsa scriptura hoc loquendi modo delectetur, quod exemplo Jacobi probatur *Genes. c.* 49. toto et imprimis *vers.* 26. item Isaaci *Genes.* 27. Erit igitur hic loquendi modus non rusticus aut imperitus, ut vult Mantica, sed ex justa scripturae verborum imitatione pius. Quem ipsum jus culmense non improbare videtur. *Erbfaelle der Lande Preussen. c.* 1. *pr.*

4 Ipsa vero haeredis institutio cum infra legitimam per *l.* 6. *c. de inoffic. testam. et aut. novis. d. t. l.* 8. §. 6. *ff. eodem.* coarctanda non sit. Qu. si pater vel expresse prohibuerit legitimae detractionem vel tacite *omnia et singula* bona subjiciendo fideicommisso, de qua clausula, *omnia et singula* vid. Berous *consilio* 24. *n.* 6. *in* Z. Cephal. *consil.* 272. *n.* 142. *et cons.* 16. *n.* 5. filius vero ex civilitate de inofficioso agere nolit, sed potius adeundo haereditatem tacite agnoscat voluntatem paternam; in aliis rebus a patre dispositis: *an haec civilitas praejudicet filio in emissione legitimae?* Resp. neg. cum Menochio *l.* 4. *praesumpt.* 196. *n.* 22. quia de legitima lex ipso jure rejicit omne onus et omnem illius prohibitionem, et ideo praeceptum illud nullum est, sicut in falcidia, ut hinc non nisi expressa filii renunciatione post mortem tollatur, per *l. si quando* 35. §. 1. 2. *ff. c. de inoffic. testam.* Ruin. *cons.* 56. *n.* 8. *v.* 2. Alex. *vol.* 4. *cons.* 89. qui sibi contrarius videtur *consilio* 271. *n.* 16. Hinc per simplicem haereditatis additionem haeres non tenetur servare praecepta testatoris jure improbata per *d. l.* 35. *c. de inoff. test.* quin quod possit venire contra factum defuncti in eo, quod disposuit adversus prohibitionem, prout fuse docet Peregrin. *de fideicomm. art.* 36. *n.* 82. 83. *et seqq.* Nec opus hic est expressa declaratione filii, quod velit habere legitimam non obstante prohibitione patris, ut vult Calcan. *cons.* 56. *n.* 18. cum haeredes adeundo haereditatem in id se teneri consentiant, quatenus lex disponit. Unusquisque enim praesumitur velle, quod leges locum habeant in actibus suis, id quod eo extendit Peregr. *d. art.* 36. *n.* 87. et si filius expresse dicat, se approbare voluntatem patris, simpliciter tamen et indistincte, non praejudicare sibi, quia non generalis et indistincta, sed specialis requiritur a legibus approbatio, nisi per generalem expresse specialis possit intelligi, vel juramentum accesserit. Ripa *in l.* 1. *ff. de leg.* 1. *col.* 1. 2. 4. Cephal. *cons.* 153. Menoch. *cons.* 71. *n.* 21. 24. Quoad tacitam prohibitionem, quae fit per fideicommissum omnium bonorum, nulla mentione facta legitimae, addendam tantum duxi Jasonis subtilem rationem *in l. more. n.* 41. *ff. de jurisd. omnium judicum*, quam refert Peregrin. *c. l. n.* 81. nimirum: quod approbatio pro sui natura non extendatur, et ideo filius non profert patris testamentum ad legitimam, de qua nihil dictum. Ampliatur porro dicta assertio etiam in casu, quo filius aliquid, minus tamen legitima accepit per *d. l.* 35. *c. de inoff.* quia et hic filius voluntatem paternam approbavit, salvo jure suo, non ex judicio patris, sed legis auctoritate sibi competente. Ruin. *cons.* 56. *n.* 8. Cephal. *consilio* 188. *n.* 30. Peregrin. *cit. art.* 36. *passim.* Idem jure culmensi, *dass die Eltern die legitimam den Kindern ohne Beschwerung verlassen*, *l.* 3. *tit.* 8. *c.* 11. Conf. *Erbfaelle der land. Preussen. c.* 41. *pr.*

Quid si vero pater pacto filium, de non agendo querela inofficiosi, de non petendo ad supplementum legitimae, adstrinxerit, filiusque ex civilitate et reverentia patri non contradicat, an tunc nocet civilitas filio? Utique juste negat illud *cit. l.* 35. §. 1. *c. de inoffic. testam.* egregio a civilitatis contrario ducto argumento, quod meritis h. e. *beneficiis*, ut Gothofred. *ad l. cit l. c.* notat, magis conveniat filios ad paternas obsequia provocari, quam pactionibus adstringi, Conf. *l. pactum.* 3. *c. de collationibus et l. fin. c. de pactis.* Hinc ubi lex ipsa resistit, ibi nulla li- 5

bertas paciscentibus relicta. *arg. l. non dubium. 8. c. de legibus.* conf. dn. Praeses *in caut. contr. s. 1. cap. 5. de renunciat. th. 15. 16.* ubi tamen a juramento cavendum esse docet Boerius *decis. 14.* sed iterum Deciani non injusta est oppositio, quod propter jus prohibitivum nec juramentum vigorem obtineat. *Consilio 93. n. 64.* An vero haec pacta inter personas illustres eumdem vigorem obtineant, occasionem praebebit exemplum regis Galliae jus suum ex sanguine Delphini prosequentis in Hispaniam, hujus vero illud ex pacto Mariae Theresiae cum patre Philippo IV. elidentis, ex metuendo non optando improli obitu hodierni regis catholici. Et licet jure civili et moribus recte talia pacta vix sustineri docent dn. Praeses *caut. contr. cit. sect. 1. c. 5. th. 15. 16.* ex jure naturali vero et gentium, quo solo principes se regi patiuntur, aliud decidendum esse videtur, dicenturque hic sufficere solum consensum sine respectu legalitatis jurium privatorum; militat enim hic pro pacti validitate haec ratio, quod renunciatio illa quasi anima et inseparabilis conditio matrimonii fuerit, matrimoniumque hoc non fuisset extiturum, nisi in pactum consensum fuisset. conf. pluribus illustris Baro d' Isola *tract. Bouclier d'estat et justice, aliique pro et contra scriptores. diar. europ. in append. ad cont. 14. 15. 16.*

6 Consulit sibi porro filius in maxime damnoso exhaeredationis casu, civilitatis proficuae beneficio. Si enim eidem exhaeredato legatum pingue a patre sit relictum, cum hoc onere, ut reliquum restituat Sempronio, is vero injuste sibi non titulo institutionis relictam haereditatem per querelam inofficiosi conqueratur, per *nov. 115. c. 3.* Dn. Praeses *in notis ad inst. tit. de inoff. testam. §. 6.* vel alio modo haereditatem adeptam Sane juste quidem agit *ex d. nov.* Confer. Carpzov. *p. 3. const. 4. def. 21.* minus tamen civiliter, ex respectu reverentiae parentibus debitae, dum per dictam actionem colorem adjicit, quasi non sanae mentis fuerit testator, eo quod contra pietatem egerit. Dn. Brunnem. *in paratit. Wesenb. qu. 28. ff. de inoff. testam.* Anton. Faber. *in conject. l. 17. c. 1. s. 2.* Hinc sive vicerit, sive succubuerit, aequalem damnorum sustinet certitudinem; in priori enim, si scilicet vicerit, privatur toto legato, per *l. 8. §. 14. ff. de inofficioso testam.* usque ad legitimam, quam jure naturali sibi competentem exigit *l. 36. §. 2. c. de inoff. testam.* Finkelthaus. *observ. 109. n. 6.* Wesenbec. *consil. 315. n. 14.* Cujus asserti rationem afferunt generalem hanc Alexand. *vol. 2. cons. 136. in fine.* Vivius *decis. 370. n. 6.* Neminem in ea scriptura, quam improbat, fundamentum suum ponere posse, nec debet quisquam commodum capere ex eo, quod nisus est impugnare *c. ex eo x. de reg. jur.* In posteriori vero, si nimirum succubuerit, eadem est decisionis ratio, nisi quod insuper probabile sit, etiam legitima eumdem privandum esse, si pater privationem ejus pro poena adjecerit, et filius non ex probabili causa, sed calumniose litem moverit, per *d. l. 8. §. 14. ff. de inoff. testam.* collata *cum tit. ff. de his quae ut in dignis.* Idem velle videtur dn. Brunnem. *in comment. ff. de inoff. testam. d. l. n. 34. 55.* Ad civilitatem igitur proficuam faciet, si jus illud, quod habet ex *nov. 115. c. 3.* submiserit ex reverentia in patrem filius, nec inofficiosi egerit, et quasi vencrabundus, voluntatem paternam non impugnaverit, sed ipsum tantum testamentum solemnibus juris destitutum allegaverit, inter quae maximum et gravissimum est, ut filius expresse haeredis titulo instituatur, si causa exhaeredandi desit, per *d. nov.* Haec vero allegatio testamenti non jure facti ab ipso jure approbata per *l. pen. ff. de his quae ut indignis.* ideo, quod hic de jure tantum disputetur, nec impugnetur judicium defuncti, ut impium, ex ratione civilitatis proficuae dn. Brunnemann. *in comment. ff. ad l. pen. n. 1.* Finkelthaus. *obs. 109.* Carpzov. *p. 3. c. 7. defin. pen.* Sic enim jure digestorum totum testamentum declaratum fuit nullum, totamque haereditatem capere licuit exhaeredato, *per l. 1. ff. de injur. rupt. et irrito testam. l. 8. §. 16. ff. de inoff. test.* non obstante *l. 1. ff. de except. rei jud.* de qua vid. Zasius. *ad d. l. 8. §. 16. tom. 1. pag. 385.* Francisc. de Clapperiis *p. 1. decis. casu 66. qu. 2.* jure novissimo itidem, exceptis legatis et fideicommissis *auct. ex causa c. de liberis praeteritis nov. 115. Idem jure culmens. l. 3. tit. 8. c. 14.* itaque dum in praesenti casu *l. 22. c. de inoff. testam.* filius jus habet ad totam haereditatem, et contra totam haeredis institutionem nec jure nec probatione destitnitur *ex d. nov. 115.* totam quoque capiet haereditatem. Pro eo enim jure, quo vicit omnes cohaeredes, omnes quoque excludit. Legitimam enim recepisse non sufficit, quia hanc non ex testamento, sed ex legis auctoritate exigit. Jure culmensi generaliter videtur prohibitum, ne quis testamentum falsum vel inofficiosum dicat sub poena amissionis, legati, haereditatis aliorumque relictorum. *Erbfuelle der Lande Preussen. c. 14. n. 5.* Alias impugnatio modeste instituta non prohibetur ad consequendam legitimam, et pro nullo declaratum testamentum. Jus culmens. *l. 3. tit. 8. c. 14.* salvis tamen legatis *ibidem.* nisi dicendum; quod textus *c. 4. n. 5.* intelligatur de actione, quae nullum fundamentum quam injuriandi causam contineat.

Hactenus filii exhaeredati vel praeteriti remedium 7
civilitatis proficuae ex post facto examinatum. Jam circumspiciendum erit, ut ejus intacta quoque jura serventur, ne post vulneratam causam remedium quaeratur difficilius. Proderit ergo et hic civilitas, in casu, si filius veram etiam ingratitudinis causam commiserit, exhaeredationem certo subsecuturam metuens, qua patrem ab ipso exhaeredationis actu plane detineat, aut si illa nihilominus facta fuerit, effectum ejus impediat. Expeditur vero illa per gravissima officia patri exhibita; per quae, quia poenitentia ingratitudinis a filio declaratur, ingratitudo quoque remissa videtur, Decian. *l. 3. consil. 62. n. 35.* Quod tamen Mantica extensum vult eo tantum, si expresse reconciliatio patris accesserit, propter expressum a lege illius requisitum *de conject. ult. volunt. l. 4. tit. 5. n. fin.* ut hinc, si pater reluctetur reconciliari, nihil prosit dicta filii civilitas. Verum justius mihi videtur assertum Aldobr. *consil. 14. n. 29. v. 33.* qui post actam poenitentiam exhaeredationem fieri non posse, aut si facta fuerit, nihilominus ejus effectum impediri docet ex ea ratione, quod per poenitentiam non solum injuria, sed et ipsum expurgetur delictum. Jam vero cessante delicto poena quoque cesset oportet. Et licet non omne delictum tollat poenitentia, in injuriis tamen illius magnam vim esse docet Struv. *synt.*

ratio quam necessario subit, qui possidet, Mevius *p.* 8. *dec.* 68. *vi legis* 25. §. 14. *ff. familiae Herciscund.* conf. Franzk. *ad d. tit. ff. n.* 15. Struvius *synt. juris civ. exerc.* 15. *th.* 10. (2.) In ipsa divisione, ne quis eam affectet, sed potius cohaeredi submittat, sic ex hac civilitate beneficium optionis et electionis sibi salvum habet, quod jure lubecens. maxime utile, cum hoc jure is, qui ad divisionem provocat, simul aestimet, et alteri optionem relinquat. Mevius *ad jus lub. l.* 3. *tit. ult. art. unic.* Et hinc in Saxonia inter duos haeredes majori beneficium divisionis, minori vero optionis relictum Carpz. *p.* 3. *c.* 15. *decis.* 36. Idem jure culm. gedanensi, non tantum inter dictas personas, sed etiam inter virum et foeminam obtinere docetur *Erbfaelle der Land Preussen. c.* 37. *circa fin.*

CAPUT VIII.

De civilitate proficua circa processum.

SUMMARIA

Cur breviter in hoc capite agendum? n. 1.

Remedium civilitatis proficuae contra l. eum qui temere. n. 2.

An in civilibus denunciatio sit ex necessitate, an vero civilitate? quomodo haec proficua? An in criminalibus secreta admonitio et denunciatio evangelica? quomodo itidem proficua? n. 3.

Supplicatio quomodo maximam civilitatem in verbis requirat? n. 4.

Ex civilitate proficua oritur tentata ante judicium amicabilis compositio, inter consanguineos maxime utilis. Commissariorum omnes actiones civilitate misceri debent. n. 5.

An noceat civilitas alterius partis in remissione juris sui et confessione coram commissariis? n. 6.

Libellus in actionibus instituendis a civilitate proficua adjuvatur. Quae actiones ex civilitate commodum, ex incivilitate damnum post se trahant. juris culm. mixta decisio. n. 7.

Civilitas proficua in clausula salutari; in quo casu inutilis. n. 8.

An reus apud incompetentem judicem ex civilitate, an vero necessitate compareat, jure culm. quid? n. 9.

Quando judex suspectus est, quomodo civiliter procedendum parti? Civilitas in spontanea juris submissione ex l. siquidem, quomodo proficua? Debitori obaerato ut effugiat carcerem, prodest civilitas. n. 10.

Judicem quandoque cum commodo oportet esse civilem. conclusio n. 11.

1 In acquirendo jure, dum civilitatem maxime proficuam experti sumus, restabit, ut brevissime juris etiam acquisiti prosecutionem ob eadem adjuvari posse videamus; brevem vero ideo me futurum dixi, quod actiones, quatenus oriuntur ex re, ad jus rerum referantur. Dn. Praeses *in notis ad inst. rub. de actionibus.* ideoque in prioribus capitibus non neglecta fuerit earum tractatio. Quatenus igitur in judicio instituendae et legitimam rei controversiae disceptationem indigitant dn. Brunnem. *in processu c.* 1. *n.* 1. hic ad civilitatis proficuae normam regulandae erunt. Dum vero judicium ipsum personae constituentes sunt judex actor et reus *ibidem. n.* 57. Singulorum officiis quomodo civilitas proficua esse possit, prospiciendum erit.

2 Ab actore auspicabimur secundum ordinem judicii; qui processum instituturus, dum sufficienti probatione paratus in judicium venire debet *l.* 42. §. *fin. ff. de r. jur.* Dn. Praeses *in compend. proc. c.* 2. §. 1. saepe ea destitutus, vim *l. eum, qui temere.* 79. *ff. de judiciis* experitur Conf. Donellus. *l.* 26. *c.* 3. *lit. e.* Prodest igitur civilitas hoc in passu per liberalitatem et submissionem juris sui sub censuram et beneplacitum facultatis juridicae vel celebris alicujus doctoris exponenda. (A quo consilium acceptum probabilem reddit actoris causam Guido Papa *decis.* 277. Hilliger. *in Donellum l.* 26. *c.* 3. *lit. f.*) ut se ab effectu litis temerariae, h. e. ab expensarum restitutione liberet, ex ratione probabilis litigandi causae Gail. *l.* 1. *obs.* 151. *n.* 23. Tuschus *concl.* 625. *n.* 7. Antonius Faber. *in cod. l.* 7. *tit.* 18. *d.* 4. *n.* 3.

Antequam vero ipsa judicialis interpellatio ab actore instituatur, quid de extrajudiciali sentiendum 3
sit, dispiciendum erit, *sit ne ea de simplici necessitate, an vero de civilitate?* Sane *l.* 10. *c. de pignor. juncta. l.* 13. *pr. ff. de servit u. p.* utrarumque partium assertoribus favere videntur; plerique tamen ddres in posteriorem inclinant. Mascardus *concl.* 936. *n.* 1. Hilliger. *in Donell. l.* 17. *c.* 2. *lit. b. d.* Dn. Brunnem. *in process. civ. c.* 2. *n.* 2. dum necessitatem ideo excludunt, quod si certa diés vel conditio instrumento fuerit addita, dies expressa vel tacita interpellet pro homine *l. magnam.* 12. *c. de stipulat.* Coler. *de process. execut. p.* 1. *c.* 10. *n.* 27. Mynsing. *cent.* 3. *obs. qu.* civilitatem vero ideo commendant, quia humanitatis ratio introduxit, id, quod petenti prodest, concedenti vero non nocet, aequum esse, non denegari. *l.* 2. §. 3. *ff. de aqua et aqua pluv. arc.* Dn. Brunnem. *in comment. c. ad l. debitores.* 10. *c. de pign. n.* 3. 4. Hilliger. *in Donell. cit. lit. d.* Non negandum tamen illud, jure veteri hanc denunciationem sive interpellationem necessitatis fuisse, id quod ex §. 18. *inst. de act.* patet, per quem tamen ea ipsa denunciatio ut denuncianti saepe incommoda abrogata est. Confer. Cujacius *l.* 16. 17. Civilitatem vero dum in hac interpellatione extrajudiciali asseruimus, eamdem quoque *proficuam* esse oportere demonstrandum erit. Utilis ergo est (1) ut reum constituat in mora *l.* 24. *ff. de v. o.* Mynsing. *cent.* 3. *obs.* 95. Menoch. *l.* 2. *arb. qu. c.* 36. Hilliger *in Donell. l.* 21. *c.* 2. *lit. r.* (2). Ad recuperandas expenses factas in conductione advocatorum et procuratorum, descriptione instrumentorum, conceptione supplicationis, etiamsi debitor citatus solutionem offerat. Christin. *vol.* 1. *dec.* 262. *n.* 3. Conf. cit. dn. Brunn. *in process. civili. c.* 2. *n.* 2. *et in comm. c. ad d. l.* 10. *c. de pign.* et inter alios Aemilius Ferretus *toto tr. de mora.* Hinc ab advocatis in ipsa supplicatione inseri solet clausula, *dass Klaeger nach unterthaeniedichen gütlichen Erinnerungen nichts erhalten können, und*

pendet ab haerede §. 1. *inst. de legat.* quod nec jure novissimo mutatum esse docet dn. Praeses *in not. ad §. inst. ad l. falcid.* Nam licet *in novell.* 115. *c.* 3. et desumpta *au'. ex causa c. de praeteritis liberis* filio inique exhaeredato, vel praeterito, testamentum tantum quoad institutionem rescindatur, legata vero salva maneant, vetus tamen hic obtinet decisio de testamento destituto, cujus *in d. aut.* nulla mentio, ut hinc destitutum testamentum totum corruat, tam quoad institutionem quam quoad legata. Nec obstat *nov.* 1. *c.* 1. §. 1. utpote quae de fideicommissario universali loquitur qui dum haeres est, jure haereditario etiam ex testamento capit, sicque testamentum non videtur esse destitutum. Conf. Gothofred. *in notis ad d. nov. lit. d.* Succurritur igitur legatariis ex civilitate proficua quam suppeditat §. 2. *in fine inst. ad l. falcid.* hoc modo, ut nimirum partem juris sui remittant, eamque in haeredem scriptum transferant, quo ipso, dum lucrum aliquod in haeredem transferunt, civilitatis quoque suae in accepto legato fructum sentiunt.

12 Quartam speciem absolvit donatio mortis causa, in qua nihil specialius advertendum erit, quam generalis donationis interpretatio ad civilitatem referenda. Restat tantum hic resolvisse objectionem, quam movet Molina *tom.* 2. *de justit. disp.* 273. civilem illam esse non posse, quia spontanea et gratuita non est, sed coacta et ex metu mortis oriunda. *l.* 2. *ff. donat. mortis causa.* metum vero contrarium esse liberae voluntati probant *l.* 1. 11. *ff. de eo quod metus causa.* Verum metus ille non est proveniens ab externa causa, sed ex interno quodam motu, quem coactionem rhetoricam seu persuasionem rhetores appellant, quae longe diversa est ab illa coactione, quae in jure pro externa vi capitur.

13 Omnes vero has ultimas voluntates, ut effectum sortiantur, liberas esse oportet, ideoque vitiari eas, si coactio adfuerit per *t. t. c. si quis testari aliquem prohibuerit vel coegerit.* docetur. An vero eadem hic civilitatis ratio obtineat disquiritur? Et juste id negat Steph. Fagundez. *de just. et contr. l.* 6. *c.* 7. *n.* 15. tam in foro externo, quam interno, civilitatemque hanc in persuadendo morituro ad legatum relinquendum vel etiam haereditatem, juste proficuam esse probat, eo quod civilitas non tollat, sed augeat potius voluntatem. Conf. pluribus dn. Praeses. *volum.* 2. *diss. de jure blanditiarum cap. de jure bland. circa ult. vol.* Cum vero in primo capite removendum esse dixerim dolum ab ipsa civilitate, et saepe eveniat, ut is apparens tantum sit, non verus, breviter tantum de eo: prima igitur in hoc genere civilitatis occasio dolo mixta prohibetur ex *l. captatorius.* 70. *ff. de haered. instituenda. collata cum l. fin. c. de pactis.* eo quod votum captandae mortis in se contineat, ita, ut in jure improbata sit talis institutio, nec militi concessa per *l. captatorias c. de testam. milit.* cum simplicitati non calliditati militum succuratur *l.* 2. §. 1. *ff. ad sctum vellej.* Hillig. *in Donell. l.* 6. *c.* 28. Apparens vero hic videtur dolus non verus inter conjuges, in mutua haeredum institutione. Valascus *tom.* 1. *cons.* 7. *n.* 7. cum utrinque sit par affectus et amor, a quo praesumptio calliditatis excluditur, Gail. *l.* 2. *obs.* 113. *n.* 4. Mev. *ad jus lubec. p.* 2. *tit.* 1. *art.* 10. *n.* 6. qui affectus alias in simplici extranearum personarum respectu cessat, vi verborum, *non quae mutuis affectionibus d. l. captatorias.* Connanus *l.* 10. *jur. civ. c.* 6. *n.* 6. Alcia tus *l.* 2. *parerg. c.* 31. Institutio igitur, quae hic non excluditur, ex *affectione* h. e. civilitate commendatur. Ubi tamen ab expressione conditionis sibi caveat maritus v. c. Ideo te instituto, ut tu me iterum instituas: cum cesset intentio civilitatis et affectionis; et sic expressa noceant, quae non expressa non nocent; quod singulari responso facul. exhibet dn. Brunnem. *in comment. ff. ad l. captatorias.* Hinc etiam *jure culmensi* conjugum affectio et civilitas haec in instituendis se invicem haeredibus plane non prohibetur *l.* 3. *tit.* 8. *c.* 22. Altera doli occasio est in civilitate intempestiva et importuna. Estq; illa genus quoddam coactionis, eo quod maxime molesta sit morituro, qui metu et taedio molestiarum quodvis concederet. Et talem dispositionem testatoris, ut involuntarie mixtam invalidam appellat Fagundez. *de just. et contract. l.* 6. *c.* 8. *num.* 8. Confer. *arg. Erbfuelle der Land Preussen. c.* 40. *n.* 5. Quorsum et id, si quis mendaciis et persuasionibus utatur, refert Harmann. Pistor. *p.* 1. *quaest.* 29. *n.* 2. Apparens vero iterum et hic subest, non vera doli suspicio, si lacrymis et obtestationibus impediatur conjux testari, quia placitum non dolosum praesuppouit dolor animum, Conf. dn. Brunnemann. *in comment. cod. tit. si quis aliquem testari prohib. vel. coeg. ad l.* 2. *n.* 3.

Occasione ipsius materiae, circa quam occupatae sunt 14
ultimae voluntates, generalia quaedam breviter animadverti merebuntur, tangentque ea additionem et divisionem haereditatis ex civilitate proficua caute instituendam. Ipsa aditio haereditatis cum periculosa sit, ideo quod non tantum omni oneri ac obligationi, cui obnoxius erat defunctus, subijciat haeredem, quippe qui in defuncti locum transit, et sic factum ipsius praestare tenetur *l.* 14. *c. de rei vind.* conf. *j. culm. l.* 3. *tit.* 10. *c.* 2. *et* 10. sed etiam, quod ad exsolvenda legata et fideicommissa constringat §. 5. *inst. de oblig. et quas. contract.* conf. dn. Praeses *caut. contr. s.* 3. *c.* 3. *th.* 1. consultum est adeunti, ut declaret, se non animo haeredis, sed ex mera civilitate, et animo adjuvandi et procurandi res haereditatis jacentis, ne illae interim damnum patiantur, tales actus suscipere dn. Praeses *cit. s.* 3. *c.* 3. *th.* 7. Quo ipso id commodi trahit, ut interim vires haereditatis explorare, et si sufficientes non fuerint, repudiare possit. Prodest porro Civilitas *emancipato et adoptivo* in submissione juris sui, h. e. collatione bonorum, ut aequali jure cum caeteris succedant *Mev.* 18. *c.* 6. Wissenbach. *ad tit. ff. de collat. bonorum.* Bachov. *ad Treult. vol.* 2. *disp.* 17. *th.* 3. *lit. f.* Struv. *synt. jur. civ. ex.* 37. *th.* 24. Mev. *p.* 1. *decis.* 81. Carpz. *p.* 3. *c.* 11. *def.* 29. Filio vero vel filiae in eo casu prodest, si magnam donationem propter nuptias aut dotem aliave acceperint a parente vivo, ut tunc jus illud haereditatis petendae se repudiare dicant in gratiam aliorum haeredum, quo ipso ex hac submissione juris sui h. e. civilitate plus commodi saepe habent, quam ex aequali haereditatis distributione dn. Praeses *caut. contr. s.* 3. *c.* 4. *th.* 4. modo reliquis liberis suppleatur legitima *arg. nov.* 92. *c.* 1. Idem: *in tract. de success. ab intest. disp. de collat. succed. c. ult. n.* 48. idem jure culm. *lib.* 3. *tit.* 8. *c* 24.

Circa divisionem haereditatis cauta prodest civili- 15
tas (1.) in recusanda possessione bonorum immobilium, ut eo securior sit ab hypothecaria actione libe-

disp. 686. *n.* 2. Farin. *quaest. crim.* 174. *n.* 103. Carpz. *prax. cr. qu.* 82. Hinc licet contra extraneos actio doli juste institui possit. *t. t. ff. de dolo malo* civilior tamen illa est, quae in actionem in factum immutata est, eoque utilior, quod non tantum idem per eam assequi contingat, sed et quod perpetua sit, *per l.* 28. *ff. de dolo.* dn. Praes. *in not. ad inst.* §. 31. *verb. ad quid.* quod secus in actione doli, quae biennio expirat, quod tempus etiam ignoranti currit *l. fin. c. de dolo malo.* cum regulariter tempora praescriptionum non currant ignorantibus *l. fin. c. de praesc. long. temp.* conf. Tiraquell. *de retr. ling.* §. 35. *gloss.* 4. *n.* 1. *et seq.* Et sic de omnibus actionibus famosis sentiendum. Caeterum non nocivam civilitatem et nocivam incivilitatem in actione instituenda introducunt nobis §. 35. *et* 36. *inst. de act. et jus culm. l.* 2. *tit.* 10. *cap. ult.* de eo, qui plus ex incivilitate, et eo, qui minus ex civilitate petit, quorum commoda et damna vid. *ibid.* Hinc jure culm. judiciis judicium inchoantibus injunctum est, ut partes ad civilem proponendi modum compellant. *l.* 2. *tit.* 1. *c.* 5. *verb. dass ein jeglicher sein Recht mit Bescheidenheit etc.* item in fine. *gütlichen mit Bescheidenheit.* Advocatique inprimis serio monentur, ne cavillis litem protrahant. *ibid. tit.* 2. *c.* 5. conf. *jure civ. l.* 5. §. 2. *ff. de off. procons.* Hillig. *in donell. l.* 18. *c.* 3. *lit. Bbb.* Berlich. *p.* 1. *concl.* 19. *n.* 40. conf. Schneid. *ad d. tit. action inst. p.* 727. 728. Ad actiones ex civilitate proficua oriundas quoque referri possunt famosae illae *ex ll. diffamari.* 5. *c. de ingen. manum. et l. si contendat.* 26. *ff. de fidej. et mandat.* per quas sponte jus meum submitto, dum alias stricto jure in judicio comparere non teneor, nisi vocatus. Utilitas v. ejus est, ut haeredes a processu liberentur, aut in continenti, si alter comparere nolit, silentium perpetuum eidem imponatur. conf. Blarerus *ad l. diffamari toto tract.* Fiockelh. *observ. tota.* 55. dn. Brunn. *in comment. ff. et ad d. ll.*

8 Circa clausulam salutarem, per quam omnem juris mei prosecutionem cum honorifica imploratione judicis, ejus beneplacito submitto, quaeritur, an necessitatis sit, an vero civilitatis? Negatur illud de necessitate, cum ideo libellus pro inepto non declaretur, de cujus ineptitudine declaranda, vid. dn. Brunn. *in proc. civ. c.* 5. *n.* 11. Civilitatis igitur est, et quidem proficuae, dum virtute hujus clausulae ineptitudo, et omnia vitia libelli sanantur, omnisque actio, et omne remedium competens ex narratis in judicium videtur deductum. Carpz. *de proc. tit.* 6. *art.* 2. *n.* 1. 2. Gail. *l.* 1. *obs.* 61. *n.* 12. Guido *decis.* 263. Mev. *p.* 3. *dec.* 35. aliique quos allegat dn. Brunn. *in process. c.* 5. *n.* 14. ὡς *ἐν παροδῷ* hic de superflua et ex errore advocatorum promanante civilitate notandum, ex dn. Praes. *coll. pract. c.* 5. *de libello* §. 4. a multis advocatis nobile judicum officium nobilissimum appellari v. c. *de his omnibus nobilissimum judicis officium implorando*, falso tamen ideo, quod *nobile* hic non dignitatem personae indigitet, sed simpliciter tantum *mercenario* contradistinguatur Schneidew. *ad tit. inst. de act.* §. *praeterea quaedam actiones. n.* 45. *p.* 715.

9 Sequuntur rei partes ad civilitatis proficuae normam examinandae, de quibus tamen magna jam pars sub actoris persona illustrata. Unum vero vel alterum speciatius monitum hic occurrit. Estq; inter alia primum illud de exceptione fori declinatoria: *an reus ille tutus apud incompetentem judicem ex civilitate, an vero ex necessitate comparere debeat?* Aff. prius, cum competentia judicis fundamentum sit judicii, ideo nullitas ex incompetentia fori proveniat *l.* 1. §. *fin. ff. ad setum tertull. l.* 1. §. 1. *ff. quod quisque juris.* conf. Seb. Vantius *in tract. de nullitate ex defectu jurisdict. princ. rubric.* adeo, ut si reus comparet coram incompetente judice, nec excipiat, tamen id quod agitur, nullum sit, nisi expresse jurisdictionem proroget, quod fit, si sciens incompetentiam litem contestetur, ubi tunc ex quasi contractu tenetur. Besold. *tr. de proc. judiciario c.* 1. *th.* 4. *lit. c.* Hinc que concludit *idem Besoldus*, impune sperni citationem judicis incompetentis, et si is in contumaciam procedat, sententiam ipso jure nullam, nec opus esse, ut per appellationem irritetur *l. ult. ff. de jurisd. l.* 1. *in fin. l.* 2. *ff. ne quis eum, qui in jus vocabitur et t. t. c. si a non competente judice* Conf. Mynsing. *cent.* 6. *obs.* 7. Mevoch. *remed. v. recup. poss. n.* 16. non obst. *l.* 5. *ff. de judic. et l.* 2. *ff. si quis in jus vocat.* quam intelligunt Alberic. de Rosate, Barbosa *n.* 34. aliique ad *d. l.* 5. *ff. d. judic.* eo de casu, quando quis ipso jure subest jurisdictioni, sed per privilegium exemptus est. Besold. *cit. l. th.* 5. *lit. c.* Itaque si quis *ipso jure* totus nihilominus compareat, dum sponte jus suum alieno submittit judicio, non est ipsi nociva haec civilitas, cum exceptiones suas allegare possit. Si enim tunc non attentis illis judex pergat, sententia etiam sine appellatione est nulla. Besold. *c. l.* Nec quoque tanta necessitas est in eo, qui privilegio tutus sit, modo sit notorium. Dn. Brunnem. *in comm. ff. ad l.* 5. *ff. de judic.* hinc si compareat, hidem ex civilitate compareat, soleique utplurimum civilis protestatio comparationi necti, *se in honorem judicis comparere et privilegium suum allegare* Besold. *cit. l.* 23. *c.* 10. et ibi Hillig. *lit. c.* Christin. *dec.* 53. *n.* 5. 8. *vol.* 1. Gail. *obs.* 48. *n.* 9. Mynsing. *cent.* 6. *obs.* 7. Utilitas positiva vero utriusque comparitionis in nullissimis reconventionis effectibus consistit, de quibus vid. fuse dn. Brunn. *in proc. civ. c.* 10. *toto. et inprimis n.* 1. *et* 14. Jure colmensi eamdem decisionem obtinere probabile est, cum notorium non indigeat probatione et allegatione, quam requirit *l.* 2. *tit.* 6. *c.* 3. Ergo si non notoria jurisdictio allegenda a reo, et si nihilominus procedatur a judice, sententia nulla est. *ibid.* Contra notoriam vero jurisdictionem facit interdictum contra judices diversae jurisdictionis *d. l.* 2. *tit.* 1. *c.* 1. Jam vero qui jus quaerendi vere aut saltem probabiliter non habeat, eidem nec respondere necessum est. Conf. *tit.* 7. *c. l.* De positiva utilitate reconventionis vid. *l.* 2. *tit.* 13. *c.* 1.

Reliquas rei civilitates proficuas recensuisse sufficiet. 10
Quales sunt: (1.) Si judex pro suspecto habeatur, ubi tunc quidem expressam exceptionem judicis suspecti vel minus idonei locum habere constat. arg. *l. fin. c. de jud.* Gail. *l.* 1. *obs.* 33. *n.* 11. Mynsing. *cent.* 4. Zang. *de exc. c.* 4. *n.* 5. Quia tamen odiosa illa est, et saepe injuriam redolet, unde injuriarum actio judici enascitur, variam civilitatem hic ddres commendant, quarum prima est, ut civilibus verbis haec exceptio proponatur. *Ob man schon an dexteritaet des Hrn.*

Richteres gantz nicht zweifle; Weilen aber doch die Rechte vergoennen, dass man mit einem Judice der mit Klaegern verwand oder verschwaegert, nicht verbunden sich einzulassen, so will beklagter hiemit jedoch, mit Vorbehalt richterlicher existimation, exceptionem judicis suspecti opponiret haben. Dn. Praes. *in colleg. pract. c. 7. de exc. dilat.* §. 2. Altera v. ut judex petatur ad commissarios expetitos constituendos, Carpz. *proc. tit.* 3. *art.* 4. *n.* 89. 90. Sic durante commissione suspensa est jurisdictio judicis ordinarii. *Idem tit.* 9. *art.* 3. *n.* 75. Tertia est, ut non remotio judicis suspecti petatur, sed tantum ut alium adhuc judicem sibi adjungi patiatur qui tunc illum freno coercere possit Carpz. *proc. tit.* 9. *art.* 3. *n.* 75. (2.) Si reus jus illud quod habet ex *l. siquidem* 9. *c. de exc. et praescr. et jur. culm. l.* 2. *tit.* 16. *c.* 1. Masc. *de prob. concl.* 37. Card. Tusch. *concl.* 373. *lit. f.* submiserit; sic non tantum absolutionem ab instantia, sed et exceptionem rei judicatae contra quamcumque petitionem habebit. Brunn. *in Paratit. Wes. qu.* 8. *ff. de exc. r. i.* Dn. Praeses. *colleg. pract. c.* 13. *th. ult.* (3.) Si debitor obhaeratus metuat carcerem et injurias, prodest ante litem motam civilitas h. e. spontanea juris submissio in cessione bonorum et concursu excitato, ut metu dicto liberetur *l.* 4. *c. qui bonis cedere possunt. nov.* 135. Hilliger. *in Donell. l.* 27. *c.* 3. *lit. q. q.* Carpz. *p.* 2. *const.* 22. *def.* 12 Berl. *p.* 2. *concl.* 28. habetque insuper, si ad meliorem fortunam redierit, beneficium competentiae §. *ult. inst. de action.* Brunn. *in comm. c. ad l.* 1. *c. qui bonis cedere possunt.* Caeterum de obligatione spontanea ante litem contestatam vel sententiam actum supra occasione §. *ult. inst. de perpet. et tempor. act.*

11 Tertiam judicii personam constituit judex, in quo ad civilitatis casus examinando occasione blanditiarum legalitatem demonstratam vid. in dn. Praes. *vol.* 1. *diss. disp. de jure blandit. c.* 5. Dn. Brunn. *in process. crim. c.* 8. *n.* 54. *art.* 59. Sane civilitatem hanc et humanitatem proficuam vidimus occasione commissariorum, et juste talem esse posse etiam in criminalibus docet dn. Praes. *tract. de jure sensuum diss.* 1. *c.* 1. *n.* 33. *et seq.* ad eruendam faciliorem confessionem; modo non sub expressa spe impunitatis fuerit extorta. Clarus §. *fin. fin. qu. c.* 5. *n.* 8. Flammin. *Chartar. l.* 2. *pract. interrog. reorum c.* 2. *n.* 24. Et haec quidem summo digito retigisse sufficiet. Non enim nego, plurimos hic adjici potuisse casus, quos tamen ex similitudine ad indicem dictorum referri posse duxi. *Non enim qui praecepta tradit, omnia tribuit, sed ex dictis ad similitudinem non dicta intelligenda praesupponit,* ait Mantica *de conject. ult. volunt. l.* 12. *c.* 17. *n.* 41. vel quod jure destitui viderim, neglexi, vel metu operis in infinitum extendendi intermisi. Si quid tamen vel ex neglecta dictione, vel ex inconsiderata passim casuum tractatione in me vituperandum, judicium sacratissimi imperatoris pro excusatione allego ex *l.* 2. §. 14. *c. de veteri jure enucleando. Si quis in tanta legum compositione vituperandum quid existimet, imbecillitati humanae, quae naturaliter inest, hoc inscribat, quia omnium habere memoriam, et penitus in nullo peccare, divinitatis magis quam mortalitatis est.* Caeterum tibi Deus o. m. pro immensa tua praesenti operi collata clementia gratias ago quantas possum maximas. Tu vero lector benevole, hanc *civilitatis proficuae* tractationem, ex ipsa confessione mea vilem, *civili* precor, perlustra judicio, istius iterum de te proficuum sensurus effectum.

FINIS.

DISPUTATIO NONA

DE TESTAMENTO PRINCIPI

VEL JUDICI PER PROCURATOREM OBLATO.

D. XVII. SEPT. A. O. R. MDCLXXXIV.

PRO LICENTIA

SAMUEL CHRISTOPH. PRAETORIUS, STET. POMER.

INGRESSUS.

Laudandis academiarum moribus hucusque receptum, rariora themata inauguralis disputationis loco proposuisse. Sordent plerumque quotidiana, et quae auditu rariora, haec sola merentur encomium: raritas enim facit pretiositatem, et plus appetitur; quippe omne rarum carum, frequentia vero vilescunt. *c. legimus.* 24. *q.* 2. *sed dicis, distinct.* 93. Attamen, qui soli raritati curas impendunt, et utilitatem negligunt, nescio an scopum jurisprudentiae nostrae assequantur. Neminem enim dextre judicantium, cum Jcto Ulpiano *in l. haec. clausula.* 1. *pr.* π *de susp. tutor.* Cui et Jctus Paulus *in l. legavi* 25. π *de liberat. legat.* adstipulatur, arbitror negaturum; ea, quae necessaria et

utilia, inque foro frequentissima, propter sui ipsius commendationem, nunquam ne gligenda, sed potius attingenda esse plenius. Quis enim est, ut Romanorum prudentissimi *in libr. offic.* utar verbis, qui necessaria et utilia fugiat? Aut quis vel maxime, qui ea non studiosissime persequatur? Et quis est quoque, qui ignoret, sacratissimum nostrum imperatorem plane e nostra jurisprudentia non tam subtiles et supervacuas observationes, quam inutiles otiosorum disputationes et quaestiones, (quarum illae, juxta *l. ne in arbitris.* 4. §. *si quis.* 6. *cod. de recept. arbitr.* jamdiu ab aulis recessere; harum vero catalogum bene longum recensent doctores, prout videre licet ap. Hering. *tr. de fidejuss. cap.* 10. *n.* 102. *cum* 3. *seqq.* Finckelthaus. *observ. pract. in praefat. ad lectorem. n.* 12.) exclusas voluisse, quando *in l. dedititia. un. cod. de dedititia. libert. toll.* inquit: nos, qui veritatem colimus, ea tantum volumus obtinere, quae re ipsa obtinent. Igitur et ego, quem *arg. l. nemo judex.* 13. *cod. de sentent. et interloc. omn. judic.* et legum et justitiae veritatem sequi oportet, ex praedicta doctrina d. Justiniani, talem mihi ex praestigiis illis versuti juris, prout ipsa verba *l. ita nobis cordi.* 28. *cod. ad leg. jul. de adult. et stupr.* sonant, seligendam credidi materiam, quam ipsa utilitas suaderet, *juxta l. ait praetor.* 1. §. *sunt qui putent.* 6. *ff. ne quid in flumin. publ. fiat quo alit. aq. flu. atque uti. etc.* et quae in judiciis quam maxime scitu necessaria. Ne vero et ita actum agam, et frustra disputasse videar, contra *l. frustra disputas.* 1. *cod. ne ux. pro marit.* eam seligere volui materiam, quae quotidie occurrit, in qua tamen, ut puto, quotidie fere error committitur. Multum enim in judiciis tribui solet opinioni communi, quam saepius tanti aestimant, ut in ipsam legum veritatem inquirere supersedeant. Ejus rei exemplum extare puto in testamento principi vel actis insinuato, quod omnium solemnitatem superare monet imp. *in l. omnium* 19. *c. de testam.* in quo tamen dd. fere omnes pro requisito absolute necessario exigunt, ut testator illud ipsum in persona vel principi offerat, vel actis insinuet, adeo, ut hoc neglecto, et insinuatione per procuratorem, etiam fide dignissimum, aut libellum supplicem, facta, totum testamentum corruat. Quam sententiam, cum mihi eadem favori ultimarum voluntatum, quarum stylus liber esse debet. *l. habeat unusquisque* 1. *c. de ss. eccles.* quam maxime refragari videatur, dignam censui, ut in ejus veritatem, et quousque juri congruat, paulo penitius inquiratur. Benevolentia vero lectoris mihi exoranda, quippe paucos sententiae meae invenire potui patronos. Nemo aegre feret, a communi schola et forte judiciorum praxi me divortium fecisse: nam et in communiter receptis veritatis inquisitio nunquam interdicta. Fallit saepius fama publica: fallit et communis opinio. Nec majorem merebitur multitudo doctorum assensum, quam meretur ratio pro vulgari opinione in medium producta. Faciam vero hoc omne breviter; nec enim varrago negotiorum, quibus mea me districtum tenet functio, tantum temporis indulsit, ut ex professo thema hoc enucleare licuerit. Praemittam prius generalia ad materiam facientia; adducam postea communis sententiae fundamenta, quibus meas rationes subjungam, et contraria breviter resolvam, ut inde quid veri utrinque subsit, eo dilucidius appareat. Deus o. m. mihi clementissime assistat, et laboris successus felicissimos largiatur.

SUMMARIA

Ingressus. n. 1.
De origine testamentorum. n. 2.
Facultatis ratio. n. 3.
Quare testamenta recepta? n. 4.
De exclusione fratrum, n. 5.
Favor testamentariae dispositionis. n. 6.
Testamenta quatenus juris publici? n. 7.
Cujacii opinio circa originem. n. 8.
Distinguitur. n. 9.
Testamenti derivatio. n. 10.
Ejus definitio. n. 11.
Explicatio vocis juxta. n. 12.
Divisio testamenti ex jure antiquo n. 13.
Divisio hodierna. n. 14.
De testamento implicito. n. 15.
Testamenta non solemnia. n. 16.
Publicum quotupliciter dicatur. n. 17.
Testamentum principi oblatum an sit solemne? n. 18.
A quo introductum, ut liceat testamentum principi offerre? n. 19.
Ejus requisita. n. 20.
Oblatio testamenti. n. 21.
Ejus acceptio. n. 22.
An rescripto opus sit? n. 23.
Asservatio in cancellaria. n. 24.
De testam. judici oblato. n. 25.
De praesentia scabinorum. n. 26.
De actuario n. 27.
De insertione actorum. n. 28.
De judicis competentia. n. 29.
Praesentia testatoris communiter exigitur. n. 30.
Ampliationes communis sententiae. n. 31.
Fundamentum communis opinionis. n. 32.
Quare inde discedamus? n. 33.
Auctores pro contraria opinione. n. 34.
Rationes communis opinionis. n. 35.

(1.) *Ex antiquitate. n.* 36.
Ratio (2.) *ex textu. n.* 37.
Ratio (3.) *ex textu. n.* 38.
Ratio (4.) *a comparatis. n.* 39.
Ratio (5.) *quod videri debeat testator. n.* 40.
Ratio (6.) *ut evitentur fraudes. n.* 41.
Ratio (7.) *ex const. saxon. n.* 42.
Ratio (8.) *a communi opinione. n.* 43.
Decisio pro valore testamenti. n. 44.
Ratio dec. (1.) *procurator ubique regulariter admittitur. n.* 45.
Ratio dec. (2.) *n.* 46.
Supplicatio principi oblata non exigit praesentiam personae. n. 47.
Ratio dec. (3.) *Ad formam non pertinet, quod lege non expressum. n.* 48.
Ratio dec. (4.) *Cessat hic solemnitas. n.* 49
Ratio dec. (5.) *Probandum tantum, esse testam. voluntatem. n.* 50.
Ratio dec. (6.) *ex certitudine voluntatis. n.* 51.
Ratio dec. (7.) *cum et praesentia principis per alium suppleri possit. n.* 52.
Ratio dec. (8.) *de donationis insinuatione. n.* 53.
Ratio dec. (9.) *de testam. per alium condito. n.* 54.
Ratio dec. (10.) *ex observantia antiqua. n.* 55.
Exemplum insinuati quondam testamenti per procuratorem. n. 56.
Ratio dec. (11.) *Ex statutis aliorum locorum. n.* 57.
Ratio dec. (12.) *a favore ultimarum voluntatum. n.* 58.
Responsio ad ration. dub. (1.) *n.* 59.
Resp. ad rat. dub. (2.) *n.* 60.
Praeletio testam. in judicio quando necessaria? n. 61.
Resp. ad rat. dub. (3.) *n.* 62.
Resp. ad rat. dub. (4.) *n.* 63.
Resp. ad rat. dub. (5.) *n.* 64.
Resp. ad rat. dub. (6.) *n.* 65.
Quomodo hic fraudes evitari possint? n. 66.
Status controversiae. n. 67.
Praesentia testatoris an exigatur jure gentium? n. 68.
Resp. ad rat. dub. (8.) *n.* 69.
De notariorum officio et fide. n. 70.
An notarii sint servi? n. 71.
De auctoritate communis opinionis. n. 72.
Conclusio. n. 73.

TRACTATIO.

1 §. 1. Implorato itaque Divino Numine, et antequam ad exarationem propositi thematis accedam, operae pretium fore arbitror, generalia quaedam de testamentis, ac inprimis de illorum origine et natura, ad faciliorem eorum, quae subjicientur, intellectum, praemittere, et cui juri ea adscribenda, inquirere. Quippe ordo, juxta illud Baldi dicterium, modus agendi est, sine quo nihil recte agitur, et ea, quae traduntur ordine, non facilia atque perspicua solum redduntur, quo dilucidius intelligantur; ut ex *l. quo lucidius* 1. *π. de dol. mal. et met. except.* constat; sed etiam facilius memoriae, quae alias juxta *l. peregre.* 44. *π. de acq. vel amitt. possess.* labilis est, praecertim quando materiae late patent et diffuse sunt traditae, inhaerent.

2 §. 2. Testamentorum originem rationis ductus primitus e jure gentium descendisse, postea vero a jure civili approbatam fuisse, nec non incrementum et formam novam exinde accepisse, per ea, quae habet Johan Schneidew. *in comment. ad inst. h. t. n.* 12. *et seqq.* WVesenb. *in parat. dig. qui test. fac. poss. n.* 8. et Treutler. *v.* 2. *d.* 10. *th.* 1. *lit. b. ibique* Bachov. *et ad d. pr. inst. eod.* constare arbitror. Quamvis enim 3 dispositio testamentaria in eum casum concipiatur, ubi bona testatoris amplius non sunt, et ubi disponendi licentia cessat: dum tamen ipse vivus bona pro lubitu aliis assignare potuit, quid vetat executionem hujus arbitrii post mortem differre: dispouit enim, dum adhuc dominus est. Et summa aequitas exigit, ut licitum sit, quod non redit arbitrium, quo ita ejus voluntas, qui velle desierit, conservetur *l. habeat unusquisque.* 1. *c. de ss. eccles.*

§. 3. Hinc ne quis invitus bona sua post mortem 4 cogatur relinquere illis, quos forsitan ingratos atque indignos reperit, testandi licentia ipsi non deneganda. Saepe enim ejusmodi sunt tempora, ut non liceat viventibus bene meritis gratiam referre, vel male meritis poenam infligere; imo, fratrum quoque gratia frequentissime rara: unde neutiquam erit iniquum, et fra- 5 trum quoque rationem in testamento non habere, sed ad alios melius de nobis meritos bona transferre. Hahnius *tit. π de inoffic. testam. n.* 6. Maxime cum non eaedem in linea collaterali occurrant rationes, quae in linea recta testandi licentiam restrinxerunt, quia nec fratres et cognati sibi illam debent reverentiam, quam liberi parentibus, neque thesaurizare se invicem tenentur, ut parentes liberos. *l.* 11. *π d. lib. et posthum. haered. instit.* Adeoque in dominum, qui sudo- 6 re et labore indefesso bona sua acquisivit, non exiguum exinde resultat adjutorium, imo potius solatium, quod ipsi ea ex permissione legislatoris sit concessa potestas, ut sicut inter vivos bona pro placito in alium transferre; ita et in casum secuturae mortis de rebus suis, voluntatis suae edere testationem, indeque officia demereri et beneficia compensare queat libere, utpote qua re vivi maxime juvantur, morientes vero delectantur, dum bona, quae per vitam suam acquisiverunt, ad illos potissimum perveniunt, quos ipsimet maluissent. Accedit et hoc, quod viventium actus ex solo dominii jure sustineantur: morientium vero preces non solum dominium defendat, sed et misericordiae ratio erga eos, et humanitatis cogitatio erga omnes, vota illorum ultima commendet, ut pro mortalitate humana hac quasi immortalitatis umbra delectentur. Hanedoes. *exerc. inst. imp.* 21. *qu.* 1. Optime in hanc rem Quintilianus *declam.* 308. *Nullum aliud videtur solatium mortis, quam voluntas ultra mortem: alioqui potest grave videri et ipsum patrimonium, si non integram legem dabit: et cum omne jus in id permittatur nobis viventibus, auferatur morientibus.* Conf. dn. Puffend. *d. j. n. et g. l.* 4. *c.* 10. §. 5.

§. 4. In jure nostro dicuntur testamenta esse juris 7 civilis, et speciatim publici, per *l.* 3. *π. qui testam. fac. poss. et l.* 3. *cod. de testam.* non quidem quoad utilitatem, sed auctoritatem, quatenus nimirum ea jure publico sc. ll. XII. tabb. quae saepius publici juris nomine veniunt, sub certis solemnitatibus sunt permissa, quae solemnia adeo servanda veniunt, ut nec in privatorum hominum sit potestate, ab iisdem recedere. Et si eadem observata, testamentum juris auctoritatem habet: uti enim paterfamilias legavit, ita jus esto, jam

olim cautum fuit ll. XII. tabb. §. 1. *j. de l. falcid.* Buchov. *ad pr. inst. d. testam. ordin.* et Struv. *exerc.* v. 32. *th.* 3. Unde nec princeps testamentum jure confectum rescindere potest. *l. si testamentum.* 10. *cod. de testam.* Et si testamentum imperfectum, seu non secundum requisita ll. conditum, princeps exinde legatum capere non vult. *l. ex imperfecto.* 23. *π de legat.* 3.

8 §. 5. Cujacius quidem *ad l.* 1. *π. qui testam. fac. poss.* testamentum a testamenti factione discernere, hancque juris civilis, illud autem juris gentium esse autumat: sed meo judicio discrimen hoc non videtur quadrare: si enim testamentum aliquod sit juris gentium, necesse pariter erit, ut testamenti factio sit talis, cum alias abstracta testamenti consideratio sine ea
9 sit nulla. Arum. *ad π. d.* 15. *th.* 1. Iude et rectius sic distinguendum esse puto, quod scilicet testamentum sive testamenti factio, si absolute et simpliciter, sive indefinite et generaliter spectetur, quoad originem et essentiam sit juris gentium; si vero definite et specialiter ad rempublicam romanam, sicque quoad formam accidentalem consideretur, sit juris civilis. Unde Buchov. *alleg. loco* testatur, jam longe ante Romam conditam testamenta fuisse in usu, id quod et Historici, et inprimis Plutarchus *in vita Solonis* indicant, et formam testamenti Aristotelis recitat *in vita ejus* Laertius. Imo et ex sacris non desunt exempla, quae huc adducere jam non vacat. Sufficiat in praesens praeceptum ab ipso Deo Hiskiae datum 2. *reg.* 20. *Bestelle dein Haus, du mustu sterben;* et illud Apostoli assertum *Galat.* 3. *v.* 15. ubi insigne robur testamento morte confirmato tribuit.

10 §. 6. Considerata paucis testamentorum origine et progressu, ordo quidem nunc requireret, ut tam definitionem nominalem, quam realem illustralem, utrobique enim dd. in diversas abire partes, ex institutionum commentatoribus nemini in obscuro esse potest. Sic Oldendorpius in *Lexico juridico*, testamentum dictum esse existimat, quasi testationem manentem, et Theophilus *in instit. pr. de testam. ordin.* Testimonium mentis; ipse vero imperator *in pr. inst. de testament.* Testationem mentis, notatione non gramma-
11 tica sed logica. Verum etiam de reali definitione interpretes non conveniunt; ex mente namque Hugonis Grotii *l.* 3. *c.* 6. §. 14. *d. j. b. et p.* testamentum est alienatio universi patrimonii in mortis eventum, ante eam revocabilis, retento interim jure possidendi ac fruendi. Quam definitionem vellicat dn. Puffendorff. *d. j. n. et g. l.* 4. *c.* 10. §. 1. quamvis sano sensu defendi possit. Ipse Puffendorffius mavult simplicius ad Jctor. Romanorum mentem naturam testamenti exprimere, quando vocat declarationem voluntatis nostrae circa successores in bona nostra post mortem nostram, quae tamen ante mortem pro lubitu nostro sit mutabilis et revocabilis, et quo aliis demum ab excessu nostro jus nascatur. Sed secundum ll. civiles, ex doctrina Modestini *in l.* 1. *π. qui testam. fac. poss.* Testamentum est voluntatis nostrae justa sententia de
12 eo, quod quis post mortem suam fieri velit. Ubi si sub voce *justa* solemnia tam externa quam interna intellexeris, uti haec vi vocis subintelligenda, nil vitii habebit Modestini definitio, sed ab aliorum iniqua censura facile defendi poterit; ut hinc alias definitiones fingere necessum non sit. Sed ego circa haec, utpote ubivis obvia, me non detinebo, sed potius ad testamenti divisiones me confero, quo ad propositum eo citius deveniam.

§. 7. Dividitur autem hodie testamentum paulo aliter 13
quam olim. Olim enim tria juris civilis veteris erant testamentorum genera, (I.) quod fiebat calatis comitiis, quo in pace populus utebatur. (II.) in procinctu, quod faciebant in praelium ituri cives romani. et (III.) per aes et libram, qui modus tam pacis quam belli tempore omnibus personis aptus et idoneus erat, fiebatque per mancipationem §. 1. *inst. de testam. ordin.* de quo pluribus vid. Gell. *lib.* 15. *c.* 27. Buchov. *ad* §. 1. *instit. de testam. ordin. n.* 4. Harppr.
in comm. inst. d. §. 1. Jure novo autem testamentum 14
dividitur in publicum et privatum. Hoc quod privata auctoritate constat, iterum dispescunt in solemne, seu privileg. et minus solemne. Solemne test. in quo omnia solemnia, legibus praecepta, stricte observari et attendi debeant, rursus subdistinguunt in scriptum et nuncupativum; illud dicunt esse, quod in scripturam redactum, certisque solemnitatibus munitum: hoc vero, quando testator ultimam suam voluntatem viva voce coram septem testibus specialiter rogatis ac idoneis, herede nuncupato, proponit. Quod et duplici 15
modo fieri dd. contendunt; expresse atque explicite scil. quando, uti jam dictum, coram testibus haeres palam et expresse nuncupatur; et implicite, quando testator coram septem testibus convocatis tantummodo confitetur, se haeredem instituere eum, quem in schedula, qua voluntatis suae secreta continentur, consignaverit, forte hac formula, quam Sichard. *ad l.* 21. §. *per nuncupationem. cod. d. test. n.* 3. habet, utens; *domini testes, ego facio haeredem meum, qui in schedula, quam manu mea scriptum in illa arca asservavi, continetur.* Quamquam tale testamentum nuncupativum jure civili omnino incognitum videatur, quod unum saltem nuncupationis modum admittit, explicitum nimirum in persona ipsius haeredis. *l.* 26. *cod. de testam. et l.* 21. *pr. π. h. t.* Nec obstat *l.* 20. §. 9. *π. eod.* utpote, quae tantum de scripto testamento verius loqui videtur.

§. 8. Minus solemne testamentum est, quod aut 16
nullam omnino solemnitatem, aut exiguam saltem, exposcit, speciesque habet sex: (I.) testamentum parentum inter liberos. (II.) ad pias causas. (III.) tempore pestis factum. (IV.) rusticorum. (V.) necessitatis tempore factum, et (VI.) militare. Quamvis quinta species juri nostro vix videatur cognita, nec moribus ubique probata. Et haec summariter de privatis testamentis notasse sufficiat.

§. 9. Testamentum publicum duplici ratione dicitur; 17
aliud ratione personae testantis, aliud ratione modi testandi. Illud est, quod ab imp. rege vel principe conditur. Horum enim tanta est eminentia, ut solemnibus legum soluti sint. *l. princeps* 31. *π. de legibus.* et hinc pro lubitu ultimae voluntatis elogium condere possint; de qua materia ex professo egit excellentiss. camerae imperialis assessor dn. Eyben *in diss. de testam. principis vel comitis s. rom. german. imperii.* Aliud vero publicum est ratione modi testandi, quod subsistentiam suam recipit ex auctoritate publica, vel principis vel judicis: cui voluntas illa testatoris exposita vel insinuata. Nullis enim aliis subsidiis opus habet, utpote quod ipsam principis conscientiam teneat, uti dicitur in famosa illa *l. omnium.* 19. *c. de testam.*

18 §. 10. Nata inde dd. controversia, an tale testamentum principi vel judici oblatum pro solemni vel minus solemni sit habendum? Ego illorum accedo opinioni, qui solemne hoc testamentum dicunt, cum hic auctoritas publica omnes solemnitates suppleat. Bachov. *ad* Treutl. *vol.* 2. *disp.* 10. *th.* 6. *lit. l.* Comparantur enim sibi testes idonei, et acta. *l. sancimus.* 27. *ibi: vel per testes idoneos, vel inter acta. cod. de testam.* Ludwel. *de ultim. voluntat. cap.* 1. *pag.* 187. Non tamen aliter hoc intellectum puto, quam ratione effectus; in se enim solemne non esse, quantum ad ordinarias testamentorum solemnitates, fatebitur unusquisque. Effectum tamen solemnissimi testamenti idem habere, quis negaverit, et ea ratione omnium testamentorum solemnitatem superare dicitur *d. l.* 19. *pr. cod. de testam.*

19 §. 11. A quo autem hic testandi modus introductus, nondum usquequoque liquet; licet enim *in l.* 19. *cod. de testam.* in qua et sedes hujus materiae est, Honorio et Theodosio impp. de eodem satis plene agatur, eosdem tamen auctores nominare mihi non est integrum, quandoquidem ibidem potius narrative quam dispositive de hoc testamento agitur. Magnif. dn. Bornius *in celeberrima lips. academi ordinarius atque antecessor excellentissimus cognatus, praeceptor quondam, et nunc patronus parentis instar aeviternum aestimandus, in praelect. ad digest. mss. ad tit. qui test. fac. poss. n.* 4. Videri tamen potest Tabor *de testam. princip. aut comiti oblato. cap.* 1. *th.* 3. *et* 4. *item c.* 6. *th.* 5.

20 §. 12. Testamentum hoc principi oblatum requisita satis pauca exigit, unde subsistentiam suam capiat.
21 Nihil enim amplius exigitur, quam (I.) ut testator voluntatem ultimam scripto comprehensam principi offerat, atque in eo ultimum suum elogium contineri testetur, per *d. l.* 19. *ibi, quod per supplicationem nostris auribus intimatur. cod. testam.* (II.) Ut princeps
22 testamentum ita oblatum recipiat; oblatio enim sine receptione frustranea foret. Imo acceptio ipsa auctoritatem demum confert, et espropter postquam recepta, conscientiam principis tenere dicitur. Dn. Tabor *de*
23 *testam. principi oblato c.* 6. §. *XI.* Hoc vero necessarium non est, ut principes rescripto quodam ultimam voluntatem sibi oblatam confirmet, vel de facta receptione respondeat: rationem ipse subjungit imperator, *voluntates hominum audire volumus, non jubere, ne alioquin inhibitum videatur commutationis arbitrium.* Licet moribus receptum fatear, ut ex ipsa cancellaria principis schedula detur, factae oblationis testimonium exhibens, germanice dicta: *Eine Recognition.*
24 Addunt dd. requisitum (III.) ut hoc testamentum a principe, vel hujus mandato in cancellaria recondatur et asservetur; quorsum refero verba *d. l.* 19. quod securus sit, qui toto jure, (quod in nostris est scriniis constitutum,) teste succedit. Per haec enim commode intelligi poterit, quod testimonium de hoc testamento ferant scrinia principis, Conf. Giphan. *comm. cod. ad d. l.* 19. ergo ut his idem insertum sit, necessario exigitur.

25 §. 13. Quod vero attinet testamentum judici oblatum, quod apud acta factum, vel actis insertum plerumque dicitur, licet hoc diversum a priori existiment, attamen ejus requisita substantialia esse puto; scil. (I.) Praesentia judicis et ejus acceptio, per quam auctoritas huic testamento conciliatur: sed an Scabino- 26
rum, aut assessorum praesentia simul necessaria, inter se non conveniunt. Affirmativam defendit Finckelthaus *obs.* 63. Berlich. *p.* 1. *decis.* 85. *n.* 1. quo scil. eo major auctoritas constet judicio, et testamenti insinuatio eo minus in dubium vocari possit. Verum ab hac opinione recedit Carpz. *p.* 3. *const.* 3. *def.* 15. Richter. *p.* 1. *decis.* 30. *n.* 24. Cujus opinio mihi probabilior videtur, cum fides actorum non dependeat ex
persona adsessorum, sed ipsius judicis. Hoc casu actua- 27
rium simul praesentem esse debere credo; quamvis enim pro validitate testamenti judicialis pronunciatum, ubi praesens non fuerat actuarius judicii, teste Carpz. *p.* 2. *decis.* 148. verum ipse ibi testatur, illo casu duos Scabinos adhibitos fuisse, quos vicem actuarii
supplere posse, nemo dubitabit. (II.) Requisitum, ut 28
voluntas testatoris judicio oblata, actis publicis inseratur; quod his verbis innuit constit. saxon. 3. *part.* 3. *und leget dasselbe hinter das Gerichte etc.* quorsum et respicit *l. testamenta* 18. *cod. de testam.* ubi dicitur, quod testamenta coram officio censuali publica, (quod idem esse puto, quam oblata, licet non ignotum sit, ab aliis aliter hanc vocem explicari.) In eodem loco reservari debeant.

§. 14. Plane de competentia et incompetentia judicis 29
disquirere hic operose non est necesse, cum insinuatio haec testamenti sit actus voluntariae jurisdictionis, nec ullam causae cognitionem desideret, atque sic coram quocunque judice, sive competens sit, sive non, fieri possit, per verba *d. l.* 16. *cod. de testam. cujuscumque judicis.* Mevius *ad jus lubecens. p.* 2. *tit.* 1. *art.* 2. *n.* 116. Unde nullum superest dubium, valere testamentum ab illustri persona judicio oppidano oblatum. Quod
eousque extendunt dd. ut concedant, posse comites, barones et nobiles coram Sculteto et scabinis suis testamenta insinuare, Carpz. *p.* 3. *c.* 3. *d.* 14. Berlich. *p.* 1. *dec.* 92. *n.* 11. *seq.* quo casu tamen plerique supponunt, adesse actuarium judicii, qui tale testamentum actis insinuet, seu apud acta conservet. Alioqui enim si ipse nobilis in custodiam suam recipere vellet testamentum, auctoritatem illam, quam ex actis habere deberet; non consequeretur. Carpz. *p.* 3. *c.* 3. *def.* 1. *et dec.* 293. id quod et eleganter Berl. *p.* 4. *concl.* 4. *n.* 44. deducit; videri etiam potest Richter. *p.* 1. *decis.* 30. *n.* 21. 29. *et* 30.

§. 15. Utrobique vero notabile hoc requisitum com- 30
muniter exigunt dd. ut testamentum ab ipso testatore principi vel judici offeratur, adeo, ut si per intermediam personam oblatio facta fuerit, testamentum eo ipso corruat. Et hoc thema praesentis disputationis est ab omnibus fere. dd. communi calculo hucusque comprobatum; sicuti hoc defendunt Besold. *parte.* 3. *consil.* 230. *n.* 10. Pantschmann. *p.* 2. *quaest. ult.* Hartm. Pistor. *lib.* 3. *quaest.* 28. Rittersh. *consil. Altorffin.* 77. Moller. *libr.* 1. *semestr. cap.* 5. Lauterb. *d. testam. judiciali. th.* 14. Ant. Faber. *cod. Sabaud. lib.* 6. *tit.* 5. *def.* 20. *n.* 4. Carpz. *p.* 3. *c.* 3. *def.* 23. Ludwell. *de ultim. volunt. p.* 2. *c.* 1. *p.* 187. Vultej. *vol.* 1. *consil. Marpurg.* 34. *n.* 37. Berlich. *p.* 3. *conclus.* 4. *n.* 31. Mevius *ad jus lubecense p.* 2. *tit.* 1. *art.* 2. Vasqu. *de success. creat. l.* 2. *t.* 17. *requis.* 27. *n.* 83. Manz. *de testam. tit.* 4. *n.* 84. *q.* 1. Richter. *p.* 1. *decis.* 30. Reusner. *de testam. p.* 5. *c.* 19. *n.* 24.

§. 16. Extendunt et ampliant hanc sententiam al- 31

legati dd. eousque, ut (I.) non subsistat testamentum, quod domi a testatore conscriptum per notarium una cum septem testibus nomine testatoris judici insinuatum, et oblatum fuerit. Pantschm. *qu.* 23. *n.* 4. quem sequitur Carpz. *p.* 3. *c.* 3. *def.* 23. *n.* 10. (II.) ut non valeat, etiamsi is, qui offert testamentum, specialissimo mandato fuerit instructus, Besold. *d. consil.* 230. *num.* 10. (III.) ut nec subsistat, si testator per epistolam testamentum judici obtulerit. Quod enim *in d. l.* 19. dicitur de testamento precibus inserto, hoc intelligunt, modo ipse testator in persona preces principi offerat. (IV.) Ut nec expressa permissio magistratus efficere possit, quo valeat testamentum domi conscriptum, et per personam fide dignam judici insinuatum; adeo ut si magistratus jusserit id sibi praesentari, addideritque, se testamentum perinde habiturum, ac si ipsemet testator id publicis actis insinuasset, nihilominus vitiosum sit testamentum Berlich. *p.* 1. *decis.* 94. Carpzov. *d. const.* 3. *def.* 24.

32 Quorum omnium ratio est, quia praesentia testatoris ad formam essentialem hujus testamenti pertinet, qualis forma ad unguem usque observanda, Carpz. *d. l.* ut hinc haeredem *ex l. ult. cod. d. edict. d. Adrian.* non prius in possessionem mittendum esse velit idem Carpz. *l.* 6. *respons.* 19. quam testamentum judiciale ab ipso testatore insinuatum probaverit.

33 §. 17. Verum utut haec communiter ita asserantur et applausum fere universalem etiam in foro meruerint, tamen suspecta mihi videtur haec sententia, ob id, quod nullo neque juris civilis neque saxonici expresso textu nitatur, et favori ultimarum voluntatum adversetur; ideoque sedulo inquisivi, annon, quod in aliis juris nostri materiis toto die contingit, hic dissentientes reperiantur auctores, qui contrariae opinionis fundamenta proponerent; nullum tamen mihi depre-

34 hendere licuit, praeter celeberrimum dn. Tabor. *in tr. de test. principi aut comiti oblato cap.* 5. *th.* 10. Dn. Struv. *exerc.* 22. *th.* 9. Myler. ab Ehrenbach. *de princ. et stat. imp. c.* 28. §. 4. *p.* 282. qui in testamento principi oblato praesentiam testatoris necessariam non esse defendunt, expresse vero non definiunt, an illa decisio etiam in testamento apud acta conficiendo obtineat. Allegat quidem Berlich. pro opinione hac Andr. Gerhardum *de testam. disp.* 2. *th.* 14. *sub fin. vers. caeterum sententia haec.* Fulgos. *ad l. omnium* 19. *c. de testam. n.* 2. *vers. nota primo.* Alex. *eod. cod.* 2. *vers. in gl. verbo precib.* Verum Alex. *cit. loc.* nihil habet: Fulgos. mihi ad manus non fuit. Gerhardus vero allegato loco communis sententiae fundamenta adducit, et in fine nulla addita ratione, haec tantum subnectit: *caeterum sententia haec, nisi ab omnibus fere recepta esset, optimis rationibus infringi, contrariaque defendi posset.* Generaliter tamen huic sententiae, pro validitate testamenti per procuratorem oblati favere dn. Praes. observavi *ex disp. ipso praeside habita, de jure ex alterius persona permisso citra successionem vel cessionem. cap.* 1. *n.* 43. *seqq.* Adeoque libuit specimini inauguralis loco in veritatem communis opinionis paulisper inquirere, ejusdemque rationes cum nostra sententia conferre, ut inde, an calculum mereatur vulgaris opinio, eo dilucidius possit apparere.

35 §. 18. Rationes et fundamenta, quibus testamentum per procuratorem oblatum impugnant dd. et quamobrem testatoris praesentiam praecise exigant, jam ordine proponemus. (I.) Praecipuum fundamentum ex antiquitate deductum. dicunt enim dd. testamentum hoc principi oblatum in ejus locum esse introductum, quod olim populo in comitiis offerebatur. Berlich. *p.* 3. *concl.* 4. *n.* 28. Atqui vero in veteri illo testandi ritu praesentia testatoris omnino necessaria erat; testator enim ipse in comitiis praesens, si in scriptis testari volebat, tabulas testamenti tenens, ita alloquebatur populum; *haec uti in his tabb. cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor: itaque vos Quirites testimonium praebetote.* Quod si vero nuncupative testari vellet, his verbis compellabat populum: *velitis jubeatis Quirites, ut L. Valerius post mortem meam jure meam familiam capiat: haec ita, uti dixi, ita vos Quirites rogo:* de quo pluribus vid. Reusnerum *de testam. p.* 1. *cap.* 10. *n.* 4. Necessum ergo erit, ut surrogatum testamentum ejus indolem sequatur in cujus locum surrogatum. 36

§. 19. (II.) Confugiunt ad ipsum textum *l. omnium* 37 19. *c. d. testam.* ubi hujus materiae sedes, et ex his verbis, quando dicitur: *qui coram actis mentis suae postremum publicavit judicium.* et postea: *successorem suum oblatis precibus declarare*, praesentiam testatoris colligunt. Atqui vero, quomodo qui praesens non est, postremum publicabit judicium, vel successorem declarabit. Vultej. *vol.* 1. *consil. Marpurg.* 34. *n.* 37. et post eum Berlich. *de conclus.* 4. *n.* 32.

§. 20. (III.) Argumentum deducit idem Berlichius 38 *alleg. loc.* ex ejusdem *l.* 19. verbis: ubi imperator dicit; *Se voluntates hominum audire velle.* Atqui, vero, quomodo audiret voluntatem testatoris, si praesens non esset, vel procuratorem mitteret, vel si tandem per libellum offeratur voluntas, non audiret, sed legeret ejus voluntatem.

§. 21. (IV). A comparatis petunt argumentum. Te- 39 stamentum enim apud acta, et testamentum coram septem testibus conditum sibi comparantur, seu aequiparantur, per verba *d. l.* 19. *qui actis cujuscumque judicis, aut auribus privatorum,* h. e. septem testium. Jam vero coram testibus nemo per procuratorem testari potest. *arg. l. illa institutio* 32. *v. de haered. institut.* ubi alienum arbitrium penitus a testamento exulare debet; nec potest testamentum in alienam voluntatem conferri. *l. nonnumquam* 52. *v. de condit. et demon.* Rauchb. *p.* 2. *c.* 16. *n.* 4. Vasqu. *de success. creat.* §. 17. *requis.* 27. *n.* 78. *seqq.*

§. 22. (V.) Rationem inde petit Berlich. *d. concl.* 4. 40 *n.* 33. Quod acta in ejusmodi testamento suppleant vicem testium *d. l.* 19. *de testam.* Jam vero in testibus exigitur, ut testatorem videant et audiant. *l. si non speciali.* 9. *c. de testam.* quo ita omnis fraus, quae per subornationem contingere possit, excludatur. Fulv. Pacian. *de probat. lib.* 1. *cap.* 10. *n.* 82. ob quam causam etiam parietem intermedium vel cortinam inter testes et testatorem vitiare testamentum, communiter placuit, Pacian. *d. cap.* 10. *n.* 46. Farinac. *de testib. q.* 61. *n.* 23. Carpz. *p.* 3. *c.* 3. *def.* 2. *n.* 7. Dn. Praeses *tr. de jur. sens. diss.* 3. *c.* 1. *n.* 29. Quare necessum quoque erit, ut princeps, vel judex, cui testamentum offertur, testatorem videat.

§. 23. (VI.) Accedit, quod in ultimis voluntatibus 41 omni studio cavendum, ut fraudes et machinationes excludantur, et de certitudine voluntatis testatoris constet. Nullibi enim magis fraudes praecavendae,

quam in ultimis voluntatibus, ubi alter ex alterius morte lucrum aucupat. Moller. *ad const. saxon. part. 3. const. 3. n. 11.* ubi multos dd. in hanc sententiam pronos adducit. Jam vero fraus omnis evitari non valeret, si testator ipse coram principe vel judice non compareret. Utut enim testamentum ipsius manu scriptum et subscriptum, utut quoque eidem insertum, quod illud cupiat actis insinuatum, semper tamen id remanebit dubii: annon mutaverit voluntatem, utpote quae ad mortem usque ambulatoria est. *l. 4. ff. de adim legat.* Et annon post conscriptum testamentum noluerit idem actis insinuari, forte quod poenitentia supervenerit; atqui vero omne hoc periculum cessat, si testator ipse praesens principi vel judici testamentum offerat. Unde hanc praesentiam ipso gentium jure necessariam, nec per ll. civiles demum inductam esse, dicit Finckelthaus. *de testam. judic.* 32.

42 §. 24. (VII.) Probant quoque hanc suam assertionem ex *const. el. ipsa 3. const. 3. §. ult. in verbis: und leget dasselbe hinter das Gerichte etc.* quod saepius allegatus M. Berlich. *d. l. n.* 33. sic explicat; et deponit illud apud acta, dicitque his verbis manifesto satis ostendi, ibi agi de ipsa persona testatoris, alias non diceretur *und leget, sed, und legen lassen.* Ob quam causam dan. Moller *d. p. 3. const. 3. n. 17. seq.* nec per quatuor tabelliones seu notarios simul concordantes hanc insinuationem expediri posse, statuit: et simul inique satis insurgit in notarios cum Molineo *ad consuet. paris. p. 1. tit. 1. §. 51.* Et eorum officium vile et servile vocat, imo fere plane ut inutile rejicit, praesertim in negotiis, ubi praesentia personae ad substantiam judicii pertinet.

43 §. 25. (VIII.) Accedit tandem communis dd. opinio, quam superius adduxi §. 15. Communis vero opinionis tanta auctoritas, ut ubi illam habemus singulares dd. opiniones non attendamus. Besold. *p. 1. consil. 20. n. 117.* Unde et in jure nostro crebrior opinio attenditur. *l. 1. pr. l. ibi sane crebrior apud veteres opinio. ff. de offic. quaest. l. 12. §. 27. ibi. quam sententiam quotidie increbescere. ff. de instruct. et instrum. legat.* Menoch. *lib. 2. praesumpt. 71. n. 2.* Eapropter opinionem communem tamquam jus servari debere dicunt. Barbos. *locupl. l. 13. c. 25. ax. 8.* a qua in judicando non recedendum.

44 §. 26. Verum his omnibus, quae jam adducta sunt, non obstantibus, in puncto juris veriorem puto sententiam, quae praesentiam testatoris praecise non exigit, sed sufficere puto, si vel per libellum supplicem vel procuratorem seu notarium, sufficienti mandato instructum, aut testibus duobus fide dignis stipatum, qui mandatum ex ore testatoris audiverint, principi vel judici testamentum offeratur, quod rationibus mihi probandum incumbet.

§. 27. Et (1.) quidem notissimi juris est, quod pro-
45 curator in omni negotio civili admittatur, si speciali mandato instructus; adeo, ut actus aeque subsistat gestus a procuratore, quam si ab ipso principali. *c. qui facit per alium. 72. de r. j. in 6. l. 3. §. fin. ff. de donat. int. vir. et ux. l. 5. §. 3. m. de admin. et peric. tut.* Et omne negotium, quod non apparet in specie exceptum, per procuratorem expediri potest. Mozz. *tr. de contract. tit. de mandato. cap. de reb. in quib. causa mandat.* Carpz. *lib. 3. resp. 56. n. 12.* ubi addit, quod qui pro se regulam habet, habeat quoque intentionem fundatam. Nec est, ut excipias, non procedere regulam in actibus personalissimis; remanet enim controversia, an testamentum principi oblatum pro acto personalissimo sit habendum; hoc enim nullo juris textu hucusque probatum. Nec in acto aliquo praesumitur personae industria electa, nisi id probetur. Rebuff. *ad c. extirpandae. 30. §. qui vero n. 14. X. de praebend.*

§. 28. Facit (II.) pro hac sententia evidentissimus te- 46
xtus *in l. omnium. 19. c. de testam.* ubi expresse dicitur, subsistere testamentum, *quod per supplicationem auribus imp. intimatur.* Et postea circa finem *d. l. oblatis precibus successorem declarare.* Cui respondet novella Theodosii et Valentiniani *lib. 1. tit. 4. quisquis maluerit delata nobis supplicatione testari, liberam habeat potestatem.* Ex quo sua sponte fluit argumentum 47
quicumque actus per supplicationem aut oblatas preces poterit expediri, ille non exigit praesentiam personae; atqui testamenti oblatio principi facta per supplicationem poterit expediri, e. majoris connexio satis liquida est; frustra enim persona accedit ad hoc negotium, ubi supplicatio sufficit; et si tandem persona praecise requireretur, quid opus esset precibus, sane alterutrum esset frustraneum, quale quid a lege requisitum esse, praesumendum non est. Minorem propositionem in dubium vocat Berlich. quando *p. 3. concl. 4. n. 34. verba illa. d. l. 19. per supplicationem auribus nostris intimatur*, ita explicat: quod non intelligenda de literis supplicibus, sed de precibus in propria persona per testatorem imp. oblatis: verum nescio, an phrasis illa, *preces offerre*, unquam in jure aliter capiatur, quam de supplicatione in scriptis oblata, cujus rei fidem facit rubrica *cod. de precibus imp. offerendis, et de quibus rebus supplicare liceat.* Quod basilica hoc modo efferunt: *περὶ αἰτήσεων βασιλεῖ προσφερομένων* ubi verbum *προσφέρειν* supponit, aliquid antea extare, ut ad imperatorem transferri possit. Quod vero hoc ipso praesentia personae indigitetur, nuspiam apparet; potius contrarium liquido decisum *in l. universis. 6. c. de prec. imp. offer.* ubi dicitur: *non requirendum esse, per quem preces oblatae.* Quae lex eo magis praesenti controversiae applicanda, quod eosdem impp. agnoscat auctores, qui *l. 19. c. de testam.* Conditores sunt scil. Honor. et Theodos. Hoc vero, quod de testamento principi oblato dictum, pariter applicandum ad testamentum judiciale, cum haec judicentur ad paria Philipp. *ad decis. elect. 44. obs. 1. n. 29.*

§. 29. Huc facit. (III.) quod nihil ad formam vel 48
essentiam negotii civilis pertineat, nisi quod lege est expressum. Cum enim leges civilibus negotiis formam praescribant, quae rem deducat in esse, eidemque det subsistere et operari, necessum omnino est, ut detur lex, quae hanc formam expresserit. Non enim debemus plus ad formam vel substantiam rei exigere quam lex ipsa exigit. Harpprecht. *ad §. 3. inst. locat. n. 236.* Barbos. *locuplet. lib. 6. cap. 20. ax. 1.* Atqui vero in testamento sive actis sive principi oblato nullibi tale quippiam exigitur, sed preces testatoris sufficere dicuntur; ergo non admittit favor ultimarum voluntatum, ut praecise praesentiam testatoris desideremus.

§. 30. Accedit (IV.) quod in testamento principi 49
oblato omnis solemnitas, quae alioqui in testamento

exigebatur, si remissa, quippe hoc omnes solemnitates superare dicitur in *d. l.* 19. *pr. c. de testam.* Ubi non additur, quod tunc solemnitates superet, si ipse testator offerat, *sed si mera fide precibus invertum.* Quid ergo amplius hic exigemus, quam si constet preces manu testatoris esse exaratas vel subscriptas, et testamentum manu ejus confirmatum. De hoc si constet, quid proderit vel nocebit, si vel ipse testator offerat, vel mandato ejus procurator; manet enim et hoc casu certa voluntas precibus inserta.

50 §. 31. (V.) Omnino huc faciunt verba finalia *d. l.* 19. ubi dicitur: *nec institutus haeres pertimescat cum oblatas preces secundum voluntatem defuncti idoneis testibus possit approbare.* Verba haec si simplicissima interpretatione exponantur, sententiam nostram probant liquide. Ut res clarior sit, proponemus terminorum nexum: quicumque haeres idoneis testibus probare potest preces secundum voluntatem defuncti oblatas esse, ille non pertimescere necessum habet, scilicet quod lucro haereditario privandus sit. Connexio hujus propositionis ex textu evidens est. Eapropter subsumo: atqui quando testator per procuratorem duobus testibus idoneis stipatum testamentum principi obtulit haeres probare poterit, secundum ejus voluntatem preces esse oblatas. Quae subsumptio pariter evidens quid enim magis ad probationem voluntatis testatoris, sive quod ipso volente oblatio facta, exigetur quam duo testes idonei. Ergo sequitur, quod valeat testamentum taliter per procuratorem oblatum, nec quicquam pertimescere necessum habeat scriptus haeres. Quae verba pluribus ad hanc materiam applicat d. Tabor. *de testam. princip. oblat. c.* 2. §. 15. *et c.* 3. §. 9. Unde satis apparet, penitus hic momentum non constitui in praesentia vel absentia, sed tantum in oblatione secundum voluntatem testatoris; atqui vero sic procuratorem intervenire posse, non dubitandum.

51 §. 32. Certum est (VI.) Quotiescumque solemnitas in testamento removetur, nihil amplius ad subsistentiam testamenti exigi, quam declarationem voluntatis testatoris et ejus probationem, sicut hoc ex testamento militari perspicuum est. Haec enim duo illa sunt, quae jure gentium ad testamenti substantiam pertinent. Jam vero voluntatis declaratio et probatio per preces imp. oblatas et testamentum iisdem insertum, ut et per mandatum speciale procuratori ad insinuandum datum sufficientissime expeditur. Ergo novum illud formale, scil. praesentia testatoris in testamento principi oblato minime exigetur.

52 §. 33. Imo (VII.) admittunt ipsi ddd. contrarium sentientes, non praecise principis vel judicis praesentiam necessariam esse, quamvis ipsi fere uno ore asserant, praesentiam principis hic utramque paginam absolvere, et per hanc solemnia testamentorum et testium defectum suppleri. Perez. *ad cod. d. testament. n.* 32. quem effectum et in aliis negotiis praesentiae principis tribuunt. Reinking. *d. regim. secul. et eccl. l.* 1. *class.* 1. *c.* 5. *n.* 58. Indulget tamen a nobis dissentientes, quod princeps per procuratorem praesentiam sui supplere possit, si sc. ad aedes aegrotantis oblaturi testamentum, mittat duos secretarios vel consiliarios, qui postea testamentum archivo principis inserant: conf. dn. Struv. *exerc.* 32. *th.* 9. *in med.* dn. Brunn. *ad Wesenb. tit. qui test. fac. poss. q.* 23. Et quamvis hujus casus quoad principem rarius mentionem faciant dd. omnes tamen in hoc conveniunt, valere testamentum domi ab aegroto oblatum non ipsi judici, sed deputatis etiam ab ipso, seu ejus mandatariis. vid. *d. const. saxon.* 3. *p.* 3. *ibi*: *Von Gerichtswegen in seine Behausung auf sein Erfordern geschichet.* Joh. Phil. *ad dec. elect.* 73. *obs.* 1. *n.* 4. *seqq.* Atqui vero, si principis et judicis praesentia aliquando non necessaria est, per quam tamen suppletur solemnitas, quis praecise exigeret praesentiam testatoris.

§. 34. Suffragatur (VIII.) huic opinioni et hoc, 53
quod donatio quingentos solidos excedens, et ita quantum ad excessum penitus inutilis; si non accesserit insinuatio judicialis *l.* 34. *c. de donat.* possit per procuratorem judici offerri; quod de donatione inter vivos concedit Carpz. *l.* 5. *resp.* 86. Quoad donationem vero mortis causa, quod per procuratorem insinuari possit, idem affirmat Berlich. *p.* 3. *concl.* 2. *n.* 41. et quidem sine haesitatione hoc statuendum dicit; cum quo consentit Modestin. Pistor. *p.* 2. *quaest.* 55. Virgil. Pingizer. *q.* 13. *n.* 38. *seq.* qui a Jenensibus ita pronunciatum refert; jam vero non video diversitatis rationem, quare donatio mortis causa insinuari possit per procuratorem, et non testamentum, quamvis ibi fraudes pariter exulare debeant, sicut in testamento, cujus tamen major omnino favor est.

§. 35. Accedit quoque (IX.) non leve argumentum 54
ex eo, quod etiam extra judicium ex multorum sententia per procuratorem testamentum condere liceat: si enim consentire possum, ut alter de bonis meis testetur, utique per mandatarium testari potero. Connexionis ratio exinde manifesta: quod patiens videtur mandasse. *l. qui patitur.* 18. *ff. mandat.* Prius vero, quod me consentiente valeat testamentum ab altero de bonis meis conditum, defendunt dd. ex clara juris canonici dispositione in *c. cum tibi.* 13. *x. de testam.* cui opinioni subscribit Carpzov. *p.* 3. *const.* 2. *def.* 13. Berlich. *p.* 2. *dec.* 92. *n.* 6. Christin. *vol.* 4. *dec.* 12. *n.* 2. Scheffer. *p.* 3. *q.* 49. *n.* 254. Valasc. *cons.* 68. *n.* 4. Atqui vero supposita hac dd. opinione, quam tamen nos universaliter non probamus, si hoc extra judicium licet, quod integram dispositionem alteri committere possim, cur non liceret alieni corporis ministerio uti, et per procuratorem et testes testamentum a me ipso conscriptum judici offerre. Quamvis hic omnino insignis ille error dd. jam adductorum non praetereundus sit, qui statuunt, testamentum ab altero de bonis meis factum a me non posse revocari: si enim volui, ut meo nomine testaretur, nihil amplius voluisse censeor, quam ut aeque valeat testamentum, ac si a me ipso conditum foret; hoc vero mihi pro lubitu revocare permissum. Dn. Brunn. *cent.* 1. *decis.* 24. *in fin.*

§. 36. Ne vero (X.) opinionem nostram nunquam 55
usu servatam fuisse nobis ulterius opponatur, paucis hic adducendum, praxin superiorum seculorum omnino oblationem per mandatarium admisisse; in testimonium voco celebrem illum veterum formularum collectorem, *Marculphum,* monachum, qui ante annos mille et quod excurrit, et ita vix seculo post Justinianum imperator. publicorum privatorumque negotiorum vetustissimas formulas collegit, quem auctorem ex merito prolixe commendat *Hieron. Bignonius* acutissimus Galliae Jctus, qui Marculphum elegantissi-

mis notis illustratum edidit Parisiis primum *anno* 1612. Iste vero Marculphus *lib.* 2. *formul. c.* 37. (vel juxta editionem Lindenbrogii, maxime industrii antiquorum jurium indagatoris, quam exhibet in fine *cod. ll. antiquarum c. LXXIII.*) exemplum testamenti per mandatarium actis insinuati solemni quadam formula refert, quod ne ex moribus forte barbaris non romanis introductum videatur, ipse Marculphus in rubrica formulae praemissa testatur, consuetudine Romanorum id receptum esse. Haec enim ipsius rubrica est: *gesta juxta consuetudinem romanorum, qualiter donationes vel testamenta legantur.* Formula vero ipsa sequenti modo se habet:

56 *Anno illo, regnante rege illo, sub die illo, in civitate illa, adstante viro illo laudabili defensore, et omni curia illius civitatis, vir magnificus ille prosecutor dixit: peto optime defensor, vosque laudabiles curiales atque municipes, ut mihi codices publicos patere jubeatis. Quaedam enim in manibus habeo, quae gestorum cupio allegatione roborari. Defensor, et curiales dixerunt, prosequere quae optas dicere, ne moreris: vir magnificus prosecutor ille dixit; venerabilis vir, aut inluster vir ille per chartam mandata sua injunxit, ut illam donationem testamenti, aut cessionem, quam ad basilicam ad locum sanctum illum, aut illustri viro illi, adpraesens, aut post discessum delegavit in vice sua, ut mos est, gestis municipalibus ipsam donationem debeam alligare: vir honestus defensor dixit illi, mandatum quod in te scriptum habere dicis, nobis ostende, ut in praesenti recitetur.* Postea Bignon. *d. l.* 2. *c.* 38. Mandatum ipsum ad testamenti insinuationem datum, refert, quod tamen eodem capite facit Lindenbrogius *cit. loc.* cujus verbis, cum clariora sint illis, quae Bignonius habet, supplementum superioris insinuationis recensebo: *post recitationem vero ille persecutor dixit: quia petitiones meas laudabilitas vestra per ordinem implere dignata est, rogo ut publica monumenta suscipiat. Vir laudabilis ille defensor et curiales dixerunt: testamentum, quod recitatum est, gestis publicis inseratur, et quod ille persecutor velit et petit, gesta ei publice dentur. Ille persecutor dixit. Sufficit mihi, bone defensor, si testamenti quod recitatum est, mihi gesta (ut mos est) tradere jubeatis. Defensor et ordo curiae dixerunt. Quia testamentum et mandatum inde conscriptum per ordinem conditum, et bonorum hominum manibus roboratum atque signatum manifeste cognovimus, aequum est, ut gesta ex hoc conscripta, et a nobis subscripta tibi ex more tradantur, et in archivis publicis serventur, ut facilius, quod superius insertum est, diuturno tempore maneat inconvulsum. Edatur ordine et mandatum et totus testamenti textus, et postea defensor et curiales civium et reliqui subscribant atque signent.* Ex quibus omnibus unicuique patescet. Romanos testamentum etiam per mandatarium actis insinuasse, quos mores quoque, quod testator per alium testamentum deponi jusserit, refert Jacob. Gothofr. *in commentar. ad l.* 4. *c. Theod. de testament. p.* 340.

57 §. 37. (XI.) Sed ne recentiori exemplo destituamur, ubi juribus provincialibus sententia a nobis defensa expresse comprobata, provoco ad jus provinciale Prussiae *lib.* 5. *tit.* 1. *art.* 4. §. 3. ubi clarissimis verbis ita cautum: *denique et eam testandi formam non minus roboris obtinere volumus, si quis forte nolit ultimam voluntatem suam ipsi magistratui suo aperire, ut is testamentum domi suae per se, vel si ipse non possit, per alium conscriptum, et suo vel alterius sigillo obsignatum in judicio vel senatu offerat, deponat, vel per alium offerri aut deponi curet, simulque petat, ut, quia illo scripto a se aliove, nomine et mandato suo confecto et consignato ultima sua voluntas contineatur, judex vel senatus id secum adservare et custodire, post obitum vero suum publicare, et haeredibus a se institutis, aliisque quorum interest, communicare et intimare velit.* Similia statuta, ubi per nuncium vel procuratorem insinuatio testamenti expediri possit, refert diligentissimus statutorum Germaniae indagator Henric. Giesebertus *in perie. statutor. Harmon. part.* 2. *tit.* 26. *n.* 301.

§. 38. (XII.) Demum pro nostra sententia facit ma- 58
ximus ultimarum voluntatum favor, qui in jure nostro satis inculcatus, *l.* 1. *c. de ss. eccles. et ibi dd.* Humanius enim est, in dubio pro testamenti validitate respondere *l. si pars.* 10. *ff. de inoff. test. et arg. l. Titia* 34. §. 1. *v. de legat.* 3. *l. fin. c. de posth. haered.* Gail. *l.* 2. *obs.* 118. *in fin.* et reipubl. interest, ut ultimae hominum voluntates exitum habeant. *l.* 5. *ff. quemadm. test. aper.* quod pluribus deducit Manzius *in tract. special. jur. commun. rubric. ultima voluntas.* Ejusque favor quoque causa impulsiva fuit, quare impp. solemnia testamentorum laxaverint et testamentum sibi per preces oblatum confirmaverint. Non ergo recedendum ab hoc favore, et testamentum ex eo impugnandum quod ipse testator non obtulerit, cum hanc necessitatem ipsi nulla lex imposuerit, si modo constet per testes, secundum voluntatem testatoris oblationem esse factam, uti per *legem* 19. *c. de testam.* concludunt impp. et nos quoque eo ipso rationes decidendi volumus conclusas.

§. 39. Restat nunc, ut paucis resolvam, quae pro 59
communi opinione superius adducta argumenta (I.) Quod ex calatis romanorum comitiis deductum, non levis foret ponderis, si ullo juris textu doceri posset, testamentum principi oblatum praecise in locum illius testamenti successisse, quod quondam in comitiis offerebatur populo. Quamvis enim haec non ignota ratio, quod jus populi per l. regiam in principem devolutum §. 6. *i. d. n. g. et c.* inde tamen non sequitur: ergo quae ratio testandi fuit coram populo in comitiis, illa etiam coram principe praecise obtinere debet. Ut taceam, testamentum calatis comitiis condi solitum jam diu, imo jam per aliquot secula cessasse, antequam testamentum coram principe introductum. *Conf.* §. 1. *inst. de testam. ordin.* Gell. *noct. Attic. lib.* 15. *c.* 17. Et ipsa ratio *l.* 19. *c. de testam.* abunde docet, eapropter confirmata esse testamenta principi oblata, ne tot solemnia adhibere necessum haberet testator, sed leviori via ultimum condere posset elogium. Quod clarius expressit Valentinianus *in novell. libr.* 1. *tit.* 4. ubi de constitutione *l.* 19. *c. de testam.* sequentia habeat: *jam dudum quidem divus avunculus noster testamentorum compendia generali lege complexus formulam juris antiqui, et inanem verborum conquisitionem non necessariam, judicavit, validissimam statuens voluntatem, cum*

de nostris altaribus conjuges petunt, ut decedenti prius succedat superstes. penitus ergo ad testamenta calatis comitiis condi solita, non respexerunt impp.

60 §. 40. Secunda ratio contraria non concludit; si enim ipse fecisse dicitur, qui fecit per alium: cur non et ipse publicasse vel obtulisse diceretur, qui id fecit per alium. *vid. supr.* §. *XXVII.* modo de voluntate testatoris abunde constet. Atqui vero quis de ea dubitaret, si testamentum manu testatoris scriptum vel subscriptum, per procuratorem mandato specialissimo instructum principi vel judici insinuetur. Tunc forte valoris quicquam haberet ratio contraria, si coram principe vel judice adhuc negotium cum testatore gerendum, ita ut vel ipsi iterum praelegenda ultima voluntas, vel ab ipso judicialiter adhuc explorandum, an hoc sit testamentum ipsius. Sed neutrum ex his exigitur in ullo juris textu.

61 §. 41. Qua occasione tamen monendum existimo, probe separandum esse testatorem scribere valentem, vel non. In illo sufficit sola oblatio, ergo quid nocebit hanc per mandatarium expedivisse. In hoc vero sola oblatio non sufficit; quamvis enim scripturam manibus teneat, judici offerat et dicat, in illa contineri suum testamentum, nondum tamen de voluntate certus erit judex, cum forte praeter voluntatem ejus scripturae quid insertum esse possit, quia legere illa non valuit testator. Et si forte dixeris, domi jam ipsi praelectum esse testamentum, aeque incertum manebit, an omnia praelecta, an non aliquid a lectore omissum, vel quantitas legatorum aliter praelecta, quam expressa. Necessum itaque est, ut tali casu testamentum a judice iterum praelegatur testatori, et exquiratur, an haec ejus voluntas sit, quo affirmante demum salva res erit. Tali ergo casu praesentiam testatoris, et quicquid etiam disputent Berlich. *part* 3. *concl.* 4. *n.* 26. Carpz. *l.* 6. *resp.* 9. *et p.* 3. *c.* 3. *d.* 28. praelectionem testamenti necessariam esse puto ad subsistentiam ultimae voluntatis, Vultej. *lib.* 1. *consil. Marp.* 34. *q.* 1. et se ipsum hoc passu corrigens Carpz. *part.* 2. *decis.* 149.

62 §. 42. Tertium fundamentum adversae sententiae inde petitum, quod imp. audire debeat voluntatem: ad quod respondet dn. Tabor. *de testam. princip. oblat. cap.* 6. §. *ult. p.* 42. audire hic generalius capi, et idem esse quod percipere postulantium desideria. Imo et aliorum voluntas nobis praelecta audiri dicitur; plerumque enim principes non ipsi legunt supplicantium preces, sed sibi praelegi curant, quo ipso sine dubio quid petatur audiunt: quorsum illud ex Evangelio, Habent Mosen et Prophetas, audiant illos. Imo respondendum puto; verba illa: *voluntates hominum audire volumus*, non pertinere ad formam hujus testamenti, quasi voluntas testatoris principi praecise exponenda et ab illo audienda; nam et obsignatum testamentum offerri potest, cujus contenta nunquam in principis notitiam transeunt; sed adducuntur tantum pro ratione, quare non opus sit rescripto principis ad hujus testamenti valorem.

63 §. 43. Quarta ratio parum concludit, quia ubi in comparatis dispar ratio ostendi potest, ea fiunt disparata. A testamento solemni ad privilegiatum nunquam procedit consequentia, remissa enim hic omnia, quae solemnitatem sapiunt, et retenta tantum illa, quae voluntatis certitudinem concernunt: cur vero haec, per procurator. haberi non posset. Nec applicari hic possunt rationes de testamento in alterius arbitrium non conferendo: ex sola enim testatoris voluntate hoc dependet, qui omnia ex arbitrio suo conscripsit, ut judici vel principi offeratur, serio voluit, et ut fieret, procuratori mandavit; omnia ergo hac ratione dependent ex arbitrio testatoris.

§. 44. Quintam rationem quod concernit, acta sup- 64
plere vicem testium, largior, consequentiam vero inde deductam nego; ergo quod ratione testium observandum, idem quoque ratione principis vel judicis. Comparatio enim actorum et testium ratione effectus intelligenda; non ratione modi quo negotium geritur. Imo a minori ad majus et eminentius hic ducitur argumentum: si quod privatorum auribus insinuatum est testamentum subsistit; cur non magis subsisteret, dicit imp. quod nobis mediis et toto jure teste conditur. Dn. Tabor *d. c.* §. *ult. p.* 41.

§. 45. Sexta ratio satis quidem concludere videtur; 65
verum consequentiae nexus laborat iterum. Per instantiam enim respondeo; in quocumque negotio omnes fraudes praecavendae, illud per procuratorem in judicio expediri nequit. Instare liceret de omnibus causis in judicio peragendis, quae caute satis expediendae, et tamen admittitur procurator. Subsumam vero tantum de donatione, in qua facile clandestinis fraudibus quidvis pro negotii opportunitate confingi potest, ob quam causam et insinuandi necessitas introducta. *l. data* 27. *c. de donat.* Nihilominus tamen illa insinuatio per alium expediri potest, uti ex *novella* 127. *cap.* 2. probat Carpzov. *lib.* 3. *resp.* 86. *n.* 14.

§. 46. De caetero in testamento judiciali fraudes 66
aliter evitari non posse, nisi per praesentiam testatoris, apprime falsum est. Quid enim si coram testibus tradat procuratori testamentum insinuandum; quid si postea mox decesserit, vel nunquam coram ullo de poenitentia quicquam dixerit? Sane, qui voluntatem mutatam dicit, id probare debet. *l.* 22. *ff. de probat.* Quae dum scribo, opportune mihi in manus venit epistola Andreae Shefferi *Jct. et Scabinatus Lips. quondam assessoris.* quam ad d. Zangerum Jctum wittebergensem *anno* 1605. *d.* 4. *junii* exaravit, quam integram prout eam exhibet a patre sine ratione dissentiens filius ejusdem nominis *p.* 3. *quaest. practicabil. q.* 4. *p.* 33. huc referre lubet, utpote quae sententiam nostram probat, et simul modum ostendit, quomodo fraudes evitari possint. Verba ita se habent: *p. p. Auff des Herrn an mich gethanes Schreiben, die Frage belangend An per procuratorem habentem speciale mandatum, possit testamentum deponi apud magistratum, quod confectum est a testatore domi? Soll ich dem Herrn nicht verhalten, dass der Herr, meines Erachtens meine Meynung allerdings nicht recht eingenommen. Non fuit mea sententia haec, quod subsistere possit testamentum, seu codicillus, quod seu quem testator domi confecit et per procuratorem apud magistratum deponi curavit: hoc enim fieri non posse, omnino statuo. So affirmire ich dieses auch nicht: si testator coram duobus testibus suam exponat voluntatem et postea procuratori tradat, ut eam magistratui publico offerat, eique nomine testatoris insinuet, quod hoc sufficiat et quod ex eo voluntas ista pro legitima judicari possit. Sed haec est mea intentio. Si testator scriptum illud, in quo ultimum*

suum elogium comprehendit, in praesentia duorum testium ad hoc requisitorum, tradat notario, vel pro-
67 *curatori, cum hoc expresso et speciali mandato, ut istud magistratui seu judici, ipsius nomine offerat et apud eum deponat, atque indicet, in eo testatoris testamentum vel codicillum esse comprehensum, quod tali casu, ubi mandatum illud speciale per duos testes probatum fuerit, dispositio testatoris per notarium vel procuratorem judici insinuata et apud eum deposita, pro valida habeatur, ac si ab ipso testatore magistratui oblata et insinuata fuisset: testes enim ipsi non requiruntur ad hoc, ut de ipsa voluntate testatoris, sed tantum de ejus mandato, procuratori seu notario dato, ut testamentum, vel codicillum scripto comprehensum nomine ipsius testatoris magistratui offerat et apud eum judicialiter deponat, testimonium ferant: hoc testimonium puto esse firmum et sufficiens ad hoc, ut testatoris voluntas, scripto comprehensa et judicialiter per notarium, seu procuratorem nomine testatoris deposita, pro valida et legitima judicari possit: cessat enim hoc casu omnis suspicio fraudis, vel falsae suggestionis scripturae alienae, quae in casu alio, quando per procuratorem solum testatoris dispositio judici offertur et apud eum deponitur, maxime militat et in considerationem venit. Wann ein testator seinen letzten Willen, sive sit testamentum, sive codicillus, in Schrifften verfasset, und denselbigen verschlossen und versiegelt, der Obrigkeit, oder Gerichten selber offeriret und sich erklaeret, dass in scripto oblato sein letzter Wille begriffen; So ist solches genugsam, und ist nicht noethig, dass der testator auch darbey dem Richter anzeige, was und wovon er testiret: Also achte ich auch, dass es genugsam sey, wann einer ein solch scriptum, darinnen er seinen letzten Willen verfasset, einem notario oder procuratori, in beyseyn duorum testium, versiegelt zustellet und ihme ausdrücklichen befiehlet, dasselbe zu offeriren und darneben anzuzeigen, dass dasselbe sein letzter Wille sey: Wann nun dieses mandatum, durch zwey beglaubte Zeugen, vermittelst Eydes, kan beteuret werden, dass sie darbey gewesen, gesehen und angehoeret, dass der testator das scriptum obsignatum dem notario zugestellet, und befohlen, dasser solches dem judici bringen und als seinen letzten Willen allda deponiren solte, so kan icht nicht sehen, warum eine solche dispositio zu recht für kraefftig und bestaendig nicht solle, oder moechte gehalten werden, sintemal kein Betrug oder Falsch kan begangen werden; So wollen auch die Rechte, quod in favorem ultimarum voluntatum et ad earum conservationem, actus semper ita accipiendus et interpretandus sit, ut potius valeat quam pereat. Und solches habe ich dem Herrn, auf sein Begehren, hinwieder kürtzlich nicht unvermeldet lassen sollen, salvo tamen tuo et aliorum rectius sentientium judicio etc. Geben Leipzig, den 4. junii an. 1605.* Respondit quidem ad epistolam Zangerus, sed nullo alio subnixus fundamento, quam quod Lipsiae et Wittebergae jam receptum sit, testamentum per procuratorem non posse insinuari; verum hoc in quaestione est, an recte? Ergo pro ratione non supponendum.

68 §. 47. Quod supra §. *XXIII. in fine* incidenter adductum, praesentiam testatoris jure gentium necessariam esse, nunquam nobis probabitur. Sane jus gentium ad testamenti subsistentiam nihil exigit, quam voluntatis certitudinem, hoc est, voluntatis ultimae declarationem et probationem, supposita tamen facultate de bonis disponendi. Atqui vero quis dubitaret, in casu §. *praeced.* adducto, certam testatoris voluntatem adesse, et probari posse, etiamsi praesentia testatoris non accesserit. Eapropter longe aliter infert Vasqu. *de success. creat. lib.* 2. §. 14. *requis.* 9. *n.* 25. quando dicit: *cum testamentum apud acta judicis non desideret, nisi solemnitatem tantum juris gentium, certe id testamentum non exigit, ut testes videant ipsum testatorem, quemadmodum quoque in actibus inter vivos, secundum communem, non opus est testes vidisse contrahentes.* Mirum ergo est, quare idem Vasqu. *l.* 2. §. 17. *requis.* 27. *n.* 83. *ampliat.* 10. *et* 13. praesentiam testatoris coram principe vel judice praecise exegerit.

§. 48. Octavum argumentum ad jus saxonicum per- 69
tinet; ubi forsan diversitas admitti posset, nil enim eapropter derogaretur juri communi. Verum ex constitutione illa saxon. et ex verbis: *leget es hinter das Gerichte etc.* nihil magis ad praesentiam testatoris inferri posse puto, quam ex ipsa *l.* 19. *c. de testam.* ubi pariter dicitur; *qui coram actis publicavit judicium*: et postea, *qui oblatis precibus declaravit successorem.* Hoc ipso vero, ut per notarium vel procuratorem id fiat, non prohibetur, uti superius probatum. Et sane plus ponderis haberent verba saxonicae constitutionis, si expressum foret; *Und leget es selbst hinter das Gericht*, ita enim ad ipsam testatoris personam oblatio foret restricta, se illa restrictione omissa remanebit; procuratorem et hic adhiberi posse, quia non apparet prohibitus.

§. 49. Quod vero in §. 24. circa finem propositum 70
ex *Dan. Moller.* nec plures notarios a testatore missos ejus praesentiam supplere posse, et notariatus officium tanti non esse, ut illi tam insignis fides tribuatur; hoc si operae pretium foret, prolixe refutari posset. Sed prius jam credo sufficienter elisum esse, per superius adducta et deducta. Quae vero in notariorum ignominiam tendunt, ea imperatoris Maximiliani voce refutabo, qui *in ordin. notar. de anno* 1512. ita de notariatus officio scribit: *Nachdem nicht allein zu solcher Friedens und Rechtens Handhabung, sondern auch andern mehr, so dem Heil. Reich und gemeinen Nutz angelegen, das Amt der offenen Notarien, dadurch die Handlung und Willen der Menschen, damit sie nicht in Wergessen gesetzt, durch Mittel der Schrifft in ewiger Gedaechtniss behalten, und durch glaubwürdige offene Uhrkund bevestiget werden, nützlich und dienstlich, auch noth ist.* Notariis ergo e rep. remotis, judicia diu fixa et firma commode persistere non valerent, sed potius omnis judiciorum tela, omnisque ordo forensium causarum, nisi essent notarii fideles atque personae publicae, quae acta conscriberent, et quibus inde judex crederet de his, quae a partibus aut offeruntur aut scribuntur, poteriret, teste Chassanaeo *catal. glor. mund. part.* 11. *cons.* 19. et Matth. Berlich. *p.* 1. *concl.* 8. *n.* 1. Poteriret etiam ipsa veritas, fidesque contractuum, fundamentum illud justitiae, sanctissimumque humani pectoris bonum. Cic. *l.* 1. *offic. c.* 7. *in med.* et Senec. *epist.* 88. nisi essent hi veritatis vindices et confirmatores. Chassanaeus *d. l. cons.* 10. Summatim quot-

quot in rebus publicis privatisque oblivio fecit incommoda, ea singula plane notariatus officio cum fide publica possent praecaveri. Honthem *de synt. et fid. instr. libr.* 1. *cap.* 15. *n.* 33. ut hinc iratis plane gratiis eum natum esse judicemus, qui quam honestum, honorabile, et laudandum munus hoc sit, cognoscere
71 nequit. Non ignoro quidem, tabularios tamquam servos et libertos, qui notis et signis scribere edocti, *l.* 18. *π. de adopt. l. fin. cod. serv. reip. man.* omnium servitio et obsequio necessario expositos, *arg. l.* 2. *ff. rem. pub. salv. fore.* et ex ipso tabularii actu certum servitutis signum quondam deductum. Cujac. *in l.* 3. *c. d. tabul.* et Gothofr. *ad l. pen. lit. h. c. eod.* adeoque et ipsum notariorum munus a servili personae conditione vile ac servile quoque olim habitum fuisse *l.* 26. *cod. d. pign. et hypothec. l.* 43. §. 5. *ff. de procurat. et gloss. in l.* 15. *cod. de decurion.* Postea tamen Arcadii et Honorii lege lata cautum, ut, sive solidis provinciis, sive singulis civitatibus necessarii fuerint notarii, liberi homines ordinentur, nec ulli deinceps ad hoc officium patescat aditus, qui obnoxius sit servituti. *l.* 3. *cod. de tabul.* omni insimul sublata ignominia et infamia eorum, qui exercerent tabulariam. Inde et nunc temporis infames et conditionis servilis homines, vel etiam *die der Leibeigenschafft verpflichtet*, juxta *d. ordin. Maxim. imp.* ad munus notariatus adspirare nequeunt, sed potius plane rejiciuntur, nec non, nisi famae integrae existimationis atq; fidei incorruptae, admittuntur. Menoch. *lib.* 2. *praesumpt.* 18. *n.* 2. *circ. fin.* et Anton. Perez. *in cod. ad tit. de tabul. scrib. lagograph. et censual. n.* 13. Berlich. *decis.* 27. *n.* 7. Carpz. *p.* 3. *decis.* 201. *n.* 17. Cum ergo solemni nexu juramenti constringantur, antequam officii sui compotes reddantur, quis fidem derogaret duobus vel tribus notariis testamentum judici nomine testatoris offerentibus.

§. 50. Ultimum ex auctoritate communis opinionis 72
desumptum argumentum, parum ponderis in se continet. Non ex auctoritate statuentium, sed ex veritate rationum aestimandae opiniones. Unde vulgatum illud assertum, quod a communi opinione non recedendum, limitari solet a dd. nisi opinio communis legum textibus destituatur, aut nulla evidens adduci possit ratio; alias adhaerendum opinioni, quae firmioribus textibus, et melioribus rationibus nititur. Vide allegata a Barbos. *locuplet. lib.* 13. *cap.* 25. *ax.* 9. confer. Hieron. de Caevallos *in specul. opinion. commun. contra communes.* Nec debebat in praxi quicquam recipi, quod legibus conforme non esset, quod prolixe deduxit dn Ericus Mauritius *Jctus celeberr. et camerae imperialis assessor gravissimus in praefat. consilior. chilonienstum*, quorsum lectorem benevolum ablegamus.

Atqui haec sunt, quae contra communem opinionem 73
hac vice disputare libuit. Veniam eo faciliorem mihi promitto, quo clarius ex adductis apparebit, me ultimarum voluntatum, ne facile pereant, quod et juris et testatoris votum est, patrocinium suscepisse. Imo Marcellum Jctum in *l.* 10. *ff. de inoff. testam.* mei defensorem produco, qui humanius esse credidit, ejus partis sequi sententiam, quae secundum testamentum pronunciavit. Aliorum interim judicio magis exasciato haec omnia submittam, facile iterum discessurus in castra communis opinionis, si, quae hic adducta, melioribus rationibus destructa deprehendam.

S. D. G.

DISPUTATIO DECIMA

DE TESTAMENTO IN ITINERE CONFECTO,

OCCASIONE NOVELLAE LEONIS XLI.

AD DIEM 25. OCTOBR. ANNO C. IↃCLXXVII.

PRO LICENTIA

IMMANUEL BUTHENIUS, LABES. POM. DICAST. ELECT.
POM. ADVOCATUS.

Q. D. B. V.

Trita hucusque et agitata satis testamentorum materies est, ut nulla eorumdem species extet, quae non plena manu a doctoribus exposita imo integris tractatibus illustrata. Interim selecturo mihi thema, quod specimini inauguralis loco proponerem, ipsum iter, quod mihi hoc fine suscipiendum erat, ansam suppeditabat, specialem illam testamentorum materiam, de testamento in itinere confecto, discussioni publicae submittendi, et in varias doctorum opiniones, quid veri subsit, inquirendi. Promovebat propositum singularis illa Leonis imperatoris dispositio in novella XLI. ubi testamentum in itinere confectum coram tribus testibus subsistere debere, statuit. Rarius ad hanc novellam provocasse auctores, et tamen plerosque numerum testium in itinere admodum diminuisse videbam, in sola necessitate et testium defectu se fundantes. Cum vero

ex illis nemo, quantum inquirere licuit, hanc materiam ex professo exposuerit, sed brevissime tantum eamdem tetigerit, casus tamen de testamento saepius contingant, ubi vel in via binis tantum comitibus stipatus, vel in navi trium quatuorve nautarum consortio tantum gaudens, ultimum condere cupit elogium, existimavi, me rem ingratam lectori non facturum, si, quid circa hoc testamentum juris veritati consentaneum sit, exponerem. Feci hoc, praemissis testamentorum privilegiatorum speciebus, brevissime, et quantum mihi in itinere constituto temporis locique ratio permittebat. A te l. b. benignam expeto censuram, si a plerorumque doctorum opinionibus fecerim secessum. Deum vero t. o. m. supplex invoco, ut felici successu, quicquid susceptum laboris, beare non dedignetur.

SUMMARIA

Favor liberae dispositionis. n. 1.
Quare testamenta recepta et approbata? n. 2.
Ratio, cur solemnis forma testamentorum introducta? n. 3.
Incommodum ex hac solemni forma proveniens. n. 4.
Cur testamenta privilegiata recepta? n. 5.
Testamentum militare. n. 6.
Quibus hoc privilegium competat? n. 7.
Testamentum parentum inter liberos. n. 8.
Quando locum habeat? n. 9.
Testamentum rusticorum. n. 10.
Quando et ubi locum habeat? n. 11.
Testamentum ad pias causas. n. 12.
An valeat etiam absque testibus? n. 13.
Testamentum coram parocho et duobus factum. n 14.
Testamenta principe vel apud acta judicii facta an ad minus solemnia referenda sint? n. 15.
Testamentum tempore pestis conditum. n. 16.
Quando locum habeat? n. 17.
An etiam ad alios contagiosos extendendum sit? n. 18.
De test. in itinere confecto. n. 19.
Status controversiae. n. 20.
Species facti. n. 21.
Varii doctorum opiniones. n. 22.
Doctores recentiores. n. 23.
Restringunt quidam ad testamentum peregrinantis devotionis causa. n. 24.
Doctores quinque testes ad hoc testamentum requirentes. n. 25.
Doctores septenarium numerum testium exigentes. n. 26.
Rationes quod duo testes sufficiant. n. 27.
(1.) *a necessitate et impossibilitate. n.* 28.
(2.) *a favore testamentorum. n.* 29.
(3.) *Testamento militari. n.* 30.
Vel in hosticulo confecto. n. 31.
(4.) *A testamento tempore pestis. n.* 32.
(5.) *Ex constitutione Leonis. n.* 33.
(5.) *A testamento rusticorum. n.* 34.
Rationes pro septem testibus. n. 35.
(1.) *Quia solemnia praecise a lege exiguntur. n.* 36.
(2.) *Quia minor numerus testium expresse prohibitus. n.* 37.
(3.) *Probatur per l. ult. c. de codic. n.* 38.
(4.) *Prob. per l.* 8. §. 2. *ff. de jur. codicill. n.* 39.
(5.) *Ratio in praecavendis fraudibus. n.* 40.
(6.) *Ratio a favore legitimorum successorum. n.* 41.
Responsio ad contrariae opinionis fundamenta. n. 42.
(1.) *Ratione necessitatis et impossibilitatis. n.* 43.
(2.) *Ratione favoris ultimarum voluntatum. n.* 44.
(3.) *Ratione testamenti militaris. n.* 45.
(4.) *Ratione testamenti tempore pestis conditi. n.* 46.
(5.) *Resp. novellae Leonis* 42. *n.* 47.
(6.) *Rat. testamenti rustici. n.* 48.
Casus superius propositi decisio. n. 49.
Secundae quaestionis tractatio. n. 50.
Ratio dubitandi. n. 51.
(1.) *A cessante necessitate. n.* 52.
(2.) *A testamento pagani in hosticulo condito. n.* 53.
Rationes decidendi. n. 54.
Refutatio argumentorum contrariorum. n. 55.
In itinere reliqua testamenti requisita non negligenda. n. 56.
An in conscientia tale testamentum obliget? n. 57.

POSITIO I.

Tantus libertatis de re sua disponendi favor est, ut 1
unicuivis indulgeant jura, quo rei suae pro lubitu legem dicat. Exinde unusquisque rei suae moderator appellatur et arbiter *l.* 21. *c. mandat. l.* 9. *c. de judaeis et coelic.* et nihil tam conveniens naturali aequitati dicitur, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi §. 40. *i. de r. d.* Imo, in tantum potestas haec extenditur; uti etiam re sua aliquem abuti posse traditum in *in l.* 25. §. 11. *ff. de haered. pet.* modo non contra publicam tendat utilitatem; tunc enim interest reipublicae, huic arbitrio modum a legibus praescribi, ne privati fortunis suis abutendo, noceant publico. *arg.* §. *ult. i. de his qui sui vel alien. jur.*

II. Praeexistens haec naturalis licentia de rebus suis 2
pro lubitu disponendi, usum testamentorum approbavit, cum eorum insignis sit utilitas, dum superstitibus et morientibus grata, illis quidem ob commodum successionis; his vero propter disponendi libertatem, ratamque vim, quam ultimis eorum dispositionibus jura esse debere fatentur. Nihil enim est, quod magis hominibus debeatur, quam ut supremae voluntatis, (postquam jam aliud velle non possunt) liber sit stylus, et licitum quod iterum non redit arbitrium, uti emphatice loquitur Constantinus imperator *in l.* 1. *c. de sacros. eccles.* Imo et apud antiquiores jure-consultos incomparabilis jam dum testamentorum favor fuit, ut Paulus *in l.* 8. *ff. quemadm. testam. aper.* non dubitaverit dicere: *publice expedit suprema hominum judicia exitum habere.* Egregie admodum Marcellus *in l.* 10. *ff. de inofficioso testamento. Si pars judicantium de inofficioso testamento contra testamentum; pars secundum id sententiam dederit, quod interdum fieri solet: humanius erit,*

sequi partis sententiam; quae secundum testamentum spectavit etc. Conf. *l.* 12. *l.* 89. *ff. de r. i. l.* 39. *et* 70. *ff. de acquir. haered. l.* 11. *pr. ff. testam. tut.*

3 III. Cum vero priscis romanorum haud frustra visum fuerit, testamenta seu dispositiones morientium multiplici falsitati obnoxias esse, eamque ab his in republica sua exulem cupierint *l.* 29. *c. de testam.* multis vigiliis solemnem testamentorum formam cogitarunt *l.* 35. *c. de inoff. testam.* quam solemnitatem testatoribus adamussim custodire sub poena nullitatis injungebant. *l.* 4. *ff. qui testam. fac. poss. l.* 12. *pr. et l.* 21. *pr. et* §. 2. *c. de testam.* et quidem hoc fine, ut ea observata eo certius de voluntate testantium constaret *arg. l.* 32. *c. de fideicomm.*

4 4. Verum uti contingit saepius, ut commodum ac utilitatem rei incommodum sequatur, ita ejus nec dispositio haec testamentaria expers esse potuit; eveniebat enim, ut propter diligentissimam hanc observationem vix quisquam sine jurisperito testamentum condere auderet. quod et Scaevola innuere velle videtur *in l.* 88. §. *ult. ff. de legat.* 2. dum testatorem inducit, dicentem: *Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo jurisperito, rationem animi mei potius secutus, quam nimiam et miseram diligentiam: si minus aliquid legitime, minusve perite fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas.* Cui congruit illud Svetonii in Nerone *cap.* 33. referentis: studiosos juris (Conf. *l.* 1 *ff. de offic. assess. et l.* 4. *ff. de extraordin. cognit.*) apud Romanos scribere et dictare testamenta solitos fuisse.

5 5. Hoc sane cum durum videretur, ut homines quidam summo favore digni, partim imperiti, partim multis periculis expositi, aut scrupulosam hanc diligentiam in condendis elogiis observare, aut ea non observata intestati decedere tenerentur, idcireo solemnis haec testandi forma nonnullis casibus remissa, vel in totum vel pro parte, quae ideo dicuntur testamenta irregularia, privilegiata. Fernandus Vasquius *de success. creat. lib.* 2. §. 11. *n.* 44. quorsum cum et testamentum in itinere confectum pertineat, vel ad minimum referri soleat, paucis reliquas privilegiatorum testamentorum species praemittam.

6 6. Primum quod horum occurrit, est testamentum militare, quo miles propter occupationes publicas periculosas, et plerumque conjunctam juris ignorantiam, favoremque militiae, sine ullis solemnitatibus, quo vult et quo potest modo, testatur *l.* 15. §. 1. *et l.* 35. *ff. de testam. mil.* §. 1. *et l. eod.* Carpzov. *lib.* 6. *resp.* 14. *n.* 1. et valet ejus voluntas ultima sive in levi aliqua charta vel vagina aut clypeo vel alia quacumque materia, literis etiam sanguine rutilantibus, sive in arena gladio scripta fuerit, *l.* 15. *c. de testam. mil.* modo de voluntate ejus ex scriptura per comparationem literarum vel per testes constet. *l.* 40. *pr. ff. de testam. mil.* potest pro parte testatus pro parte intestatus decedere *l.* 6. *ff. de testam. mil. l.* 2. *c. eod. l.* 7. *ff. de r. i.* Nuncupative testari desiderans, duos adhibebit testes, quod colligendum ex *l.* 40. *ff. eod.* nam legitima probatio, qualis hic requiritur, duobus testibus fieri solet. *l.* 12. *ff. de testib.* Brunnemann. *ad d. l. n.* 1. neque specialis testium rogatio necessaria. Richter. *p.* 1. *dec.* 38. *n.* 8. admittuntur et mulieres Carpzov. *p.* 3. *c.* 4. *def.* 35. Ludwell. *de ultim. vol. p.* 2. *c.* 3. *p.* 321. vires tamen hoc testamentum a missione, sive ea honesta sive causaria sit, post annum amittit §. 3. *i. de testam. mil. l.* 21. *l.* 26. *ff. eod.*

7. Gaudent hoc privilegio milites in castris, in ex- 7
peditionum necessitate, et periculis versantes §. 3. *j. de testam. mil. l. pen. c. eod.* nam qui extra periculum vel aciem sunt, jure communi testari coguntur, ut sunt stationarii et limitanei milites *arg. d. l. pen.* Conf. Francisc. de Barry *de success. lib.* 1. *tit.* 5. *n.* 5. Gail. *lib.* 2. *obs.* 118. quod tamen limitandum; nam si hybernae scil. stationes quotidianis periculis et invasionibus hostium obnoxiae sint, nullam video causam, cur et his privilegium hoc tribuendum non sit, cum eadem sit ratio. vid. late Ludwell. *de ult. vol. p.* 2. *c.* 3. *pag.* 319. Barry. *de success. lib. tit.* 5. Struv. *s. j. c. exerc.* 34. *ad tit.* 1. Sunt et pagani, qui hoc privilegiato modo testari possunt, si nimirum castra sequuntur, e. g. consiliarii, concionatores, mercatores et similes, quamvis enim milites non sint, si tamen in hostico deprehendantur et ibi decedant, jure militari disponere queunt *l. ult. ff. de testam. mil.* Bachov. ad Treutl. *vol.* 2. *disp.* 10. *th.* 6.

8. Secundo se sistit testamentum parentum inter li- 8
beros, in quo utriusque sexus parentes liberos absque ullis solemnitatibus et testibus nuda saltem voluntate haeredes instituunt. *l.* 21. §. 1. *c. de testam.* et nihil hic aliud requiritur, quam ut de veritate saltem constet, ideoque non juris civilis solemnitas, sed simplicitas juris gentium unice consideratur. Vasquius *de success. resol. lib.* 1. §. 1. *n.* 35. Gail. *lib.* 2. *obs.* 112. *n.* 2. *et* 6. Anton. Natta *cons.* 423. *lib.* 2. Rittershuf. *in nov. p.* 6. *c.* 2. *n.* 1. Quare si testator propria manu testamentum scripserit, nec subscriptio nec sigilli appositio requiritur. *auth. quod si sine c. de testam.* ab alio vero conscriptum subscribere tenetur; quod utroque modo procedit, si omnia secundum cit. auth. observata fuerint, ut liberi instituantur, nulla adjiciatur persona extranea, et pater literas edoctus liberorum nomina, uncias et tempus testamenti facti exprimat. Conf. *et nov.* 107. *c.* 1. ut vero quantitatem cuique liberorum aequalem assignet, adstrictus non videtur. *l.* 8. *c. de inoff. testam.* Gail. *l.* 2. *obs.* 112. *n.* 23. *et* 24. Ludwell. *disp.* 7. *th.* 9. *lit. b.* Fachin. *lib.* 4. *controv. c.* 2. Parens vero voce, seu nuncupative testari volens inter liberos, duos testes adhibere debet, nihil vero refert, an masculi sint vel foeminae. Carpzov. *lib.* 6. *tit.* 5. *resp.* 43. *n.* 2. opus tamen est, ut articulate adhuc loquatur, alias enim, si mens ipsius commode percipi non possit, imperfectum ratione voluntatis erit. Johan. Dauth. *ad l. hac consultissima.* 21. §. 1. *et auth. seq. c. de testam. n. fin.*

9. Ad testamenti hujus subsistentiam requiritur (1.) 9
ut ratione voluntatis omnimodo sit perfectum, quippe voluntas testatoris ipsius testamenti efficacia est, quae tolli non potest. Alexander. *cons.* 76. *n.* 13. *lib.* 3. Ludwell. *de ultim. volunt. part.* 2. *c.* 3. *p.* 336. (2.) Pertinet hoc privilegium saltem ad testamentum inter liberos; quod extraneas enim personas (sub quibus omnes, qui liberi non sunt, et hinc etiam mater, comprehenduntur) hoc testamentum pro nullo habetur, sed portio extraneis relicta liberis accrescit. *l. fin. c. fam. ercisc. l.* 21. §. 1. *c. de testam.* Ludwell. *de ultim. volunt. part.* 2. *cap.* 3. *p.* 343. Treutler. *vol.* 2. *disp.* 10. *th.* 6. *lit. h.* Aliud vero est, si testes adhibuerit pater, quo casu extraneis relicta subsistere dicit im-

perator, sed numerum testium non exprimit: ego non duos, sed quinque hic necessarios puto, contra Carpz. et Struv. *s. j. c. exerc.* 32. *th.* 19. (3.) Cum testamentum parentum favore liberorum valeat, ex eo arguitur, non minus in testamento imperfecto quam perfecto institutionem liberorum necessariam esse, ad minimum in legitima. *c.* 6. *l.* 8. *c. de inoff. testam.* Mevius *ad jus lubec. part.* 2. *tit.* 1. *art.* 2. *n.* 36. *et* 37. Ludwell. *de ult. volunt. part.* 2. *cap.* 3. *pag.* 342. et quidem titulo institutionis: nam etsi pater filio praeterito legitimam suam legaverit, non subsistit testamentum, sed eo penitus evacuato omnes liberi ab intestato aequaliter succedunt. Reusner. *de testam. part.* 4. *cap.* 3. *n.* 21.

10 10. Tertia species est testamentum rusticorum; sive enim scriptum sive nuncupativum condant, ipsis de solemnitatibus aliquid remissum; nam in plerisque pagis vix septem idonei testes haberi possunt, idcirco subveniendum eis erat, cum partim ob inopiam literatorum, partim ob penuriam testium tantam legum subtilitatem custodire non possint. Constituit ergo imperator Justinianus in *l. ult. c. de testam.* ut ubi septem testes inventi non fuerint, quinque admittantur, nec subscriptio praecise requiratur, nisi sit unus vel alter literatus, qui tunc pro reliquis subscribere potest. *d. l. ult.*

11 11. Testamentum hoc ut locum habeat, tria concurrere oportet. (1). Ut testator sit rusticus, id est, qui ruri degit. Qua occasione quaeritur, an etiam nobilibus ruri degentibus pariter ac rusticis hoc privilegiato modo testari concessum? Constitutionem hanc proprie ad rusticos tantum pertinere asserit Perez. *ad tit. g. qui testam. fac. poss.* E contrario tamen sunt qui hoc ad nobiles extendunt, cum appellatione rusticorum generaliter accepta veniant omnes, qui ruri habitant. Jason *in l. fin. c. de testam.* Angelus Aretin. *in tract. de testam. glos.* 5. *n.* 8. Grass. §. *testam. qu.* 55. *n.* 8. Hanc sententiam amplectuntur Ferdinandus Vasquis *de success. creat. lib.* 3. §. 22. *n.* 32. Struv. *s. j. c. ex* 30. *th.* 17. Eckold. *in comment. ad ff. qui testam. fac. poss.* Wissenb. *disp.* 54. *n.* 29. Alii distinguunt: an nobiles ruri habitantes sint eruditi, an non; ut illo casu non possint; hoc vero ipsis concedendum, dn. de Magdal. *de num. testium. in testam. requisit. p.* 1. *c.* 18. *n.* 18. Sententia eorum, qui nobilibus indistincte succurrendum putant, si ob hominum defectum solemnem numerum adhibere non potuerint, aequitate quidem nititur, sed cum lege expressa destituamur, nescio an opinio haec satis tuta sit. (2.) Opus est, ut ruri testetur; hinc si rusticus in civitate ultimam voluntatem suam condat, nihil ipsi remissum, sed omnes omnino solemnitates adhibere debet, cum peritos consulere possit et testium defectus cesset. Privilegium enim hoc non soli personae, sed personae et loco conjunctim concessum. Reusner. *de testam. p.* 4. *c.* 15. *n.* 1. Masc. *de prob. vol.* 3. *concl.* 1359. *n.* 46. B. Brunnem. *in comment. ad cod. l. ult. de testam. n.* 6. Ex quo apparet, in suburbio habitantes hoc privilegio non gaudere, cum ratio primaria, nimirum inopia testium, cesset, ob contiguitatem civitatis. Huic sententiae ad stipulantur Faber. *ad cod. lib.* 2. *tit.* 5. *def.* 26. Mevius *ad jus lub. p.* 2. *tit.* 1. *art.* 2. *n.* 52. B. Brunnem. ad Wesenb. *tit. qui testam. fac. poss. qu.* 18. Carpz. *part.* 3. *const.* 4. *def.* 30. *n.* 5. (3.) Requiritur, ut sufficiens testium numerus haberi nequeat: hoc ultimum tamen in dubio praesumi, nec ab haerede probandum esse, tradit Vasqu. *de success. creat. lib.* 3. §. 22. *n.* 31. Brunnem. *ad l. ult. c. de testam. n.* 3. Mevius *ad jus lub. lib.* 2. *tit.* 1. *art.* 2. *n.* 54.

12. Quartam speciem testamentorum privilegiatorum 12
suppeditat jus canonicum, et est testamentum ad pias causas, quod favore piae causae valet, nulla adhibita solemnitate, sed saltem duobus testibus. *cap.* 2. *X. de testam.* Boer. *decis.* 93. *n.* 4. Schurf. *cent.* 1. *cons.* 3. Reusner. *de testam. part.* 4. *c.* 12. *n.* 1. *et* 2. Struv. *s. j. c. exerc.* 32. *th.* 23. nec interest, utrum masculi an foeminae ad testimonium dicendum adhibeantur, cum in hoc testamento potius jus gentium et nuda probatio, quam civile attendatur; ut masculi vero testes adhibeantur, solummodo ad solemnitates juris civ. pertinet. Thom. Maul. *tr de ult. vol. lib.* 1. *tit.* 12. *n.* 8. Decius *in l.* 2. *ff. de r. i.* Reusn. *cit. loc. n.* 13. Quamvis autem pontifex in terris imperii, etiam pontificiae religioni addictis, cum nec res spiritualis agitur, nec causa peccati subest, nihil quicquam disponere aut statuto suo immutare possit; attamen privilegiatum hoc testamentum receptum, et observari tam in foro imperii quam ecclesiae, testantur Mev. *ad jus lub. lib.* 2 *tit.* 1. *art.* 2. *n.* 57. Beusner. *cit. loc. n.* 3. Masc. *concl.* 1176. *n.* 10. Barry *de succ. lib.* 1. *tit.* 4. *n.* 1.

13. Hac occasione quaeritur, an testamentum hoc 13
ad pias causas conditum valeat, etiamsi nulli adhibiti fuerint testes? Res quidem dudum pro et contra inter doctores controversa, sed affirmantium sententia verior videtur, ex ea ratione, quia testes hic ad probationem saltem requiruntur, si vero aliter ex scriptura constet de voluntate disponentis, non video cur testamentum hoc non subsistat, idem enim probat scriptura, quod testes *l.* 15. *c. de fide instram.* v. Bald. *in l.* 1. *c. de sacros. eccl.* Reusn. *cit. loc. n.* 5. *et* 10. Maul. *de ult. vol. lib.* 1. *tit.* 12. *n.* 8. Brunn. *jur. eccl. lib.* 2. *c.* 12. §. 4. *ibi ad lit.* Struv. *s. j. c. ex.* 32. *th.* 23. Klock. *consil.* 102. *n.* 128. Qui secus statuunt, duos testes ad solemnia pertinere concedant necessum est, solemnia tamen in testamento ad pias causas requiri, nemo facile dixerit.

14. Caeterum non tantum in testamento ad pias 14
causas testamentorum solemnitates imminutas voluit pontifex, sed et generaliter in *cap. cum esses* 10. *X. de testam.* statuit, omne testamentum subsistere, quod coram parocho et duobus testibus confectum. Verum hucusque in eo nondum meruit applausum in foris imperii, nisi quod in Saxonia inter rusticos illud placitum pontificis usu approbatum Matth. Col. *p.* 1. *d.* 35. *n.* 4. Wes. *p.* 3. *cons.* 130. Richt. *decis.* 28. *n.* 2. ubi ita pronunciatum refert, et requisita hujus testamenti subjungit. Ut (1.) coram parocho seu presbytero suo testetur *cit. cap.* illo vero absente, duo alii testes adhibeantur, arg. *cap.* 23. *et* 28. *X. de testib.* Richt. *c. l. n.* 7. (2.) Ut praeter parochum tres vel duo alii fide digni testes adhibeantur. *cit. cap.* Quaesitum erat an et foeminae ad testimonium dicendum in hoc testamento admitterentur? et admittendas esse tradit Vasquius *de succ. creat. lib.* 3. §. 21. *n.* 3. cum in *cap. cit.* Pontifex ad jus divinum primario respexerit, de quo constat, testimonium foeminarum non repelli.

15 15. Meminí jam a doctoribus controverti, an testamenta coram principe, vel apud acta judicii facta, ad solemnia, an vero ad privilegiata seu minus solemnia referenda sint. Privilegiatorum species esse contendit Treutler. *vol.* 2. *disp.* 10. *th.* 6 *lit. l. arg. l. omnium* 19. *c. de testam.* ex ea ratione, quia nulli testes aliaeve solemnitates juris civilis desiderantur. Hujus opinionis videntur etiam esse, qui duos vel tres testes requirunt, quos allegatos vide a Fachineo *lib.* 6. *controv. cap.* 86. Verum ego eorum opinioni potius subscribere non dubitarem, qui ad solemnia referenda existimant, (1) quia principis auctoritas et judicii actorumque fides omnes superat et supplet solemnitates. *l.* 19. *c. de testam. l.* 32. *in fin. pr. c. de donationib.* (2) Quia hoc testandi genus, dum princeps jus populi universum per legem regiam consecutus est, in locum ejus successisse videtur, aut valde simile ei esse, quod antiquitus calatis comitiis fieri solebat. Confer. Ludw. *de ult. volunt. p.* 2. *c.* 1. *pag.* 87. hoc vero solemne fuisse nullum dubium est. Late de hoc ritu testandi disserit Vinnius *in comm. ad l. de test.* §. 1.

16 16. Denique testamentum tempore pestis conditum privilegio aliquo gaudet, non quidem ratione solemnium alias adhibendorum, praecipue ratione numeri testium, sed ratione consociationis seu conjunctionis testium. Jure romano enim in testamento solemni testes uno eodemque tempore jungi necessarium erat, cum vero testes tempore contagionis non facile eodem tempore jungi ac sociari, et actus uno contextu testandi absolvi possent, imperatores Dioclet. et Maxim. hanc solemnitatem consociationis tantum remiserunt, numero testium et caeteris salvis manentibus. *l.* 8. *c. de testam.* conf. Fab. *cod. lib.* 6. *tit.* 5. *def.* 6. Perez. *ad cod. lib.* 6. *tit.* 23. *n.* 9. Berlich. *p.* 3: *concl.* 5. *n.* 6. Carpz. *p.* 3. *const.* 3. *def.* 22. *n.* 2. In foro tamen receptum, ut testamenta haec, non solum coram quinque, sed etiam duobus testibus facta subsistant; sicut et in camera imperiali pro validis recipiuntur. Gail. *lib.* 2. *obs.* 118. *n.* 18. Myns. *cent.* 1. *obs.* 96. Carpz. *in j. f. p.* 3. *const.* 4. Dn. Brunn. *ad l.* 8. *c. de testam. n.* 6.

17 17. Ut vero quis hoc privilegio uti possit, requiritur a doctoribus, ut vel ipse testator decumbat, vel domus ipsius infecta sit. Carpz. *p.* 3. *c.* 4. *d.* 4. Mevius *ad jus lub. part.* 2. *tit.* 1. *art.* 2. *n.* 48. Verum Berlichii sententia, *p.* 2. *concl.* 5. *n.* 22. verior mihi videtur, quod sc. si pestis magna grassetur, ac sine discrimine omnes aut plerasque invadat aedes, non praecise requiratur, ut aut ipse testator decumbat, aut aedes ipsius infectae sint; licet enim tali casu testator adhuc sanus sit, nec aedes possideat infectas; attamen, cum ratio nondum cesset, nimirum defectus testium, et quia tali calamitate etiam inter testes magna est aversatio ac suspicio, idcirco nec privilegium ratione durante testatoribus adimendum est; quamvis in levi peste aliud dicendum putarem cum Carpz. *l. c.*

18 18. Ea quae de peste dicta sunt, etiam ad alium morbum contagiosum, v. g. ad febres petechiales, vulgo *Flecken-Fieber*, vel ad dyssenteriam extendenda esse non dubito; cum enim et hi morbi admodum contagiosi sint, et incolis, si sciant, facile terrorem injicere possint, nulla subest ratio, quare nec his privilegium tribuendum sit: nam in *l* 8. *c. testam.* nihil aliud requiritur, quam ut testes timore contagionis deterreantur, quod in casu praesenti omnino locum habet, Richt. *lib.* 1. *dec.* 28. *n.* 24. Ripa *tract. de peste cap.* 2. *n.* 7. Berlich. *concl. pr.* 5. *n.* 10. Ludw. *de ult. vol. part.* 2. *c.* 3 *p.* 360. Mevius *ad jus lub. p.* 2. *tit.* 1. *art.* 2. *n.* 51.

19. Ita per compendium expositis privilegiatorum testamentorum speciebus, ad nostram materiam accedo propius, an testamentum in itinere confectum privilegiatis sit accensendum, expositurus. Ubi iterum praemitto, non mihi quaestionem esse de testamento peregrinantis, in civitate aliqua, per quam iter facit, testamentum condituri, de hoc enim certum est, quod ille secundum statuta loci ubi degit testamentum condere valeat, etiamsi minores ibi exigantur solemnitates, quam in loco, ubi domicilium habet iter faciens. Expediti enim juris est, in solemnibus attendenda esse statuta loci ubi actus gestus est, per *l.* 6. *ff. de evict.* Gail. *lib.* 2. *obs.* 123. unde haeres a peregrinante ita institutus ad successionem bonorum ubicumque sitorum admittitur, quamvis in loco ubi sita sunt bona, sine solemnitate testari non licet. Joh. a Sande. *decis. frisc. tit.* 1. *def.* 12. Struv. *s. j. c. exercit.* 32. *th.* 15. Mevius *ad jus lub. p.* 2. *tit.* 1. *art.* 16. *n.* 4. *et* 5. 19

20. Sed nostra intentio est, de illo testatore disquirere, qui vel in ipsa via, vel in navi constitutus, et copia hominum destitutus, duobus vel tribus exceptis, quos itineris socios habet, quibus ultimum exponit elogium, an hoc coram duobus vel tribus testibus confectum subsistat? 20

21. Ansam huic disquisitioni sequens dedit casus: Sempronius civis stetinensis, cum duplomate iter faceret (qua phrasi utitur Jctus Venulejus in *l. continuus.* 137. §. 2. *in fin. ff. de v. o.*) Hamburgum, cum aliquot milliaribus illa civitate adhuc abesset, nec pagum aut civitatem vicinam haberet, subitaneo corripitur morbo, et cum non obscura ipsi mortis praesagia essent, rogat duos itineris socios, eodem verhedario secum utentes, ut, cum sibi mortem imminere sentiat, probe observarent, quid post mortem de bonis suis fieri vellet; scilicet se Mevium haeredem sibi velle exclusis fratribus et sororibus, hancque suam voluntatem ut domum reversi, senatui stetinensi exponerent, enixe eosdem obsecrat. Exposito hoc elogio, cum aliquid virium adhuc supereset, continuat iter, et Hamburgum pervenit. aeger ille Sempronius, medicis frustra in auxilium vocatis, tertia post adventum die, animam exhalat. Redeunt itineris comites Stetinum, exponunt senatui desiderium Sempronii, ejusque nomine rogant, ut Mevium pro haerede declarent. Huic se opponunt defuncti fratres et sorores, defectum solemnium circa praetensam ultimam voluntatem opponentes, unde postmodum sequentes enatae controversiae (1.) An testamentum hoc Sempronii in itinere, coram duobus testibus confectum de jure subsistere possit? (2.) Annon, si testamentum per se validum, illud eapropter vires amiserit, quod Sempronius Hamburgum sana adhuc mente pervenerit, et ita extra necessitatem constitutus, solemniter testari potuerit, id tamen neglexerit? 21

22. Testamenti hujus valorem quod attinet, certum est, jure nostro justinianeo nil quicquam de hoc testandi genere cautum esse, unde prout solent juris nostri interpretes in materia certo jure non decisa, quisque suo indulsit ingenio, et diversum testium numerum, communiter vero septenario minorem, hic sufficere existimarunt, quorum diversas opiniones hic recensere no.. pi- 22

gebit. Primus vero omnium, qui reliquos a septenario testium numero adduxit, est Angelus de Ubald. *in l. ult. c. de testam. et ad auth. omnes peregrini. c. commun. de success.* ut et *ad novellam de non alien. reb. eccles. §. quod autem. n.* 27. ubi duos vel tres testes, si plures non sint praesto, ad testamentum peregrinantis sufficere statuit. Hujus auctoritatem secutus est Alexander Tartagnus *ad l. fin. c. de testam. n.* 6. Paulus de Castro *ad l.* 10. *c. commun. de success. n.* 4. qui ibi profert, Angelum asseruisse, quod jam alii ante eum idem statuerint. Pariter Angelum sequitur Hippolitus de Marsil. *ad l.* 1. §. *praeterea ff. de quaest. n.* 88. *et* 89. Ejusdem sententiae est Simon de Praetis *de interpr. ultim. vol. lib.* 1. *fol.* 12. *num.* 15. *et* 16. Menoch. *vol.* 4. *cons* 351. *n.* 33. *et seqq.*

23 23. Subscribit supradictis auctoribus Ernestus Cothmannus *vol.* 3. *resp.* 13. *n.* 37. et hunc secutus iterum est dn. Mevius *ad jus lub. part.* 2. *tit.* 1. *art.* 2. *n.* 59. Cujus verba hic subjungere lubet, cum casus superioris decisionem fere in terminis contineant: *sicut in omnibus negotiis praedominatur necessitas, legibusque derogat: ita etiam circa testamenta isti ignoscendum est, quando solemniter testari non permittit. Ejus gratia ut in caeteris supra recensitis casibus nonnullis, ita et remittitur scrupulosa testamenti solemnitas peregrinantibus, quorum testamenta coram duobus, si plures praesto non sint condita sustinentur, etc.* et paulo post: *sane ex aequitate in omni periculo ubi septem testium copia haberi nequit, quatenus per occasionem licet, eatenus testari licere puto, ne ad impossibilia imbecillitas humana adstringatur, et per ea testandi facultas impediatur. Si igitur in navi vel via quis moribundus coram paucioribus testetur, nemo tam durus erit, qui testamentum, vel aliam ultimam voluntatem ut irritam judicabit, si modo quantum ad veritatem satis est, probetur. Sic judicatum fuit, quando quis in itinere per milites, aut potius latrones graviter vulneratus, coram auriga et famulo ultimam voluntatem expressit, paulo post in diversorium veniens mortuus.* A qua sententia non abludit dn. Struv. *ex.* 32. *th.* 22.

24. Interpretes alii, qui quidem pariter in itinere
24 testamentum coram duobus vel tribus testibus admittunt, vix generaliter illud asserere audent, sed sententiam suam ad favorabilem suscepti itineris causam restringunt. Sic ipse Alexander Tartagnus *ad cit. l. fin. c. de testam. n.* 6. ab init. hunc casum supponit: si quis vadit Romam pro indulgentiis, et in itinere infirmatus sit, in quodam castro, et ibi facit testamentum coram duobus testibus, cum plures ibi non adessent, valebit testamentum; (quia si milites in expeditione degentes, possunt coram duobus testibus testari, tanto magis idem esse debet in peregrinatione ad salutem animae et servitium Dei, cum Deus sit superior princeps, quam respublica, et quia anima cunctis rebus praeferenda est.) Pariter Paulus de Castro *ad l.* 10. *c. commun. de success. n.* 4. Angeli sententiam restringendam putat, ad illos, qui ad s. Jacobum, vel Romam, vel ad s. Sepulchrum eunt, et quod in aliis viatoribus tale testamentum non admittatur. Idem statuit Nicolaus Boer. *dec.* 228. *num.* 7. *in med.* ubi subjicit non tantum in euntibus Romam pro indulgentiis, sed et in omnibus similibus ad sanctos peregrinantibus id obtinere. Et ita quoque intelligendus est Hippol. de Marsil. *ad l.* 1. §. *praeterea. ff. de quaestion n.* 80. quando dicit: testamentum coram duobus testibus conditum a peregrino seu a romipeta qui vadit Romam subsistere; sine dubio enim hic de itinere religionis causa Romam suscepto loquitur. Ejusdem sententiae est Fernandus Vasquius *tract. de success. creat. lib.* 3. §. 24. *n.* 4. ubi pauciores testes sufficere dicit in peregrino Romam petente, subjecta ratione: quia privilegium libere testandi concessum militibus, propterea quod inserviunt reipublicae, non debet denegari iis, qui Romam petunt ob servitium et obsequium Dei, qui altior princeps est. Et Franciscus Barry *tract. de success. lib.* 1. *tit.* 2. *n.* 7. dicit, in testamento illius, qui devotionis causa peregrinatur, sufficere duos testes. In iisdem terminis hoc asserit Mascardus *de prob. vol.* 3. *concl.* 1359. *n.* 48. Imo ex evangelicis jure consultis Reusn. *tractat. de testam. p.* 3. *c.* 12. *n.* 19. peregrinantibus privilegiatum illum testandi morem concedit, maxime si religionis causa peregrinentur.

25. Verum aliis doctoribus in testamento iter facien- 25
tis hic numerus nimis exiguus videtur, inde ad minimum quinque testes ad subsistentiam talis testamenti desiderant, argumentum palmarium deducentes a testamento rure confecto, quod coram quinq; testibus validum, *l. ult. c. de testam.* Et hanc opinionem fovet Philippus Decius *part.* 2. *consil.* 284. *n.* 1. quinque testes exigentes in testamento in carcere tyranni condito (quo casu duos sufficere dicit Paulus Parisius *vol.* 3. *consil.* 46. *n.* 23. *in fin.*) et idem omni alio casu obtinere putans, ubi plures propter mortalitatem vel alium casum repentinum haberi nequeunt. Eumdem quinarium numerum exigit Petrus Gregor. Tholosanus *in syntagm. juris universi lib.* 42. *cap.* 5. *n.* 18. Quam ipsam sententiam quoque sequitur Antonius Faber *in cod. lib.* 6. *tit.* 5. *def.* 2. *n.* 14. *et seq.* et dn. Brunnem. *in comment. ad l. ult. c. de testam.* et hanc sententiam communem dicere videtur Michael. Grass. *recept. sentent. §. testamentum qu.* 54. *n.* 12. ibi enim *in n.* 11. quinque testes exigit.

26. Pauci omnino doctores sunt, qui etiam in itinere 26
praecise septem testes exigunt, adeo ut testamentum vitiosum dicant coram minori numero testium confectum. Inter hos est Petrus Gilken. *in comm. ad cod. l. fin. de test. n.* 3. Wilhelm. Ludw. *tract. de ultim. volunt. part.* 2. *c.* 1. *p.* 212. Joh. Harpprecht. *ad §.* 3. *j. de testam. n.* 39. et ejus nepos, dn. Ferdinandus Christophor. Harprecht, *in dissert. de testam. pagani in hostico condito th.* 204. *n.* 4. Dn. Praeses *in disput. de testam. rusticor. cap.* 2. *n.* 38. *et seq.* quam ipsam sententiam tamquam veriorem et juri consentaneam, et ego defendendam existimo.

27. Operae vero pretium erit, ut in fundamenta 27
communis sententiae, et quid ponderis iisdem subsit, inquiramus. Prima eorum ratio ex necessitate et impossibilitate deducta est. Testator enim in eo se constitutum statu videt, ubi, etiamsi vellet solemnem testium adhibere numerum, instans tamen mortis periculum, et distantia a civitate impedimento ipsi est, ut ne quod cupit, exequi valeat. Jam vero necessitas 28
legem alias non habet, sed lex potius subjacet necessitati *l. aliquando* 5. *ff. de officio procons.* Gail. *lib.* 3. *de pace publ. cap.* 2. *n.* 3. Knipschild. *de fideicommiss. famil. illustr. c.* 11. *n.* 453. *seq.* Cardin. Tusch. *practic. conclus. lit. n. concl.* 19. quod in tantum extendunt, ut necessitas non habeat legem,

neque divinam neque humanam. Escobar, *de ratiocin. c. 14. n. 10. et seq.* quam materiam, qua ratione necessitas legum vinculis aliquem eximat, pluribus persequitur Manz. *in tract. de special. juris voce necessitas.* Quamvis ergo praecise septenarium numerum exigant leges ad testamentum; supponunt tamen sine dubio casum, ubi per rerum naturam possibile est tot testes convocare; quis enim diceret ad casum impossibilem legislatorem obligare voluisse cives, cum impossibilium sit nulla obligatio, *c. nemo potest 6. de r. j. in 6to. l. impossibilium 185. ff. de r. j.*

29 28. (2.) Huic rationi ex necessitate et impossibilitate deductae, suffragatur summus testamentorum favor; quippe liber hujus ultimae voluntatis debet esse stylus, nec impediendum, quod non redit arbitrium *l. 1. c. de sacros. eccles.* Unde in dubio pro ultima voluntate pronunciandum. Vide quae adduxi supra *posit. II.* Iniquum ergo foret, ejus, qui cum testari volebat, aliter vero quam duobus testibus non poterat, ultimum elogium pronunciare invalidum; cum tamen publice expediat, suprema hominum judicia habere exitum, *l. vel negare. 6. ff. testam. quemadm. aper.* Unde praetor eadem tuetur. *l. 1. pr. ff. si quis omiss. caus. testam.*

30 (3.) Facit eo exemplum ex militia deductum, quippe notum, quod militibus ob necessitatem et periculorum imminentiam, pro lubitu testari permissum sit, quocumque scil. modo possint et velint, *tot. tit. ff. et cod. de testam. milit. vid. supr. posit. VI.* Et quamvis dd. satis subolfaciant, jura singularia militibus indulta non trahenda esse ad consequentiam. *l. 14. et 15. ff. de legib.* ad illud recurrunt, quod etiam non militantibus sive paganis idem privilegium sine solemnitate testandi concedatur, si in hostico degant.

31 *per l. ult. ff. de testam. milit.* Quod ergo his ob necessitatem indultum, cur idem non pariter in itinere constitutis indulgendum esset, qui eadem necessitate premuntur, et ita per consequentiam eodem juris beneficio, ob identitatem rationis digni videntur, quae extensiva interpretatio praecipue in ultimis voluntatibus admittenda. arg. *l. 12. ff. de r. j.* et hoc argumentum maxime urgent, si devotionis causa susceptum iter, ut supra ad §. 24. adductum.

32 30. (4.) Simile argumentum deduci potest ex testamento pestis tempore condito, quod moribus Germaniae universalibus coram duobus testibus conditum, pronunciatur validum, de quo dixi supra *posit.* 16. Ejus vero ratio nulla alia est, quam quod tempore pestis magna testium inopia adsit, quae ratio cum etiam in itinere militet, cur non eadem testandi libertas iter facientibus indulgenda.

33 31. (5.) Accedit clara sanctio Leonis imper. qui in *novella sua* 41. de testamento in itinere confecto, sequenti modo disponit: *nos igitur sancimus, ut in civitatibus quinque testibus stabilitum testamentum approbetur; in itineribus vero et agris, aliisque inhabitatis locis trium testium confirmatio suscipiatur.* Cujus sanctionis rationes praemisit in eadem novella; *quia frequenter res propter eorum, quae strictius requiruntur, penuriam ad possibilem modum deduci videmus, cum namque stricto jure uti non datur, quemque quomodo potest uti necessitas est.* Quae ipsa Leonis novella, quamvis per se auctoritate legali non polleat, hoc casu negligenda non videtur; cum in casibus jure justinianeo non decisis, ad novellas Leonis recurri posse, non diffiteantur doctores. Matth. Stephan. *ad novell. proem. n. 49.* Arthur. Duck. *de auctoritate jur. civ. lib. 1. c. 5. §. 5. in fin.* Cujac. *lib. 17. obs. 31.* Jam vero jure justinianeo de testamento in itinere confecto nil quicquam decisum, unde illi novellae, accedente communi interpretum schola, standum omnino videtur.

32. (6.) Facit huc porro, et quidem praecipue 34
pro illorum opinione, qui quinque testes in itinere exigunt *l. ult. c. de testam.* ubi de rusticorum testamento agitur, et illud coram quinque testibus confectum, pro valido pronunciatur. Quod ergo concessum rustico, illud etiam concedendum ruri vel in itinere seu via in morbum incidenti. Quam paritatem jure justinianeo inductam esse, innuit ipse imperator Leo *in d. nov. 41. in med.* ubi ad sanctionem justinianeam in *d. l. ult. c. de testam.* provocans, dicit, eo jure in agris et itineribus quinque testes requiri. Quorsum facit, quod tandem coram quinario testium numero et legata et fideicommissa relinqui possint, per *leg. ult. c. de codicill.*

33. Jam quod attinet fundamenta nostrae senten- 35
tiae, scilicet testamentum in itinere confectum non valere, nisi adhibito septenario testium numero. (1.) 36
Supponimus, formam testamentorum non ex casu, aut necessitate, aut arbitrio testatoris, sed ex legis dispositione dependere, quae adeo adamussim servanda, ut nemo in suo testamento facere possit, ut leges in eodem non valeant *l. nemo 85. ff. de leg. 1.* Jam vero legibus haec praescripta forma, ut testamentum non aliter valeat, nisi septem testibus adhibitis, adeo, ut uno omisso corruat testamentum *l. si unus 12. c. de testam.* Cum ergo lex nullibi ab hac generalitate exceperit testamentum in itinere confectum, citra legem aliquid asserere jurisconsulto erubescendum est, per *novell. 18. cap. 5.*

34. (2.) Altera ratio haec est, quia expresse in 37
jure prohibitum, ne coram minori quam quinario testium numero conficiatur testamentum, *per l. fin. c. de testam.* ubi rusticis ob inopiam testium conceditur, ut coram quinque testibus testamentum condant, sed diserte subjicitur: *minus autem nullo modo concedimus.* Ergo quod nullo modo rusticis permissum, etiamsi aequali testium penuria premantur, quare id iter facientibus concedendum foret, qui non melioris, quam rustici esse possunt conditionis.

35. (3.) Facit huc argumentum ex *pr. j. de codic.* 38
derivatum, ubi eum ob magnas et longas peregrinationes saepe eveniat, ut quis testamentum facere non possit, codicillorum usus introductus. At vero codicilli non subsistunt, nisi coram quinque testibus, *per l. ult. c. de codicill.* Quid ergo vetaret, quo minus peregrinans condere testamentum valeret, si coram quinque, tribus vel duobus testibus ipsi permissum esset testari: potius ex hoc supposito verum esset, peregrinantem omni casu testari posse, quo potest codicillari; cum ne tot quidem ex suppositione adversariorum ad testamentum peregrinantis necessarii sint testes, quot ad codicillum.

36. (4.) Idem evincit *l. conficiuntur. 8. §. 2. ff.* 39
de jure codicill. ubi ob defectum numeri testium denegatur testamenti factio. Ex quo sequitur, defectum testium non esse justam et legibus probatam causam

discedendi a solemni testamentorum forma, et minuendi ordinarium testium numerum; potius verum est, deficientibus testibus defecre etiam facultatem testamenti faciendi, juxta *l.* 2. *pr. ff. si quis aliquem testari prohib.* Unde nec novum, nec iniquum est, ut intestatus moriatur etiam is, qui testari maxime voluit, si testium copiam habere non potuerit Anton. Fab. *in cod. lib.* 6. *tit.* 5. *def.* 2. *n.* 18.

40 37. (5.) Accedit et hoc, quod in ultimis voluntatibus omnes praecavendae sint fraudes, quem in finem tot solemnia, tantumque testium numerum exegerunt leges romanae. Interest enim testatoris, ne subornati postea veniant testes duo, peregrinantis hoc ultimum fuisse elogium dicant, et hac ratione falsitas in testamento committatur, quod in republica noluit admittere Justinianus in *l. jubemus.* 29. *pr. c. de test.* Giphan. *ad l. ult. c. de testam. in fin.* Quod incommodum in ipsis militum testamentis praevidebat imperator in §. 1. *j. de testam. milit. et in l. divus Trajanus* 24. *ff. eod.* ubi emphatice dicitur: *caeterum si (ut plerumque sermonibus fieri solet) dixit alicui, ego te haeredem facio: aut tibi bona mea relinquo: non oportet hoc pro testamento observari. Nec ullorum magis interest, quam ipsorum, quibus id privilegium datum est, ejusmodi exemplum non admitti. Alioquin non difficulter post mortem alicujus militis testes existerent, qui affirmarent, se audivisse dicentem aliquem, relinquere se bona cui visum sit: et per hoc judicia vera subvertuntur.* Qui casus quam maxime in itinere evenire poterat, ubi subitaneo correptus morbo, prae nimio animi corporisque dolore, ex abrupto magis, quam consulto haeredem nominasse censetur.

41 38. (6.) Imo injuriam sentirent hac ratione agnati proximi, tamquam legitimi successores. His enim cum lex ipsa destinaverit defuncti successionem, non tantum, si plane nullum conditum testamentum, verum et si conditum illud sit, sed non jure, sive minus solemniter. *pr. j. de haered. quae ab intest. defer.* Quorsum omnino pertinet casus, si legitimus testium numerus non adhibitus. *l.* 12. *c. de testam.* Sane non erit ipsis hoc jus, ex minus solemni et inde vitioso testamento et concurrente legis assistentia quaesitum, temere auferendum, sine nova et certa lege, ipsos hoc casu a successione excludente.

42 39. His ita pro sententia nostra adductis, subjicimus responsionem ad singula contrariae opinionis fundamenta, eo ordine quo superius adducta. Quod ergo primum attinet, fateor magnum esse necessitatis praesidium, nec ad impossibilia ullam esse obligationem. Ast non ferit hoc argumentum causae hujus mo-

43 mentum: nego enim, ullam homini impositam esse necessitatem testamentum condendi, sed ipsi liberum erit, an testatus, an intestatus decedere velit. Cum ergo necessario testari non teneatur, nullum hic necessitatis telum urgeri poterit: multo minus hic impossibilitas allegari meretur, cum lex ad testandum in itinere neminem compellat: unde quia casu impeditus facere non potest quod vult, patiatur id fieri quod leges desiderant, ut bona perveniant sanguinis jure ad successorem ab intestato. Porro ad hoc responderi poterit, necessitatem non excusare, nisi in casibus in jure expressis. Manzius *in tract. de specialibus juris sub voce necessitas. n.* 43. Ludwell. *de ultim. volunt. part.* 2. *c. p.* 212. et jam antea ostensum est, impossibilitatem illam ex defectu testium oriundam, non producere facultatem testandi coram numero minori. Quorsum pertinet doctorum conclusio; facti impedimenta solemnitati actus non obstare. Ernestus Frider. Schröter. *in resol. ll. difficil. ad l.* 8. *de testam. n.* 2. Christoph. Philip. Richter. *ad l.* 8. *n.* 33. *c. de testam.*

40. Alterum argumentum, a favore ultimarum vo- 44
luntatum petitum, tantae efficaciae non est, ut ea propter dispositio legibus nullibi probata sustineri debeat: favor enim hic cum insigni odio sanguine junctorum conjunctus est, qui saepius sine ullo demerito a successione excluduntur, cum tamen pro his et sanguinis et legis favor militet, ut adeo saepius testamentum ob iniquam illam exclusionem, magis odio, quam favore dignum. Unde multis in locis testandi libertas de bonis praecipue haereditariis admodum restricta, imo plane ablata, uti ex jure lubecensi et hamburgensi constat. Quod si forte agnatos testatori nullos super esse dixeris, fisci favor hic concurret, cui tamquam ultimo haeredi, ex praetensa necessitate defectus testium, non auferenda haereditas ab intestato ipsi delata.

41. Tertium fundamentum a testamento militari 45
petitum, facile corruit, cum jura singularia militibus, propter imperitiam et pericula, quae pro salute publica sustinent concessa *l.* 1. *pr et l.* 26. *in fin. ff. de testam. milit. l.* 1. *c. eod.* ad alios non sint extendenda. Nec quadrabunt haec jura illis, qui devotionis causa itineri se commiserunt; ut enim taceam, illas peregrinationes pro impetrandis indulgentiis admodum derisorias esse, quasi Romae facilior via ad coelum pateret, et alibi poenitentibus peccatorum venia esset praeclusa: nulla hic publicae salutis ratio concurrit, nec inevitabilis necessitas urgeri poterit, cum antequam itineri huic sese committant, in omnem eventum solemni testamento sibi prospicere possint. Gravius quidem urgere videtur argumentum ex *l. ult. ff. de test. mil.* deductum, quod unusquisq; etiam qui miles non est, si in hostico degat et illic decedat jure militari disponere possit, in quo pariter nulla salutis publicae ratio concurrit, et qui itidem, antequam in castra se contulisset, testari solemniter potuisset. Verum respondeo, nec hoc testamentum validum fuisset, nisi hoc rescripta principum speciatim ostendissent; at vero cum nullibi de peregrinantibus rescripta ostendant, standum erit regulae juris communis, et omne testamentum peregrinantis solemnibus suis destitutum, pro invalido pronunciandum, nec in legibus ejusmodi exorbitantibus, interpretationi extensivae indulgendum. Franzk. *ad ff. de ll. n.* 85. Baro ab Enenkel. *de privileg. l.* 2. *c.* 4. *n.* 25.

42. Quartum argumentum quod concernit, illud clare 46
evincit veritatem nostrae sententiae; nam si imperator in luctuosa illa rerum facie, ubi quisque hominum, imo amicorum etiam amici fugit conspectum, ob praesentissimum contagionis periculum, ut exinde maxima testium inopia illo casu adsit, nil quicquam de septenario testium numero remittendum censuit in *l.* 8. *c. de testam.* Sequitur exinde, nec illos, qui itinere constituti, quicquam de hoc numero remittendum esse. Et quamvis usus forensis Germaniae, tempore pestis minorem numerum approbaverit, haec tamen consue-

tudo pariter strictissime interpretanda, nec extendenda de casu ad casum, uti in genere de consuetudinis indole decidunt. Mev. *part.* 2. *decis.* 30. Carpzov. *p.* 2. *const.* 44. *def.* 12. *n.* 2. Probandum enim, in eodem controversiarum genere, consuetudinem talem esse inductam, praesertim in casu, si consuetudo sit contra jus. Mev. *p.* 4. *dec.* 3. Quare si jura de militibus constituta, et illis, qui in hostico moriuntur, expressa lege applicata, et per consuetudinem ad testamenta, tempore pestis extensa, pro lubitu ad alios testamentorum casus applicare vellemus, hoc non esset leges conditas interpretari, sed plane novas condere, quod juris interpretibus permissum non est, sicut in simili monet Fachin. *l.* 8. *controv.* 39. *in fin.*

47 43. Quintum fundamentum quod attinet, in confesso apud omnes est, novellarum Leonis auctoritatem in Germania esse nullam, cum nec in ipso oriente illas leges auctoritatem obtinuisse, testetur Cujac. *lib.* 17. *obs.* 31. Marquard. Freherus *in epist. dedicatoria jurisp. graeco-romanae.* Et hunc novellae Leonis non usum in oriente exinde possumus probare, quia in corpore Βασιλικῶν post novellas Leonis confecto, *lib.* 35. *tit.* 1. *const.* 31. expresse constitutio justinianea repetitur, quod in testamento ruri confecto, ubi testium copia non est, quinque testes requirantur, pauciores vero nullo modo admittantur; ex quo manifestum est, Leonis novellam usu non servatam, vel per illam Βασιλικῶν constitutionem abrogatam esse. Nec apud nos una cum jure justinianeo receptae, sed longo post intervallo ab Heinrico Agylaeo, Buscoducense Jcto in lucem demum productae, et a. 1560. latinitate donatae. Unde non est, quod mireris, quare nemo ex interpretibus superioris seculi pro probando minori numero testium in testamento peregrinantis Leonis novellam in auxilium vocaverit; ignotae enim illae erant, et illi, qui earum notitiam habebant, ad haec jura omni auctoritate destituta provocare noluerunt: unde nec Mevius, nec Cothmannus contrariae sententiae defensores ad illam provocare audent. Nec dici poterit, in illa Leonis novella non reformari jus justinianeum, sed casum omissum ibi tantum decidi, contextus enim novellae expresse docet, Leonem hic emendare *legem ult. c. de testam.* et contra Justiniani prohibitionem loco quinque testium tres substituere voluisse, atqui vero hanc derogatoriam auctoritatem nemo hucusque istis novellis leoninis asseruit. Imo si tandem auctoritas legalis adesset, eo ipso tot doctorum superius allegatorum opinio corrueret, qui omnes duos testes sufficere asseruerunt, cum tamen Leo imperator tres exigat.

48 44. Quod sextum fundamentum attinet, ex testamento rusticorum petitum, id majoris ponderis est, cum illum requirat testium numerum, qui in ultimis voluntatibus non penitus improbatur. Verum et ad hoc respondeo, jura rusticis specialiter indulta non extendenda esse ad non rusticos; unde civibus ruri in morbum incidentibus jure rusticorum testandi licentiam denegant Reusner. *de testam. part.* 4. *cap.* 15. *n.* 2. Mascard. *de probat. concl.* 1359. *n.* 46. Quare cum de illis, qui in itinere constituti, lex taceat, nostrum non erit, ad casum plane diversum jura singularia extendere. Nec obstabit, quod Leo imperator, constitutionem Justiniani, de illis, qui in itinere constituti, intellexerit; uti enim Leonis legislatio, ita ejusdem quoque interpretatio nos non stringit; imo textus ex Basilicis §. *praeced.* allegatus, dum *l. ult. c. de testam.* confirmat, de illo, qui in itinere constitutus, ne verbo quidem facit mentionem. Hoc facile concedo, coram quinque testibus peregrinantem legata et fideicommissa reliquere posse, nam et id cuivis alii licet: imo uti supra *posit* 35. dictum, ob hanc causam, quia peregrinantes testium numerum septenarium habere non possunt, ipsis ut coram quinque testibus codicillentur, indultum est.

45. Ex his jam constare puto, in casu superius §. 49
21. proposito, testamentum illud Sempronii pro invalido pronunciandum, et ita successionem ejus fratribus et sororibus ab intestato esse assignandam. Et 50
hac ratione altera quaestio sua sponte corruit; an illud testamentum espropter, quod Hamburgi solemniter testari potuerit, id tamen omiserit, vires amittat? Nam cum illud testamentum ab initio vitiosum fuerit, frustra disquiritur, an ex post facto vitiatum fuerit. Cum tamen multi doctores in illa sint opinione, ut pro tali testamento pronunciandum censeant, operae pretium erit, supposita hujus testamenti validitate, circa ejus infirmationem sollicitum esse.

46. Prima quidem fronte asserendum videtur, hoc 51
testamentum aliter non subsistere, quam si simul in itinere decedat testator. Testamentum enim illud ex necessitate et inopia testium sustinetur, quare cessante necessitate et existente casu, ubi testium copia haberi poterit; non utendum jure illo extraordinario; necessitas enim juris dispositionem non in totum relaxat, sed ad tempus tantum suspendit Manz. *in special. jur. voce necessitas n.* 43. et cessante necessitate, cessat quod pro necessitate temporis statutum; aliud enim est ordo legitimus, alia usurpatio, quam ad praesens fieri tempus impellit necessitas. *can. quod pro necess.* 41. *causa* 1. *q.* 1. Unde concludunt doctores, quod quando 52
propter necessitatem aliquid contra regulas juris communis statuitur, hoc non diutius duret, quam quatenus necessitas imminet, et non ultra. Ripa. *tract. de peste cap. de privil. ult. volunt. n.* 33. Bartolus *ad l.* 1. §. *nunciatio. n.* 28. *ff. de novi oper. nunciat.*

47. Porro pro hac sententia facit insigne argumen 53
tum ex *l. ult. ff. de testam. milit.* ubi testamentum pagani in hosticulo confectum, tunc demum sustinetur si ibi pariter decedat testator; cujus sine dubio haec ratio est, quia alias extra necessitatem positus solemniter testari potuisset; quod idem in nostro casu, ubi Sempronius spatium consequebatur solemniter testandi. Cui ulterius suffragatur illorum doctorum opinio, qui existimant, testamentum tempore pestis confectum tunc demum subsistere, si tunc decedat testator, postea vero ultra annum illius valorem non extendi Struv. *s. j. c. exercit.* 32. *th.* 21. Vasquius *de success. progr. lib.* 3. §. 30. *n.* 80. Barry. *de success. lib.* 1. *tit.* 2. *n.* 8. *in fin.* et idem in terminis de testamento in itinere confecto, quod non aliter valeat, quam si in itinere moriatur, statuit Simon. de Praetis *lib.* 1. *sol.* 12. *n.* 16. Paulus de Castro *ad l. nutritoribus.* 10. *c. commun. de success.* Mascard. *concl.* 1359. *n.* 48. Ripa *de peste cap.* 2. *n* 32.

48. Verum ego, his non obstantibus, dicendum pu- 54
to, hoc testamentum in itinere coram duobus testibus jure suffragante conditum est, illud pro valido reputandum, etiamsi postea in loco decesserit, ubi testium copia adest. Quod enim semel jure perfectum est, ex

casu postea superveniente non debet irritari. *cap. factum legitime* 73. *de r. j. in 6to.* In omni enim negotio, et sic quoque in testamento, initium sive tempus conditi testamenti inspiciendum, non consideratis illis, quae postea contigerint *l.* 22. §. 1. *ff. qui testam. fac. poss.* Junct. *l.* 1. *c. eod.* Nec in jure nostro ullum occurrit exemplum, quod testamentum semel legitime conditum, successu temporis deficere debeat, quam in testamento militis, quod post missionem elapso anno vires amittit §. 3. *j. de testam. milit. l.* 21. *l.* 26. *ff. eod.* Et pagani, qui in hostico testatur, cui in specie hoc adjungitur, ut ibidem decedat *l. fin. ff. eod.* Non poterit ergo hoc singulare jus ad alios casus extendi:

35 49. Non obstant ergo superius apposita: necessitas enim illud, quod semel legitime factum, impugnare nequit. Et cessante necessitate non injustum redditur, quod in necessitate factum, sed id efficitur, ne extra necessitatem facere liceat, quod in necessitate constitutus poteram. Quare falsam existimamus illorum doctorum sententiam, qui testamentum tempore pestis confectum, cessante peste vitiari dicunt: contrarium enim omnino verius est, per tradita Carpz. *part.* 3. *const.* 4. *def.* 5. Joh. Köppen. *dec.* 45. *n.* 20. Petr. Peckius *de testam. conjug. l.* 3. *c.* 19. Mev. *ad jus lub. part.* 2. *tit.* 1. *art.* 2. *n.* 49. Unde asserit Petr. Gregor. Tholosan. *syntagm. jur. univers. l.* 42. *c.* 5. *n.* 18. Testamentum hoc peregrinantis jure necessitatis factum, etiam convalescente aegroto et periculum evadente, valere, si in ea voluntate testator decesserit. Quorsum porro facit, quod rusticorum testamentum ruri factum sustineatur, etiamsi postea in aliqua civitate civis fiat, et ibi decedat. Richt. *ad l. ult. n.* 16. *c. de testam.* Joh. Dauth. *de testam. ad d. l. ult. n.* 2.

36 50. Ex his ipsis jam patebit, quid de tali testamento in itinere confecto sentiendum, illud scil non subsistere, nisi septem testibus adhibitis, unde otiosum esse putamus hic divagari ulterius, et inquirere, an in hoc testamento etiam foeminarum testimonium sufficiat? An filiusfamilias taliter de peculio adventitio testari valeat? An opus sit regatione testium? An legitima hic filiis titulo institutionis relinquenda? An annexam habeat tacitam clausulam codicillarem? An tali testamento a peregrinante et duobus testibus subscripto, exinde agi possit remedio *l. ult. c. de edict. divi Hadriani toll.*? Quae ipsa ut et longe plura, si chartas implere volupe esset, adducere et deducere valeremus. Verum cum nonnisi solemne admiserimus testamentum, quoad numerum testium, reliqua quoque quae ad testamenti solemnis constitutionem pertinent, hic necessario requiri puto, quae cum ubivis obvia sint, studiose praetermitto.

51. Hoc unicum saltem coronidis loco subjicere lu- 37
bet: an si in testamento in itinere confecto extraneus institutus haeres, fratres defuncti aliique agnati in conscientia obligati sint, ut illi testamento minus solemni acquiescant, et haereditatem extraneo relinquant? quod omnino negandum existimamus: non enim competit testatori potestas defuncti conscientiam constringendi, et illum remediis de jure proditis privandi. Agnatis enim successionem destinavit publica lex; et quamvis simul testatori arbitrium reliquerit, aliter disponendi, ita ut provisio hominis tollat provisionem legis. Attamen non aliter hoc testatori indulsit lex, quam si secundum ordinem et solemnitatem legis illa dispositio condita: solemnitate ea neglecta, nulla est dispositio, et sic salva erit successionis per legem facta delatio. Non ergo id conscientiam alterius stringere poterit, quod publicae imperii leges pro nullo declarant. Accedit, quod jure naturali injunctum non sit, bona sua alicui extraneo relinquere, sed subjacet legum humanarum positivarum dispositioni, et si secundum has res indifferens non sit ordinata, actus plane nullus est, et nullum producere effectum. Hanc rem tamen cujuscunque conscientiae relinquendam censemus. Plures rationes desideranti, satisfacient. Dn. Praeses *in dissertat. de foro conscientiae. c.* 4. *n.* 44. *seq.* Struv. *s. j. c. exerc.* 32. *th.* 16. Sufficiat, haec levi penicillo delineasse. Prolixius hic excurrere licuisset, in alia testamentorum requisita, et quatenus illa pariter in itinere observanda, pariterque, quomodo talia testamenta impugnanda tractari potuisset. Verum, cum evicto illo, quod principaliter evincendum suscepimus, scil. in itinere solemnia testamentorum non cessare, sua sponte sequatur, idem de reliquis testamentorum requisitis asserendum esse, studio illa praetermisi. A te benevole lector, si bonus es, pro candore tuo mihi veniam promitto promptissimam. Nasutulos enim, quibus erepere universa in mores abiit, ne titivillitii alicujus aestimo, et illos suo superbire supercilio non invitus permitto. Tibi vero, deus o. m. pro clementissima studiorum directione, gratias ago immortales. Et sicuti in eo nomine inchoatum principium, ita in eodem sit.

FINIS.

DISPUTATIO UNDECIMA

IN QUA

COLLATIO JURIS STATUTARII RIGENSIS

CUM JURE COMMUNI

INSTITUITUR, AD METHODUM INSTITUT. IMPERIALIUM.

AD DIEM XXII. NOVEMBR. ANNO MDCLXXXIV.

RESPONDENTE

BRUNONE HANENFELD, RIGA-LIVON.

PRAELOQUIUM.

Sanctus ille nexus est, quo quemque sua obstrictum tenet patria. Majorem nostri partem huic deberi prudentiores ethnicorum prudentissime censuerunt. Quapropter omnis vita, praecipue vero, quae excolendis literarum studiis impenditur, unice eo collimare debet, ut futuris patriae commodis ea possit impendi. Hanc metam qui negligunt, in devia deflectunt, et indignos se reddunt, quos patria foveat aliquando vel promoveat. Ego, qui extra patriae pomoeria hucusque literarum studia, praecipue vero civilem prudentiam excolui, a nexu natalis soli me nunquam exemptum censui, sed quantum praesentis vitae ratio sivit, omnem operam impendi, ut studia quoque mea in futuram patriae utilitatem dirigerem. Quapropter in excolenda jurisprudentia nunquam in Justiniani placitis inhaerendum censui, ut non altero quasi oculo ad saluberrima patriae meae statuta reflecterem. Turpe quippe ac patricio indignum ratus cum juris-consulto, jura patriae ignorasse, in quibus quis aliquando versaturus. Quare cum mecum constituerim, publicum profectuum qualiumcumque specimen edere, non credidi, me officio meo satisfacturum melius, aut patriae studiorum rationem redditurum commodius, quam si ipsum jus patriae, statuta scilicet rigensia, cum jure communi conferrem, et gratissima illa institutionum imperialium methodo dissonantiam et consonantiam patrii et romani juris exhiberem. Fateor quidem, vires ingenii longius egredi, quam suscepi, operam, cum rerum forensium experientiam, quae juri statutario maximam foeneratur lucem, hucusque nullam mihi comparaverim: veniam tamen mihi polliceor ab aequissimis rerum aestimatoribus, si quantum juvenilis aetas permiserit, tentavero, dum distantia locorum non permisit, in illis, quae dubia mihi videbantur, dissertissimos patriae meae togatos consuluisse. Quae desunt, suppletura aliquando maturior aetas et accuratior in patrios mores inquisitio. Interim nostris conatibus faveas, lapsus, quos ego lubentissimus agnoscam, ignoscas, et quae desunt, faventissimo tuo affectu suppleas, rogo. Deum vero optimum maximum, omnis boni fontem, supplex imploro, ut suscepti laboris successum mihi concedat felicissimum!

CAPUT I.

De jure statutario rigensi in genere.

SUMMARIA

Ingressus. n. 1. 2.
Conferuntur cum jur. comm. statuta non antiquiora sed recentissima. n. 3. 4. 5.
De statuendi licentia civitatibus competente. n. 6.
Refertur dd. opinio statuentium, civitatem ne quidem consuetudinem introducere valere. n. 7.
Explicatio §. 9. instit. de j. n. et g. n. 8. 9.
Decisio quaestionis ex qualitate civitatis petenda n. 11.
Civitatum divisio. n. 12. seq.
Civitas circa administrationem bonorum statuta condere potest. n. 14.
Effectus omnimodae jurisdictionis est, statuta concedere. n. 15. et 16.
Civitas non contra sed praeter jus commune statuta condere potest. n. 17. 18. 19.

Civitate imperiales statuta condere possunt n. 20. 22.
Quod ipsis confirmatum per instrum. pacis. n. 21.
Civitas rigensis statuta condere potest. n. 23.
Riga fuit civitas libera imperialis. n. 24. 25 26. 27.
Ex quo tempore regi Poloniae cessit, et imperium acquievit, talis amplius non est. n. 28.
Non tamen amisit facultatem statuta condendi, sed privilegia ejus confirmata. n. 29. 30. 31.
Probatur. n. 32. 33. 34.
Non denegatur reg. maj. facultas ea revidendi, emendandi. n. 35. 36.
Effectus statut. rig. n. 37. 38.
Statuta rigens. jus rigense dici possunt. n. 39.
Statuta rig. obligant omnes, qui ibi commorantur. n. 40. 41. 42. 43.
Statutorum interpretatio stricte facienda. n. 47. 48. 49.
Jure stat. non expressa pro omissis habentur. num. 50. 51.
Jus stat. nullam admittit extensionem. n. 52.
A contrario sensu in statutis valet argumentum remissive. n. 53.
Divisio juris in publicum et privatum. n. 55. *seq.*
Quae pars statut. rig. contineat jus publicum? num. 57. 58.
Quae jus privatum? n. 59.
Quo methodo statuta hic tractentur? n. 60. *et* 61.

1 Collaturo mihi jus patrium rigense cum jus civili romano, mox mihi in mentem venit illud Caji Jcti monitum *in l.* 1. *ff. de orig. jur.* quod, sicuti in foro causas dicentibus nefas videtur, nulla praefatione facta judici rem exponere, tanto magis expositionem juris promittentibus inconveniens sit, omissis initiis, atque ita origine non repetita, illotis manibus negotium aggredi, quam ob causam ipse Pomponius *in l.* 1. *princ. ff. d. t.* necessarium esse dicit, ipsius juris originem atque pro-
2 cessum demonstrare. Idem ergo et mihi incumbere videbatur, ut in prima rigensium statuta, eorum conditores, regiasque confirmationes inquirerem. Verum dum extra patriam constitutus, horum omnium accuratior inquisitio mihi denegata: non enim ex libris, quippe, quantum constat, nunquam de statutis rigensibus quicquam prelo commissum, sed ex patriae archivis haec exploranda forent.

3 Cum vero insuper propositi mei sit, non historiam juris patrii exhibere, sed jus ipsum rigense cum jure comm. conferre, sequar vestigia non antiquiorum, sed recentissimorum statutorum, quae manuscripta hucus-
4 que versarunt manus judicum et advocatorum. Quae ipse quidem an plane eadem sint cum illis, quae Henricus Giesebertus *in pericul. statut. harmon. part.* 1. *in praefat. ad lectorem et ibi exhibito indice statut. anno* 1517. composita existimat, nobis certo non constat.
5 Imo exinde de eo dubitamus, quod Giesebertus *in justiniano suo harmonico XI.* Statutorum libros alleget, cum tamen recentissima statuta VI. libris comprehensa.

6 De statuendi licentia seu facultate condendi statuta, an haec civitati rigensi competat, hic disquisivisse magis proposito nostro inserviet. Non ignota ddr. opinio, qui asserunt, sub statu monarchico populum vel civita-
7 tem ne quidem consuetudinem introducere valere. Qui enim unius imperio subsunt, et a nutu imperantis de-
8 pendent, legislatoriam potestatem nulla ex parte sibi vindicare valebunt. Quod enim *in* §. 9. *inst. de jur. n. et g.* dicitur, tacito populi consensu induci consuetudinem, hoc non alia ratione nititur, quam quod, sicuti populus expresse legem ferre potest, ita quoque tacito consensu per consuetudinem jus inducere valeat. Atqui 9
vero hoc non de alio populo quam libero asseri potest vid. Strauch. *ad jus justin. dissert.* 1. *th.* 9. Idem de statutis asserendum videtur: sunt enim statuta ll. loca- 10
les, et sic aliquid juris legislatorii civitati statuenti adscribendum esse videtur.

Optime mihi distinguere videntur ddr. illi, qui ex 11
qualitate civitatis et diversitate privilegiorum civitati competentium decisionem petunt. Vulgata enim illa di- 12
stinctio est, quod civitas alia sit municipalis, alia libera seu imperialis. Municipales quod attinet, distinguunt 13
iterum, an illae omnimoda jurisditione instructae, an non. His statuendi licentia nulla est, nisi statutum ad- 14
ministrationem bonorum communium concernet, *arg. l. fin. et t. t. decret. ab ord. faciend.* Zoes. *ad ff. tit.* 4. *n.* 32. Bonorum enim administratio, cum concessa senatui a superiori, simul facultas circa administrationem sibi ll. praescribendi concessa videtur, quo his ipsis bonum civitatis promoveatur: illas vero quod attinet, 15
communiter volunt, effectum omnimodae jurisdictionis esse jus statuta condendi, adeo, ut statuta facere reputent pro actu jurisdictionali Stephan. *de jurisdict. lib.* 2. *part.* 2. *cap.* 8. *n.* 16. *et seqq.* Carpz. *part.* 3. *decis.* 298. *n.* 3. Quam sententiam communiter receptam esse 16
probat dn. Mevius *ad jus lub. in prooem. quaest.* 2. *n.* 52. Distinguendum tamen hic videtur, an tales civi- 17
tates condant statuta contra jus commune, an praeter jus commune. Illud sine dubio ipsis indulgendum non est. *auth. cassa c. de ss. eccles.* nisi principis confirmatione accedente. Non enim hoc arbitrio subditorum 18
relinquendum, an ll. a superiori latas observare, an vero suis statutis eamdem limitare velint, cum sola parendi gloria ipsis relicta. Magnif. dn. Becmann. *in medit. polit. dissert.* 19. *th.* 2. Necessum ergo est, ut talia statuta expresse principis consensu muniantur. Quod 19
vero attinet statuta praeter jus comm. in ejusmodi scil. casibus, qui jure communi expressam decisionem non habent, valebunt statuta, etiam inscio principe, cum hujus auctoritati nihil decedat: si civitas aliqua spontaneo quodam arbitrio per modum conventionis omnium civium recipiat, quid in simili casu in posterum pro jure observare velit. vid. Rol. a Valle *vol.* 1. *cons.* 29. *n.* 1. *ibique cit. aut.*

Civitates imperiales quod attinet, expedita jam de 20
cisio est, cum status imperii sint, Knipschild. *de jure civit. imperial. l.* 2. *c.* 1. *n.* 35. Illustr. Dn. Rhetius *in instit. jur. publ. lib.* 1. *tit.* 18. §. 9. et in suo territorio eodem jure, si non personali, reali tamen gaudeant, quo principes imperii in suis provinciis, Martin. Magerus *de advocat. armat. c.* 6. *n.* 290. Casp. Klock. *de contribut. cap.* 5. *n.* 10. *et seqq.* Quae 21
civitatum imperial. jura, utut a multis lacessita et in dubium vocata, solemniter tamen *per instrum. pac. monast. art.* 8. §. *tam in universalibus* confirmata his verbis: *liberis imperii civitatibus non minus quam caeteris statibus imperii competat votum decisivum, iisque rata et intacta maneant regalia, vectigalia, redditus annui, libertates, privilegia confiscandi, collectandi, et inde dependentia aliaque jura ab imperatore et imperio legitime impetrata, vel longo usu ante hos motus obtenta, possessa et exercita cum*

omnimoda jurisdictione intra muros et in territorio.
22 Ex quibus luculentissime patet, quod vi superioritatis territorialis liberam facultatem habeant, etiam contra jus commune statuta condendi; de quo prolixius videatur Nicol. Myler. ab Ehrenbach. *in Archolog. ord. imper. c.* 22. §. 7. *et seqq.*

23 Nos facultatem condendi statuta civitati rigensi competentem ex eo deducimus, quod non tantum Livoniae pars imperii romano germanici fuerit, sed, quod civitas rigensis civitatibus liberis imperialibus in specie fuerit accensita. Non historicorum eo nomine conquirenda credo testimonia, sed unanimem imperatoris et omnium imperii procerum votum plenissime hanc rem probabit. Ita quippe *in recess. imp. erfurtensi de anno* 1567. §. *Wir haben auch. ibi*: *Gegen unser und*
25 *des Heil. Reichs Stadt Riga.* vid. Limnaeus *de jur. publ. l.* 1. *cap.* 9. *n.* 51. Reinking. *de regim. secul. et*
26 *eccles. l.* 1. *class.* 2. *cap.* 9. *n.* 34. et quamvis dicto anno jam tam Polonorum imperio cesserit Riga; indubium tamen imperii membrum mansit usque ad an. 1558. ex quo tempore Moschorum armis petita Livonia et cum suppetiis ipsi ferre nequiret imperator, utut toties literis et legationibus imploratus, aliunde praesidium quaerere necessum habuit. Inde Revalia Suecorum, Riga Polonorum tutamini se submisit: quod factum anno 1561. referente Chytraeo *lib.* 20. *chronic. saxon.* Nondum tamen juri suo renunciaverat imperat.
27 et hinc pro civitate imperiali eam merito adhuc habere potuit imperator. Cum enim anno ejus seculi. 70. Pax inter Sueciae et Daniae reges, occasione belli in Livonia gesti, conderetur, ipse imperator per legatum solemniter protestatus, se nolle Livoniam ab imperio avelli, sicuti refert ex Chytraeo dn. Conring. *de finib.*
28 *imper. lib.* 2. *cap.* 29. *pag. m.* 597. Ex eo tamen tempore, quo acquievit imperium, et a Polonis in Suecos summa rerum in Livonia translata, facile quidem largimur, pro civitate imperii rom. Germ. eam amplius haberi non posse. Inde tamen non inferendum, quod
29 facultate statuta condendi privata fuerit. Et quidem,
30 si praecedentia statuta ad annum 1517. cum Gieseberto referamus, indubium est, illa statuta condita esse ex jure et potestate, quae aliis civitatibus imper.
31 competit. Nec horum statut. vis expiravit, licet imperio rom. exempta civitas, cum Poloniae pariter et Sueciae regum potentissimi omnia jura privilegia et immunitates, quibus quondam usa civitas, non imminuta, sed potius eadem, quantum nobis constat, generali confirmatione corroborata voluerint. Et quidem quod
32 regem Poloniae attinet, testem produco Paul. Piasecium *in chron. gest. in Europ. singular. f.* 51. ubi testatur: Stephanum regem, Rigam liberam manere voluisse hisce verbis: *ac inprimis Rigam liberam manere permisit, et nonnisi a proprio magistratu gubernari voluit, vectigalique tantum in illo portu de mercibus maritimis et navibus pendi solitum in signum regii dominatus fisco suo regio* (*tertia ejus parte relicta pro restauratione portus illius*) *addixit.* Pariter,
33 cum eadem civitas postquam ad extremum consumta antea restitisset, in manus potentissimi Sueciae regis Gustavi Adolphi gloriosiss. memoriae a. 1621. pervenisset, gratiosissime promisit regia majestas, se libertatem civitatis conservaturum et privilegia sucturum, uti refert Johann. Locceu. *in hist. suecan. lib.* 8. *p.*
34 §40. Ex quo et illud elicere tuto valemus, cum statuendi licentiam olim habuerit haec civitas, et ejus jura non imminuta, sed confirmata a regibus, etiam hodie hoc jus statuendi civitati rigensi salvum esse. Interim 35
tamen non denegamus regiae majestati arbitrium talia statuta revidendi et emendandi augendive, prout salati reip. consultum existimaverit. Quorsum pertinet re- 36
solutio illa reg. maj. Sued. *sub dato Storkholm d.* 13. *april. anno* 1663. *Inmittelst wollen auch. Ihr. Königl. majestaet, dass Burgemeister und Rath ein vollkommliches und wolvidimirtes corpus privilegiorum einlieffern, darnach wollen Ihr. Königl. majestaet, ob es hiebey in allen verbleiben oder auch andere momenta mehr in consideration gezogen werden sollen, sich weiter ausführlich erklaeren.*

His ita circa facultatem statuendi praemissis, jam 37
disquirendum foret, quousque effectus statutorum rigensium se extendat. ubi quidem extra dubium esse reor, statuta ejusmodi derogare juri communi *l. de quibus* 32. *ff. de ll.* Cothmann. *lib.* 1. *consil.* 16. *n.*
4. Reinking. de regimine secular. et ecclesiast. *lib.* 2. 38
class. 2. *cap.* 9. *n.* 1. *et cap.* 10. *n.* 1. ac pro jure comm. haberi. Vivius *decis.* 221. *n.* 1. Carpzov. *p.* 2. *decis.* 101. *n.* 1. *et* 2. *decis.* 194. *n.* 22. *et* 163. *n.* 4. Unde non dubitandum existimo, statuta nostra juris no- 39
men mereri et ita aeque jus rigense dici posse, sicuti jus lubec. dicitur. Habent enim plenissimum juris effectum intra territorium statuentium. Personas vero, 40
quae stat. rig. obligantur, quod concernit, certum est, non tantum cives rigenses, sed omnes, quotquot illic loci commorantur et negotia suscipiunt, illis obligari. Quae, uti de observantia statut. lubec. plenissime de- 41
ducit Mev. *ad jus lubec. in prooem. quaest.* 3. *et* 4. ita quoque statutis rigens. ob similitudinem rationis applicari possunt, ut hinc ea fusius deducere operae pretium non sit. In specie vero huc pertinet, quod in 42
statutis rigensibus *lib.* 2. *cap.* 2. §. 1. dispositum, *dass alle Eingebohrne unde Eingesessene, sie seyn Edel oder Unedel, wie auch alle Frembde die in der Stadt oder dero Gebieht contrahiren oder delinquiren dero jurisdiction unterwürffig seyn sollen.* Quo casu 43
vero quis agnoscere tenetur jurisdictionem, eo casu et statutis ipsum obligari, affirmandum puto:

Quantum ad statutorum interpretationem; ea stri- 44
ctissime facienda, Mev. *part.* 5. *decis.* 1. *n.* 2. *et part.* 9. *decis.* 174. *n.* 2. et interpretanda, prout verba sonant, et litera jacet, Mevius *part.* 7. *dec.* 253. *n.* 3. 4. 5. Cacheran. *decis.* 21. *num.* 12. Tessaur. *lib.* 2. *quaest.* 48. *n.* 4. cum tantum disponere, quantum loquuntur, et non ultra praesumantur, Reinking. *dict. tract. lib.* 2. *class.* 2. *cap.* 18. *n.* 24 Franch. Nigr. Cyriac. *controv. forens. lib.* 2. *controv.* 254. *n.* 62. 45
Mar. Giurba *decis.* 8. *n.* 7. Quapropter nec de loco ad locum, Mev. *part.* 2. *decis.* 30. *n.* 4. nec de casu ad casum; Mev. *part.* 2. *dec.* 39. *n.* 10. *et* 13. Schult. *lib.* 2. *qu. pract.* 69. *n.* 19. extendenda. Quod maxi- 46
me observandum quoad ea, in quibus a jur. comm. recedunt, quorum interpretatio ita moderanda, ut quam minimum de jure comm. demant. Ludolph. Schrader. *de feudis part.* 10. *sect.* 20. *n.* 168. Carpzov. *part.* 1. *decis.* 3. *n.* 12. *et* 13. Zoes. *ad ff. tit.* 4. *n.* 36. Franch. Nic. Cyriac. *d. l.* 2. *controv* 370. *n.* 57. Ex eo enim 47
tamquam fonte statutorum interpretatio petenda. Mev. *part.* 7. *decis.* 255. *n.* 1. Et quae non expresse mutata, 48
juris communis subjacent dispositioni. Mev. *part* 1.

49 *decis.* 133. *n.* 8. *et decis.* 39. *n.* 14. Id quod et statuta rigensia ipsissimis requirunt verbis, ut casuum jure statut. non decisorum decisio ex jure civ. et canon. petatur *lib.* 2. *cap.* 4. hisce verbis: *Die Richter sollen sich in Fassung der Urtheile diesem unsern Stadt Recht und Gewohnheiten gemäss verhalten, da aber die nicht zulangeten, sollen sie nach dem gemeinen Kayserlichen und Geistlichen Rechten in Urtheilen richten.*

50 Ea tamen, quae jure statut. non expressa, pro omissis habentur Mev. *part.* 7. *decis.* 253. *n.* 6. et pariter ex jur. comm. deducenda *per l. si extraneus* 6. *ff. de condict. caus. cap. peu. X. de jurej.* Scharff. *cent.* 1. *consil.* 51. *et* 55. Wesenb. *part.* 3. *cons.* 133. *n.* 28.

51 *et consil.* 135. *n.* 37. Uniusque expressio alterius prae

52 se fert derogationem. Mev. *part.* 2. *decis.* 39. *n.* 7. Nec ullam prorsus admittit extensionem, Panormit. *in cap. proposuisti* 19. *n.* 2. *v. ad idem X. de for. compet.* Schrader. *de feud. part.* 10. *sect.* 20. *n.* 160. Carpzov. *part.* 3. *decis.* 295. *n.* 15. A contrario tamen sensu valere argumentum defendit Mev. *d. decis.* 39.

53 *n.* 6. Plura de jur. statut. extensione videri poterunt

54 apud Alphonsum Villalut *tract. de extens. ll. rubr. de extens. statut. f.* 137. Aldevranum Mascardum *tract. de generali statut. interpret.* quorsum brevitatis causa me remitto, generalibus enim hisce inhaerere, propositi mei non est.

Jus civile romanum in publicum et privatum distingui *ex §. fin. inst. de j. et j.* abunde constat. Jus rigense non dissimili modo dividi poterit, nam et bu- 56
jus pars jus publicum continet, pars vero privatum. De 57
jure publico lib. I. statut. agit, ubi illa, quae ad constitutionem magistratus civici pertinent, exhibentur, unde et vocatur *des Raths-Buch.* Quamvis alia quoque civitatis jura et privilegia in statutis non comprehensa, huc referri posse et debere, censeam. Prout certo 58
modo huc referri poterit *das Ritter Recht*, it. *die Lands-Vereinigunge von Aussantwortung der Bauren de a.* 1494. *Die Hoczeit-Ordnung de anno* 1628. *Die Kleider Ordnung de anno* 1634. quae paucis ab hinc annis renovata.

Jus privatum in reliquis V. libris continetur, ubi 59
quidem in lib. II. de processu judiciario, in lib. III. de nuptiis et contractibus, in lib. IV. de testamentis, in lib V. de jure nautico, in lib. VI. de causis criminalibus et persecutionibus delictorum agitur. Mi- 60
hi vero ab hac methodo paulisper discedere lubet, qui pro exercitio academico consultius esse credo, elementa Justiniani imitari. Quam ob causam, ea, quae li- 61
cebit brevitate, primo jus personarum, postea jus rerum, et tertio jus actionum ex statut. proponam et cum jur. comm. collationem instituam.

CAPUT II.

De jure personarum et in specie, de jure dominorum et servorum, ibi de servis, ancillis, propriis hominibus, mercede famulorum.

SUMMARIA.

Personarum divisio. n. 2.
Servorum de jur. rom. status miserrimus. n. 3.
Qui hodie evolevit. n. 4. *et* 5.
Quomodo hodie proprii homines servi dicantur? n. 6. *et* 7.
Jus stat. rig. agnoscit proprios homines. n. 8.
De operis servorum remissive. n. 9. *et* 10.
Servi fugitivi ubique inquiri possunt. n. 11.
Quomodo dominium in hos probetur? n. 12. *et* 13.
Quales hodierni servi? n. 14.
Ex contractu locati conducti hi tantum obligantur. n. 15. *et* 16.
Praestant operas pro mercede. n. 17.
Quantitas mercedis, si incerta, ex consuetudine, vel ex officio judicis determinanda. n. 18. *et seq.*
Obligantur servi ad promissum tempus servitia praestare. n. 22.
Discedentium poena jur. civ. n. 23. *et* 24.
Quae jure stat. rig.? n. 25. *et seqq.*
Differentia juris civilis et statut. n. 29.
Quam mercedis partem famuli, ante finitum locationis tempus mortui, haeredes petere possint? n. 30. *et seq.*
Non licet domino ante finitum locationis tempus servum expellere. n. 34. *et seq.*
Domini expellentis poena. n. 37. *et seq.*
Domino competit facultas servum castigandi. n. 40. *et* 41.
Si in castigando excedit, servus judicem adire potest, actioneque injuriarum experiri. n. 42. *et* 43.
Quo loco mercedes famulorum in concursu collocandae? n. 44.
Different. jur. civ. et statut. n. 45. *et* 46.
Jur. stat. et lub. differentia. n. 47.
Jur. stat. et sax. convenientia. n. 48.
Cur mercedes famulorum privilegio gaudeant remissive? n. 49.
An privilegio eo tantum gaudent servi, modo concursu, in convictu debitoris existentes? n. 50.
Affirmat. n. 51.
Negat. verior. n. 52.
Cui correspondet jus statut. n. 53.
Famuli stipulando usuras stricto jure beneficio renunciasse praesumuntur. n. 54.
Secus ex aequitate. n. 55.

Omne jus, quo utimur, monente imperat. *in §. ult.* 1
j. de jure nat. gent. et civ. vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones; hinc de personis pauca videamus, nam parum est jus nosse, si personae, quarum causa constitutum, ignorentur. Personarum 2
itaque summa divisio haec est, *per princ. j. de jur. person.* quod omnes homines vel liberi sint vel servi, vel sui juris vel alieno juri subjecti *pr. j. de his, qui sui vel alien. jur.* Servorum quam miserrimus status 3
jure roman. fuerit, quam immensis cruciatibus subjecti, ita, ut tam in proprium, quam in alterius caput torqueri, imo quocumque tempore ad necem postulari potuerint, satis constat. Quod vitae et necis jus, usque ad Antonini imperat. tempora frequentatum fuisse, docet imperat. noster Justinianus *in §. fin. inst. de his, qui sui vel. alien.*

4 Sed exolevit illa tristissima, et christianis maxime indigna servorum conditio, prout eam nominat Mev. *ad jus lubec. lib.* 1. *tit.* 3. *pr. n.* 29. *et* 30. Quamobrem et in statut. rigens. *l.* 3. *cap.* 12. §. 6. sub poena corporis afflictiva prohibitum, liberum hominem turpissimo huic statui mancipare. Ea vero, quae hodienum adhuc de servitute audiuntur, nihil nisi ima-
6 go illius veteris dicenda erunt, vid. Mev. *ad jus lub. l.* 1. *art.* 2. *n.* 3. Comparari tamen possunt, secundum mores hodiernos, proprii illi homines cum servis, vel potius glebae adscriptis hominibus Mev. *p.* 3. *ds.* 8. Sunt enim portio fundi Mev. *p.* 1. *ds.* 96. Ex iisque nati patris sequuntur statum, etiamsi ex
7 matre libera progeniti Mev. *p.* 2. *ds.* 232. Servi vero dicuntur, quatenus se obligavere ad culturam agrorum, et servitia domino praestanda, in aliis vero liberi homines sunt, cum contractus celebrandi, personam standi in judicio, sibi acquirendi et testamenta condendi potestate gaudeant, vid. Stamm. *de servit. person. l.* 3. *c.* 17. *Leibeigen seyn heifft gleichwohl eigene Güter haben, aber seinen Leib nicht dürffen verrücken unter anderer Herrschafft, ohne seines Herren Willen, Sebastian. Frank. in der Kayserl.*
8 *chron. fol.* 241. Et hos proprios homines statuta quoque nostra agnoscunt *d. l.* 3. *cap.* 12. §. *ult.* licet huic ordini parum faveant, cum expresse *c. l.* interdictum, ne quisquam liberorum hominum in propriorum sortem redigatur sub poena corporis afflictiva, ut jam supra adduximus.

9 De operis servorum, sive potius propriorum hominum domino praestandis, cum taceant statuta, hic prolixe agere non licebit, cum uno omnium dd. ore a liberto ad proprium hominem admittatur argumentum vid. Husan. *de homin. procr. c.* 6. *n.* 4. Mev.
10 *p.* 3. *ds.* 131. 132. 133. *et* 271. Sicut igitur liberti jure rom. tenebantur ad operas praestandas, ita et
11 homines proprii ad easdem obligati sunt. Quodsi vero iis sese subducere, fugaque sibi consulere tentant, eos ubique inquirendi domino non deneganda facultas *per l.* 2. *c. de serv. fugit.* v. b. Brunnemann. *in comm. ad d. l.* quod pariter in statutis nostris provisum *d.*
12 *l.* 3. *c.* 12. §. *ult.* Sed quid si in fuga constituti se ad operas obligatos, vel glebae adscriptos esse negent? Tunc licitum est dominis, non tantum per instrumenta, sed etiam per testes dominium suum probare *l. cum super* 10. *c. de r. v.* ad quod testimonium duo
13 vicini sufficiunt *juxta* statut. rigens. *cit. loc.* Qui numerus binarius testium etiam jure rom. regulariter ad probandum sufficit *l.* 12. *ff de test.* vid. Guiliel. Dunozet. *decis.* 27. Angl. Celsus *decis.* 138. *n.* 3. *et decis.* 352. *n.* 4. Et haec de hominibus propriis.

14 Quod servos nostros concernit, quorum opera hodie utimur, illi liberi homines sunt, et in eo a servis praeced. num. descriptis differunt, qui nominetenus quidem liberi, revera tamen servi sint. vid. dn.
15 Praesid. *vol.* 11. *disp.* 19. *c.* 2. *n.* 57. Ex contractu enim locati conducti nobis ad operas praestandas tantum obligantur, ob quam causam jura servorum nostrorum *sub tit. loc. conduct.* exponunt statuta nostra. Et licet per longum tempus operas serviles praestiterint, ex contractu sc., tamen statum non mutant,
16 *per l.* 6. *c. de ing. manumiss.* Famulatus enim liberi hominis servum non facit dn. Brunnem. *in comment. ad l.* 4. *c. d. t.* Cessante igitur contractu, cessant quoque operae debitae, et servi ab obligatione dominorum liberantur.

Praestant vero servi operas pro mercede ipsis pro- 17
missa ex contractu. De cujus quantitate, cum nihil in 18
statutis nostris expressum; nec jur. civ. eadem determinata, conventioni domini et servi hoc casu standum; et sic quod alias in conductionibus, idem hic quoque, attendendum, scil. ut primo loco omnium 19
lex locationis observetur, *der Mieths-contract* inter dominum locatorem et servum conductorem inita, *per l. si merces* 25. §. *conductor.* 3. *ff. loc. cond.* Mynsing. *resp.* 38. *n.* 10. *dec.* 4. Contractus enim semper instar legis observandus *per l.* 1. *ff. de pact.* et ex voluntate contrahentium legem accipit Mev. *p.* 2. *decis.* 55. *n.* 1. Hoc vero cessante, videndum, quaenam certitudo 20
pretii moribus determinata, *arg. l. exceptio* 18. *c. loc. cond.* praesumitur enim unusquisque ad illud pretium se obligasse, quod moris est in illo loco. *arg. l.* 6. *ff. de evict. l.* 1. *ff. de usur.* Mev. *p.* 2. *decis.* 9. *n.* 2. So- 21
lent enim in plerisque locis certae ordinationes extare citra familiam conductitiam observandae, quae vocantur *Gesind-Ordnungen*, quibus, qui in eadem provincia vivunt, se omnino conformare tenentur. Quod si haec quoque deficiat, ultimum refugium detur ad officium judicis, qui salarium ex aequo et bono definiat. Bonacossa *in tr. de famil. qu.* 79.

Obligantur porro servi ex modo conventionis ad 22
tempus in pactis determinatum, servitia praestare, nec e famulitio decedere, sicut id expresse requirit jus statut. rig. *l.* 3. *c.* 12. §. 3. Si vero conventioni- 23
bus stare nolint et discedant, vi juris civil. salarium petere nequeunt, imo solutum ab eis repeti potest *per l. ex conducto* 15. §. 6. *ff. loc. cond.* Et cogendi sunt, si illorum copia haberi possit, ut tempus illud, per quod abfuerint, serviendo suppleant *per l. servus* 14. §. 1. *ff. de stat. lib.* Ad interesse quoque domino prae- 24
standum obligantur v. Mev. *ad jus lub. lib.* 3. *tit.* 7. *art.* 5. *n.* 10. *et* 11. Loco petitionis interesse vero, a- 25
lienam surrogat poenam jus stat. rig. *c. l.* dum constituit, ut servi famulitium deserturi, tantum dominis suis exsolvere obligentur, quantum mercedis loco ipsis promiserant domini *d.* §. 3. Hoc insuper *seq.* §. 26
adjiciens, quod sub poena arbitraria tales servi ante finitum locationis tempus a nemine recipi debeant. Oc- 27
currendum enim credidit levitati famulorum, qui saepius sine causa dominorum pertaesi, ministerium temere apud alios ambiunt. Imo quoque occurritur ita malitiae aliorum dominorum, qui saepius lautis promissionibus alienos servos ad sua ministeria vocant, quod juri divino et humano contrarium esse, merito asserit Mev. *p.* 4. *dec.* 385. Verum enim vero, ne 28
hac ratione nimis dura redderetur conditio servorum, ipsis jus stat., si vel matrimonium inituri sunt v. *l.* 3. *c.* 1. §. 4. *et d. l. c.* 12. §. 3. vel alia legalia impedimenta allegare possint *d.* §. 3. discedendi et pro rata mercedem petendi per *d.* §. 4. *c.* 1. facultatem concessit. In quo tamen differre videtur a jure civ. 29
vi cujus famulus vel famula, justa causa impeditus vel impedita, integram mercedem petere potest *l. cum haeres* 4. §. *Stichus* 5. *ff. de stat. lib. l. ult.* §. 1. *in fin. ff. ad l. rhod. de jact.* Quod si vero famulus ante 30
finitum locationis tempus obeat, quantam mercedis partem haeredes ejus petere possint, videbimus. Eam non totam, sed pro rata ipsis concedendam esse pu-

31 tamus. Quicquid enim mercedis nomine datur famulitio, id remuneratio quaedam est laboris, ut hinc, cessante ante tempus labore, nonnisi pro rata operarum praestitarum merces solvi debeat *arg. l. ex conducto* 13. §. *item cum quidam* 6. *ff. loc. cond. l. de*
32 *sertorem* 3. §. 12. *ff. de re milit.* Quod et in casu converso procedit, si ipsemet dominus moriatur, ut itidem non nisi pro rata ad obitum usque salarium exigi possit, vid. Carpz. *p.* 3. *dec.* 364. Contrarium quidem dispositum videtur in nostris statutis *l.* 4. *c.*
33 2. §. 10. Verum speciale quid ibi contineri circa illos, qui ministerium ad operas nauticas praestiterunt, facile ex contextu patet, de quo inferius suo loco.

34 Quemadmodum igitur famulus ante lapsum conventionis tempus discedere nequit, ita quoque nec domino permissum, ante finitum terminum famuli servitia respuere; cum correlativorum eadem sit natura et disciplina Alexand. *l.* 5. *cons.* 131. *n.* 2. Maurit. *de restit. in integr. c.* 216. *n.* 1. Nicol. Boër. *dec.*
35 48. *n.* 3. Modest. Pistor. *l.* 2. *consil.* 42. *n.* 29. Intercessit enim contractus bilateralis, qui utrinque directam producit obligationem, et impedit, ne detur
36 ansa contra conventionis legem peccandi. Quod tamen sub certa conditione accipiendum: nisi justa expulsionis causa doceri possit *per d.* §. 3. Statut. Hinc de causa dimissionis, an justa et sufficiens ad expel-
37 lendum famulum fuerit, accurate inquirendum. Ea quippe si non sufficeret, dominus servo ad integram mercedem, quocumque tempore eum expulisset, exsol-
38 vendam teneretur, *per d.* §. 3. Quod juri civili per quam conveniens, cum per servum non steterit, quo minus promisso satisfaceret *l. qui operas* 38. *ff. loc.*
39 *cond.* nec eodem locationis tempore ab alio acceperit mercedem *l. sed addes* 19. §. *cum quidam* 9. *et seq. ff. d. t. l. diem functo.* 4. *ff. d. offic. assess.* Carpzov. *p.* 2. *dec.* 136. *n.* 16.

40 Vidimus in praeced. quae potestas in servos dominis olim competierit illam vero hodie abolitam quoque subjecimus. Moderamen aliquod potestatis etiam quoad conductitios nostros servos, cum alibi, tum in castigatione eorum eo magis requiritur, quo impatien-
41 tior freni ira est. Taleque moderamen jus nostrum statut. *l.* 3. *c.* 12. §. 5. subjicit, ut dominis, a servis ad iram concitatis, eos loris castigandi, attamen *ohne Blau und Blut*, concedat, in quo *cum l. ua.*
42 *ibique* Godofr. *c. de emend. serv.* convenit. Quod si praescriptum hunc castigandi modum excederent domini servis judicem adeundi licentia deneganda non foret adeo, ut a domino nimium saeviente, cautionem de non offendendo exigere possent. Mev. *p.* 4. *d.* 19. Imo 43
injuriarium actionem iis competere contra dominos, exemplo foeminae, ancillam honestam vocantis *eine Schandhure*, probat Mev. *ad jus lubec. l.* 3. *tit.* 8. *art.* 10. *n.* 16. Omnis correctio enim sine famae laesione fieri debet.

Nunc quo loco mercedes famulorum, concursu cre- 44
ditorum excitato, referri debeant, brevibus videbimus. Et quidem eas jur. civ. nullum habere eminentius pri- 45
vilegium, sed personale tantum, ex quo ministri aliis creditoribus exaequati sunt, post hypothecarios in concursu ponendas esse vult Mev. *ad jus lub. l.* 3. *tit.* 1. *art.* 1. *n.* 56. A quo differt jus stat. rigens. *l.* 3. 46
c. 10. §. 7. ubi illis speciale privilegium concedit, 47
eas expensis funerum subjungendo. Quod privilegium, cum ibi simpliciter mercedi tribuatur, illud non unius anni mercedi, sicut jure lub. v. Mev. *d. l.*, sed omnium annorum tributum esse, verba generalia satis superque indicant. In quo convenit jure saxon. vid. Carpz. *p.* 48
1. *const.* 28. *def.* 24. Causas vero, cur mercedi famu- 49
lorum merito jus praelationis prae aliis creditoribus 50
competat, refert id. *p.* 3. *dec.* 88. An autem dicto privilegio tantum gaudere debeant famuli, qui mortis vel moti concursus tempore, in domo vel convictu debitoris defuncti fuerint, in dubio est: affirmativam 51
tuetur dn. Richter. eamque ex jure saxon. defendit *de privileg. credit. disp.* 4. *membr.* 3. §. *ut ministri*, quam tamen non ex jure sax. sed *ex sola Glossa Germ. art.* 22. *lib.* 1. *des Landrechts*, adjecta, probari posse, clare demonstravit dn. Praeses *in dictat. ad b. Brunnem. tr. de concurs. credit. c.* 5. § 16. Negativam veriorem 52
putat dn. Brunnem. *d. tract. c. l.* eamque ob causam in marchicis judiciis quoque observari asserit. Cui 53
correspondet jus nostrum statut. *d. c.* 10. §. 7. cujus verba generalia *der Dienstbothen Lohn*, ad casus speciales minime extendenda erunt.

Porro huic privilegio famulos, stipulando usuras, 54
renunciasse praesumendos esse *per l.* 7. §. 2. *ff. depos. l.* 24. §. 2. *ff. de reb. aut. jud. possid.* volunt Carpzov. 55
p. 1. *const.* 28. *def.* 33. aliique a b. Brunnem. *in comment. ad l.* 7. *alleg.* Quam sententiam tamen respectu aequitatis iniquam esse dicit b. Brunnem. *d. tr. de concurs. cred. d. c.* §. 17. Et haec hic dixisse sufficiant, progredimur ad,

CAPUT III.

De sponsalibus, nuptiis et separatione liberorum.

SUMMARIA

Connexio. n. 1.
Sponsalium definitio. n. 3.
Sponsalium divisio. n. 4. 5. 6.
Quomodo haec hd. toleretur? remissive. n. 7.
Sponsalia in dubio praesumuntur de praesenti. n. 8.
Sponsalium alia divisio. n. 9.
Sponsalia clandestina sunt illicita, tam de jur. comm. quam jur. stat. n. 10. 11.
Sponsalia sequuntur nuptiae. n. 12.
Earum requisita. n. 13. 14.
Servi hodie matrimonium contrahere possunt n. 15. 16:
Quorum consensus requiratur ad nuptias? n. 17.
Parentum, non tam de necessitate, quam potius de honestate j. nat. n. 18. 19. 20.
Consensus matris non requiritur jur. civ. n. 21.
Secus moribus. n. 22.
Moribus correspondent stat. n. 23.
Vidua filiam elocans, jur. stat. curatoris et propinquorum adhibet consensum. n. 24.
Secus jur. civ. n. 25.
Ipsa vidua jure stat. et moribus nubens, consensum curatorum et propinquorum adhibere debet. num. 26. 27.

Horum consensum jus stat. et in minorenni requirit. num. 28.

Non curatoris, sed tutoris consensu de jur. civ. requiritur. n. 29.

Quid si parentes consentire nolint? n. 30. 31. 32.

Quid si nuptiae absque consensu parentum initae? num. 33.

Moribus sustinentur, si copula accessit carnalis? n. 34. 35.

Consanguinei et affines invicem matrimonium inire nequeunt. n. 36.

Quo gradu prohibeantur nuptiae jur. civ. et can? remissive. n. 37.

Moribus hodiernis observatur computatio canon. n. 38. 39.

Quae tamen non ubivis nec jur. stat. attenditur. n. 40. *et seq.*

Matrimonium in gradu prohibito contractum, an rescindendum? n. 44. *et seq.*

Computationis graduum, quoad affinitatem, jur. civil. nulla fit mentio. n. 47.

Sed jur. canon. introducta. n. 48. 49.

Dissoluto per mortem matrimonio, pars superestes tuto secundas inire potest nuptias. n. 50.

Vidua jur. civ. integrum annum luctus absolvere debet. n. 51.

Jure can. plane non luget. n. 52.

Praerogativam meretur jus civil. remissive. n. 53.

Viri jur. civ. non lugent. n. 54.

Jur. stat. nec vir nec foemina, ante separationem factam cum liberis, secundas inire potest nuptias. n 55.

Differentia jur. civ. et statut. n. 56.

In quo partim convenit, partim discrepat cum jur. lub. n. 57. *et seq.*

Separationis liberorum definitio. n. 59.

Quae portio liberis assignanda? n. 60 *et seq.*

Vidua non nubens ad separationem cogi nequit. n. 65.

Quod et ad viduum extendendum. n. 66.

Collig. comm. bonorum inter conjuges jur. stat. n. 67.

Dirimitur matrimonium divortio. n. 68.

Quae causa divortii moribus? n. 69.

Pars deserta matrimonium rursus contrahere potest. num. 70.

Jur. civ. solvitur matrimonium captivitate, non moribus. n. 71.

Fustigatione ac perpetua relegatione non tollitur matrimonium. n. 72.

Pars innocens nocentem sequi potest, non tamen compellenda. n. 73.

Secundas nuptias, vivo relegato, contrahere non potest. n. 74.

1 Efflagitasset quidem ordinis ratio, ut, priusquam ad praesentia descenderemus, pauca quaedam de patria potestate in medium adduceremus. Sed cum de hac nihil plane in jure statutario nostro dispositum deprehendamus, merito eam juris civilis dispositioni relin-
2 quentes de nuptiis agere suscipimus. Quemadmodum vero sponsalia nuptias praecedere solent, Francisc. Marci *dec. tom.* 2. *qu.* 757. *n.* 1. ita quoque sponsalia prius tangemus. Ea vero sunt *juxta l.* 1. *ff. de spons.*
3 mentio et repromissio futurarum nuptiarum. Marc. *d. qu.* 757. *n.* 2. quae, quamvis olim, stipulatione mediante contrahebantur, ea tamen hodie non indigent, v. Hahn. ad Wesenb. *tit. de spons. n.* 2. Et licet de jure civili 4
tantum dentur sponsalia de praesenti, quae simul sunt spes nuptiarum *per l.* 6. *ff. de spons.* Jus canon. tamen 5
per *cap. ult. X. de sponsal.* Sponsalia quoque de futuro introduxit; haec per verba futuri temporis, e. g. ducam te in uxorem, illa, per verba praesentis temporis concipiuntur *d. cap. pen.* Breviter: sponsalia de futuro, 6
sunt instar pacti de vendendo, sponsalia de praesenti sunt instar venditionis nudo consensu perfectae; nuptiae vero, sunt instar venditionis traditione consummatae. Quomodo moribus hodiernis toleretur allegata 7
distinctio sponsaliorum, si scil. illa de praesenti, explicentur de sponsalibus sine ulla conditione contractis, de futuro vero, ubi sub certa conditione consensus sponsalitius adhuc est suspensus vid. dn. Praes. *in annot. ad pr. j. de nupt.* In dubio vero praesumuntur 8
sponsalia de praesenti *per cap.* 16. *X. de sponsal.* Wesenbec. *p.* 3. *consil.* 102. *n.* 3. *et cons.* 125. *n.* 16. 18. modo tractatio sponsalitia aliqua insimul accesserit, de quo praejudicium vid. sp. Koppen. *in usu pract. ad j. l.* 1. *obs.* 25. *n.* 32. Porro sponsalia de prae- 9
senti sunt vel publica, quae cum consensu parentum et in praesentia testium contracta, vel clandestina, quae absque ullis testibus *cap.* 1. *et seq.* X. *de sponsal.* vel in praesentia testium quidem, sed sine consensu parentum, inita; et haec regulariter sunt illi- 10
cita vid. Carpz. *jurispr. eccles. l.* 2. *def.* 22. Jus nostrum 11
statut. ulterius progreditur, dum sponsalia viduae vel virginis, sine consensu curatorum vel propinquorum contracta invalida pronuncist *lib.* 3. *c.* 1. §. 3.

Sponsalia rite celebrata excipiunt nuptiae, quae vel 12
primae sunt, vel secundae, vel ulteriores. Circa eas 13
legitime incundas requiritur personarum contrahentium habilitas, et modus contrahendi legitimus *pr. j. de nupt.* Personae contrahentes liberae sunt vel servae, 14
quae tamen de jure rom. non matrimonium, sed contubernium contrahunt *l.* 2. *c. de incest. nupt. l.* 41. §. 2. *de leg.* 3. Verum cum inter hos jure canon. ma- 15
trimonium subsistat *cap.* 1. *et t. t.* X. *de matrimonio servor.* multo magis illud procedet hodie, cum servitus illa romana plane sublata, de quo praeced. cap. Et 16
maxime quoad servos conductitios, cum illi liberi homines sint. Cum quo convenit jus rig. *d. l.* 3. *cap.* 1. §. 4. ubi ipsis conceditur libere matrimonium inire, et favore matrimonii etiam ante finitum locationis tempus e famulitio discedere.

Modum contrahendi nuptias quod attinet, requiritur 17
non tantum purus contrahentium consensus, qui solus nuptias facit, *l. nuptias ff. de reg. jur.* vid. Francisc. Marci *tom.* 2. *qu.* 701. *n.* 1. Angl. Celsus *decis.* 374. *n.* 3. sed praecipue quoque parentum: et quidem de jure civ. patris, partim ob vinculum potestatis, partim, ne ei invito haeres agnoscatur §. 7. *j. de adopt.* qui consensus adeo necessarius erat, ut, eo non adhibito, matrimonium esset illegitimum et liberi illegitimi *pr. j. de nupt. l.* 25. *ff. d. t.* Franzk. *exerc.* 2. *q.* 4. Maestart. *de justitia rom. ll. dub.* 1. *et* 2. Jure 18
naturali vero consensum hunc non requiri affirmat Grot. *de j. b. et p. l.* 2. *c.* 5. *n.* 10. imo eum non tam de necessitate, ut loquuntur, sed de honestate esse volunt Frantzh. *exerc. quaest.* 3. Quod accurate exprimit magnif. dn. Becmannus *in medit. polit. dissert.* 7. §. 7. dicens, quod paternus consensus sit necessarius, non quidem ipsis jure proprio, sed auctoritate a magistratu

concessa, nec natura id exigente, sed juris conditorum voluntate. Hinc imperat. *in l. un.* §. 1. *c. de raptu virgin.* ait: oportet, ut quicumque uxorem ducere voluerit, seu ingenuam seu libertinam, secundum nostras ll. et antiquam consuetudinem, parentes vel alios, quos decet, petat. Quod quoque *ex verbis* imperat. *in pr. j. de nupt.* probari poterit, ubi expresse dicit: consensum parentum adhibere, *naturalis ratio suadet*, non vero, *praecipit*, hoc esset de necessitate, illud tantum de honestate. 19

In matre vero, cum cessel vinculum potestatis *per* §. 10. *j. de adopt.* consensum ejus jus civ. non attendit, nisi certo casu *l.* 20. *c. de nupt.* Moribus vero et ordinationibus consistoriorum, ob reverentiae aequalitatem, eo deventum, ut matris ac patris consensus aeque de necessitate requiratur. vid. Joach. a Beust. *de matrim. c.* 47. Joh. Gerh. *in loco de conjugio* §. 80. *p.* 161. Carpz. *jurispr. consist. l.* 2. *tit.* 3. *def.* 44. *et ab eo allegatos auctores.* Si vero pater et mater dissentiant, potior ad huc est habenda patris ratio Carpz. *d. def. n.* 16. Quibus moribus correspondet jus nostrum statut. *l.* 3. *c.* 1. §. 1. cujus verba expressa sunt: *Beyde annoch lebende Eheleute Mann und Weibes-Bild.* Ex quibus videre est, si milem potestatem elocandi liberos et patri et matri concessam esse, sc. dum uterque in vivis. Quod si vero maritus moriatur, vidua in elocanda filia curatorum et propinquorum consensum requirere debet, quod tamen a patre, licet uxor mortua, exigi, nullibi statutum reperimus. Curatorum vero consensus jure civil. non requiritur ad viduae vel virginis matrimonium consummandum *per l. sciendum* 20. *ff. de rit. nupt. l. in copulandis* 8. *c. de nupt.* Joh. Sichard. *ad l. si pater* 4. *n.* 2. *et* 3. *c. de spons.* Albericus Gentilis *de nupt. l.* 4. *c.* 14. Johann. Harpprecht. *in pr. inst. de nupt. n.* 16. Henr. Amis. *de conjug. c.* 3. *sec.* 11. *n.* 16. Quodsi filia sit 25. annis minor, et patre orbata, tunc enim et matris et propinquorum consensum, propter sexus infirmitatem adhibendum esse, vult imperat. *in l.* 20. *c. de nupt.* Ast jure statut. non tantum filia 25. annis minor, sed indistincte omnis, etiamsi vidua esset et 40. annum ageret, tenetur propinquorum et curatorum consensum adhibere, quique adeo stricte requiritur, ut eo omisso, sponsalia pro clandestinis reputentur *d.* §. 3. In quo conveniunt ordinationes consistoriorum vid. dn. Praes. *annot. ad* b. Brunnem. *jus eccles. lib.* 2. *cap.* 16. §. 12. Vulgo quidem asserunt, etiam jure justinianeo curatoris consensum requiri, si virgo parentibus orbata, juxta *l.* 20. *c. de nupt.* Verum textus hoc non habet, quod curatoris consensus praecise exigendus, sed, si ispa virgo sponsum ex pluribus eligere nolit, non ad curatoris, sed judicis arbitrium recurritur. 20 21 22 23 24 25 26 27

Porro differt jus statut. *c. l.* in eo, quod minorennis curatoris consensum, ad matrimonium legitime ineundum, adhibere teneatur. Quod secus jure civ. cum curator tantum bonis, non personae pupilli datus censeatur, et sic in alienatione bonorum, seu in iis, quae bona concernunt, arbitrium suum interponit. Tutoris tamen consensum etiam jure civ. ad sponsalia requiri verius est, cum hic et personae et moribus praesit §. 1. *j. de tut. l. quia personae* 14. *ff. de test. tut.* vid. Carpzov. *jurispr. eccles. l.* 2. *def.* 46. *n.* 3. *et seqq.* Si autem parentes pertinaciter resistant conjugio liberorum, nec consentire velint, causas dissensus sui in consistorio exprimere tenentur. vid. b. 28 29 30

Brunnem. *in jur. eccl. lib.* 2. *cap.* 16. §. 5. quae si praegnantes fuerint, ad consentiendum cogi nequeunt, Carpzov. *jurispr. eccl. l.* 2. *def.* 52. Sin secus, ad interponendum consensum cogi possunt a magistratu, vel magistratus eorum nomine consensum interponit. Fungitur enim tunc munere suo magistratus, cujus expletione parentes abuti animadvertit, prout elegantissime loquitur magnif. dn. Becmann. *in medit. polit. c. l.* Eadem quoque, quae hactenus de dissensu parentum dixi, etiam in dissensu curatorum observanda esse vult jus statut. *lib.* 3. *cap.* 1. §. 3. Non enim sufficit ad impediendum matrimonium curatorum dissensus, sed oportet, causas dissensus praegnantes esse, verb. *Die sich dessen aus wichtigen Ursachen verweigern.* Et Carpzov. *l.* 2. *def.* 48. dicit, si mater cum tutore in elocatione filiae convenire nequeant, arbitrio consistorii rem committendam esse. 31 32

Lustravimus hucusque, quam necessarius sit tutorum, curatorum et parentum consensus, sed, quid si liberi, neglecto hoc requisito, nuptias contrahunt et consummant, an illae subsistant, videbimus. Jure civili eas illegitimas fuisse diximus. Jure statut. de nuptiis talibus consummatis nihil dispositum reperimus. Eas tamen, praecipue si copula carnalis accesserit, subsistere moribus, docet Beust. *de sponsal. p.* 1. *c.* 14. Richter. *dec.* 8. *n.* 55. *et seqq.* dn. Brunnemann. *in repet. paratit. ad Wesenbec. de rit. nupt. quaest.* 10. Multa enim prohibentur ab initio fieri, quae tamen facta non rescinduntur. *cap. quemadmodum X. de jureju.* Castrens. *in l. si convenerit.* 36. *n.* 3. *ff. de* Panorm. *in c. significaverunt* 36. *n.* 11. *de test.* Harppr. *in* §. 3. *j. de excus. tut.* 33 34 35

Cum quoque ad matrimonium legitime contrahendum exigatur, ne consanguinitatis vel affinitatis vinculo juncti invicem copulentur, leges gradus quosdam introduxere, secundum quos omnis consanguinitas vel affinitas dijudicanda. Circa eos vero, quomodo tam jure civ. quam canon. computandi sint, cum jam satis perspicue deductum sit a Carpz. *in arbor. consangu.* nos hic non morabimur. Illud tamen notandum moribus hodiernis in nuptiis incundis non observari computationem juris civ. sed canon. Joach. a Beust. *de sponsal. part.* 2. *cap.* 15. Carpzov. *jurispr. eccles. lib.* 2. *def.* 75. *n.* 14. Kitzel. *syn. matrimon. c.* 3. *theor.* 7. *lit. f.* Vi cujus matrimonium olim prohibitum fuit, usque ad gradum septimum *can.* 7. 16. 19. 41. *c.* 35. *quaest.* 2. quod tamen postea mutatum, et Innocentius III. pontifex matrimonium inire prohibuit usque ad quartum gradum inclusive *c.* 8. *et* 9. *x. de consang.* Sed hanc computationem non ubivis observari, diversorum locorum statuta testantur. Quod jus nostrum statut. attinet, id tam a jure canon. quam a jure civ. recedit, et mediam viam tenens, matrimonium usque ad tertium gradum lineae aequalis exclusive prohibet vid. *l.* 3. *c.* 1. §. 5. In quo *jur. saxon.* correspondet. v. Carpzov. *jurispr. eccles. lib.* 2. *def.* 84. modo non respectus parentelae concurrat, nam hic casus semper exceptus Carpzov. *d. l.* 2. *def.* 77. Imo aliquoties matrimonium etiam in tertio gradu lineae inaequalis in civitate nostra, dispensatione tamen a consistorio impetrata, initum fuisse meminimus. 36 37 38 39 40 41 42 43

Ast, quid si matrimonium in gradu prohibito contractum an illud rescindendum, quaeritur? Quod cum Carpzov. *jurispr. eccl. l.* 2. *def.* 83. *n.* 1. *et* 44

seqq. negandum putamus, probatque idem *c. l. ex Levit.* 20. ubi Moses vetat quidem, matrimonia in gradu prohibito iniri, attamen de facto contracta et consummata non dissolvit, sed tantummodo poenam ad-
45 dit. Cum quo convenit jus statut. rigens. *alleg.* §. 5. ubi transgressoribus severa poena dictatur, nulla fa-
46 cta mentione dissolutionis. Notandum tamen, matrimonium inter ascendentes et descendentes consummatum, quovis tempore dissolvendum esse Carpz. *d. def.* 2.

47 Computationem graduum quoad affinitatem quod attinet, jur. civ. de ea nihil dispositum, cum eo jure gradus affinitatis nulli dentur *l.* 4. §. 5. *ff. de grad. affin.* Affines enim ab invicem non generantur. Cessante ve o generatione, cessant etiam gradus jur. civ. §. 7. *j. de grad. cogn.* Imo jus civile gradus potissimum numerat ob successionem, quae tamen inter af-
48 fines cessat. De hac autem, cum nihil plane in jure statut. dispositum reperimus, sequimur juris can. dispositionem, quod ad similitudinem consanguinitatis
49 gradus aliquos affinitatis formavit Carpz. *jurispr. eccl. lib.* 2. *def.* 88. *n.* 10. ita ut immota ac firma stet regula: *gradus prohibiti ratione sanguinis, prohibiti quoque ratione affinitatis*, idque omni de jure civili canon. et municipali Carpzov. *d. def. n.* 13. hoc ita generaliter statuente.

50 Dissolvuntur autem matrimonia legitime contracta per mortem naturalem, ubi conjux superstes tuto ac bona conscientia ad secundas convolare potest nuptias, Balduin. *in casibus conscient. l.* 4. *c.* 13. *cas.* 3. Hunnius *in comment. super Matth. c.* 19. Hen. Arnis. *de jure connubior. cap.* 5. *sect.* 3. Speckhan. *cent.* 2.
51 *quaest. jur. class.* 2. *qu.* 1. Quod idem et de jure civili licere non obscure patet ex *l. liberorum.* 11. §. *Pomponius.* 2. *ff. de his qui not. inf. et t. t. c. de secundis nupt.* Integrum tamen annum expectare debet vidua, priusquam ad secundas convolet nuptias, nisi incommoda maxima subire, et inter alia infamiae notam incurrere velit *per d. l. liberorum.* 11. *et l.* 2. *c. de secundis nupt.* ne scilicet seminis fiat confusio *d. l.* 11. et publica laedatur honestas Henr. Arnis. *de*
52 *jure connub. c.* 5. *sect.* 4. *n.* 8. Jus canonicum vero liberam nubendi facultatem concedit viduae quovis tempore *per can. Euphemium caus.* 2. *qu.* 3. *cap. super illa x. de secund. nupt. et cap. ult. x. eod.*
53 Jure civili hac in parte praerogativam prae jur. can. tribuendam esse, non immerito defendit Carpz. *in jurispr. eccles. lib.* 2. *def.* 159. nisi certo constet, viduam ex priori marito uterum non gerere, sic enim
54 dispensationi locus. Viri tamen, cum in iis nulla confusio metuenda, nulla lege uxores lugere compelluntur, a secundis nuptiis nihilominus abstinere tenentur, publica id suadente honestate, Carpzov. *d. lib.* 2. *def.* 160. ubi simul legem prohibitivam in provinciis electoratus saxon. subjungit.

55 Jus statut. rig. quoad secundas nuptias ineundas nihil speciale constituit. In eo tamen tam a jure civili, quam a jure canonico recedit, dum disponit, quod neque viro, neque viduae matrimonium secundum contrahere liceat, priusquam cum liberis, ex priori matrimonio natis, diviserit bona. conf. Jus
56 stat. *l.* 4. *c.* 4. §. 1. *et* 5. Illudque beneficio inventarii, liberis, senatui et curatoribus oblati, faciendum *d.* §. 5. Quod secus jur. civil. ubi pater nunquam obligari potest ad inventarium liberis edendum. Beesserus *de rat. reddend. loc.* 1. *n.* 76. Franc. Caldus *ad l. si curatorem verb. laesis. c. de in integr. restitut. n.* 134. Quae si negligantur, interdicitur ipsis 57
denunciatio evangelica. vid. jus stat. *c. l.* Quoad hanc separationem convenit jus stat. rig. cum j. lub. In eo tamen differt, quod juxta nostra statuta de necessitate bona sint dividenda, secus jure lub. vid. Mev. *ad d. jus l.* 2. *tit.* 2. *art.* 33. *n.* 84. *et* 85. Praeterea jure nostro liberis separandis portio certa assignata. *jus lubec.* quantitas illa incerta maximasque lites creat v. Mev. *d. l.* 2. *tit.* 1. *art.* 6. §. 48. Et quamvis iniqui- 58
tate aliqua laborare statuta, separationem talem urgentia, videantur, ab ea tamen illa absolvit Mev. *d. l.* 2. *tit.* 2. *art.* 2. *n.* 8. *et seqq.*

Cum igitur secundae nuptiae absque separatione, 59
uti dictum, contrahi nequeant, paucis, quomodo ea instituenda, hic videbimus. Est autem separatio actus, quo coram senatu, cum consensu tutorum et propinquorum, liberis beneficio inventarii certa portio a parentibus assignatur, et hi ita in futurum a successione excluduntur, quae portio assignata dici solet *Ein Auspruch*, conf. du. Praeses *vol.* 2. *disput.* 19. *cap.* 4. *n.* 35. Diximus, certam portionem a parentibus li- 60
beris assignandam esse, quam, ut eo melius proponamus, quatuor casus distinguendi veniunt juxta jus statut. *l.* 4. *c.* 4. Utrum vir, utrum uxor decedat? an unus, an plures ex liberis superstites sint? Si 61
uxor decedat, relicto marito et uno ex liberis, maritus ad secundas nuptias transvolans, infanti tertiam partem omnium bonorum in praesentia propinquorum et curatorum assignare tenetur, duas partes sibi reservando *d. c.* 4. §. 1. Si vir obeat, superstite vidua, 62
et ex ea progenito infante, omnia bona aequaliter dividuntur, et quaevis capit dimidiam partem. §. 2. Si 63
uxor decedat, relictis pluribus, praeter unum, liberis, bona dividuntur in duas partes, unam capit maritus, alteram liberi §. 3. Si vir moriatur, relicta 64
conjuge et pluribus liberis, vidua tertiam, liberi vero duas partes sibi vindicant §. 4. Quae singula locum 65
tunc demum obtinent, si conjux superstes secunda inire desideret vota. Quod si vero mulier nubere nolit, ad separationem cogi nequit *per d. l.* 4. *c.* 5. §. 1. modo familiae cum consensu liberorum et propinquorum praesit. Qui §. licet de sola vidua loquatur, ad 66
viduum quoque ob generalitatem *dict.* §. 1. merito extendendus est. Omnibus ergo bonis fruitur cum li- 67
beris viduus vel vidua in eo statu permanens. Ex quo luculenter satis patet, communionem bonorum inter conjuges jure statutario introductam esse, quae juri civ. plane incognita est, in quo convenire videntur statuta nostra *cum jure lubec.* quam communionem tamen admodum anomalam ac impropriam esse dicit Mev. *ad jus lub. l.* 1. *t.* 5. *art.* 5. *n.* 25.

Praeterea dirimitur matrimonium divortio, cujus 68
causae jure civili variae fuere *t. t. ff. et c. de divort. nov.* 22. *cap.* 4. *et* 5. Moribus tamen hodiernis duae 69
tantum receptae, adulterium scil. *can.* 19. *caus.* 32. *quaest.* 5. *et can. dixit dominus.* 2. *caus.* 32. *quaest.* 1. *cap.* 1. *significasti.* 4. *et cap. ex literis.* 5. X. *de divort.* et malitiosa desertio *nov.* 22. *cap.* 4. 1. *Corinth.* 7. vid. Strauch. *ad jus justin. dissert.* 2. *th.* 26. In quibus 70
casibus, processu legitime instituto, parti innocenti libera facultas aliud matrimonium contrahendi conce-

ditur. Beust. *matrim. c.* 24. Hackelm. *illustr. disp.* 14. *th.* 11. *arg. cap. perlatam.* 9. X. *de fil. legit.* Quomodo vero processus desertionis legitime instituendus, docet b. Brunn. *in jure eccles. l.* 2. *c.* 17. *th.* 27. Carpzov. *jurispr. eccl. lib.* 3. *def.* 58. *et seq.*

71 Captivitate quoque olim solvebatur matrimonium *l.* 1. *d. de divort. l.* 17. *l.* 12. §. 4. *de capt. et postlim.* Contrarium vero mores hodierni introduxere et subsistit conjugium, quousque de morte non constet. Quod et procedit, etiamsi quis a Turcis captus, quia ille ratione nostri servus non fit. Vid. dn. Praes. *dictata ad*

72 Strauch. *jus justin: d. distert.* 2. *th.* 28. Fustigatione cum perpetua relegatione, quae roman. deportationi comparatur, an tollatur matrimonium, hic subjungemus. Quod negandum esse putamus, cum causa minime sufficiens ad dissolutionem sit, et conjugum alter alterius casus particeps esse debeat *l.* 22. §. 7. *ff. de solut. matrim.* Hinc pars innocens nocentem relegatam sequi 73 tenetur, ad quod tamen non compellenda, sed ratio liberorum et familiae habenda Carpz. *prax. crim. quaest.* 130. *n.* 45. *et seq.* secundas nuptias tamen inire, 74 viva adhuc relegata, innocenti nullo modo permittitur, et ita *in consistorio rigens.* ante aliquot annos pronunciatum meminimus. In quibus, cum jus statut. nihil speciale constituat, hic acquiescimus.

CAPUT IV.

De tutela et curatela.

SUMMARIA

Connexio. n. 1.
Tutelae divisio. n. 2.
Testamentaria est praeferenda. n. 3.
Ejusdem definitio. n. 4.
In imperfecto testamento non valet tutoris datio n. 5. 6. 7.
Different. jur. civ. et stat. n. 8.
Mater jur. civ. liberis tutorem dare nequit. n. 9.
Differentia jur. civ. et stat. n. 10. 11.
Qui tutores dari possint? n. 12.
Civis ex altera civitate testamento tutor dari potest. n. 13.
Differentia jur. civ. et statut. n. 24
Legitima tutela immediate refertur agnatis. n. 14.
Differentia jur. civ. et statut. n. 15.
Deferebatur olim solis agnatis, exclusis cognatis, quae differentia hd. subl. n. 16.
Jur. statut. convenientia. n. 17.
Defertur solis masculis excepta matre et avia n. 19.
Mater et avia jur. stat. rig. etiam tutelam admittenda n. 20.
Defertur quoque patri. n. 21.
Concordat jus statut. n. 22.
Licet liberi sint separati. n. 23.
Tutelae dativae definitio. n. 24.
Quinam dari possint tutores? n. 25.
Excipiuntur, milites, debitores. n. 27. *et seq.*
Ad quae obligetur tutor? n. 30.
Actus, magistratus et tutoris auctoritate gestus, quomodo irrevocabilis? n. 31.
Quomodo finiatur tutela? n. 33.
Moribus continuatur tutela cum curatela. n. 34.
Curatelae definitio. n. 35.
Jur. civ. et statut. consonantia. n. 36.
Quibus dentur curatores? n. 37.
Different. jur. civ. et statut. n. 38. *et seq.*
Minor sine curatoris consensu contrahere nequit. n. 40. *et seq.*
Minor hujus consensum tantum in actibus inter vivos, non autem in ultima voluntate adhibet. n. 41.
Differ. jur. civ. et stat. n. 42.
Alia differentia. n. 43.
Alia differentia. n. 44. *et seq.*
Quomodo finitur curatoris officium? n. 46.

Hactenus de personis alieni juris, sequuntur sui ju- 1
ris, quae *juxta imperat. pr. j. de tut.* sunt vel in tutela, vel in curatione, quaedam neutro jure tenentur. Videamus itaque de his, quae in tutela vel curatione sunt. Quod tutelam attinet, defertur illa vel testamento, 2
vel lege, vel a magistratu. Hinc triplex quoque tutela, testamentaria, legitima et dativa. Primo ergo 3
omnium loco ponenda testamentaria, cum provisio hominis faciat cessare provisionem legis *nov.* 22. *c.* 2. *et l. fin. c. de pact. conv.* Est vero testamentaria tu- 4
tela quando parentes liberis impuberibus, in potestate constitutis §. 3. *i. de tut.* testamento vel codicillis testamento confirmatis *l.* 3. *princ. ff. de test. tut.* constituunt tutores. In imperfecta enim, seu non so- 5
lemni ultima voluntate, non valet tutoris datio, nisi accesserit judicis confirmatio *l.* 2. *c. de confirm. tut.* Quod et ad testamentum patris inter liberos extendunt, 6
ut nec ibi valeat sine confirmatione Siehardus *ad l.* 21. §. *imperf. c. de test.* Carpzov. *l.* 2. *resp.* 85. *n.* 7. *et seqq.* Quod secus in testamento perfecto, ubi tutor nul- 7
la indiget confirmatione Franc. Nigr. Cyriac. *lib.* 2. *contr.* 280. *n.* 20. licet jure imperii id necessarium videatur *per reform. pol. de anno* 1577. *tit.* 32. ubi generatim exigitur magistratus decretum.

Diversum obtinet jur. statut. rig. *l.* 3. *c.* 4. §. 2. ubi 8
simpliciter parentibus, etiam sine testamento, conceditur facultas liberis suis tutores constituendi, neque exigitur ulla confirmatio judicis *d. c.* 4. §. 2.

Diximus de jure civil. eum tantum tutorem dare pos- 9
se, qui liberos in potestate habet, qua ratione excluditur mater, nisi eos simul haeredes instituere velit *per l. pater.* 4. *ff. de test. tut.* et magistratus praevia inquisitione eos confirmet. *d. l.* 4. *l.* 69. §. 2. *de leg.* 2. *l.* 2. *c. de conf. tut.* Quae specialia tamen non attendit jus 10
statut. rig. c. l. ubi simpliciter etiam matri tutorem constituendi potestatem concedit, quod verba generalia: *Wenn einer oder beyde Eltern etc.* perspicue satis indi- 11
cant, qui nec confirmatione indiget, cum simpliciter dicatur *d.* §. 2. *Die sollen Vormünder seyn.*

Tutores dari possunt omnes, cum quibus est testa- 12
menti factio *l.* 21. *ff. de test. tutel.* sive patres sive filiifamilias *princip. i. qui tut. dar. poss. l. Lucius* 21. *de administrand. tut.* Et quamvis de jure civil. testator al- 13
terius civitatis civem tutorem testamento dare possit *l.* 32. *ff. de testam. tut.* illud tamen non admittit jus

statut. rig. in quo constitutum, ut nemo ad tutelam vocetur, nisi sit civis vel incola, qui contributiones praestat aliaque onera fert. vid. stat. rigens. *lib.* 3. *cap.* 4. §. 6. Ergo et testatori facultas denegata videtur.

14 Haec testamentaria tutela deficiente locus fit legitimae, qua immediate citra factum hominis proximo agnato tutela defertur, illudque ex aequissima hac ratione *in l.* 1. *princ. ff. de legit. tut.* alleg. ut, *ad quem successionis spectet commodum, ad eum etiam onus*
15 *tutelae.* In quo tamen differt jus statut. rig. *d. lib.* 3. *c.* 4. §. 2. ubi tunc demum proximi agnati vel cognati admittuntur, si a senatu ad tutelam suscipiendam electi: adeo, ut juxta dicta statuta ita concinnanda regula: *cuicumque proximo agnato senatus tutelam de-*
16 *fert, ille tutor. est.* Deferebat hanc olim l. XII. tabb. solis agnatis, exclusis cognatis, sed hodie sublata, tam quoad successionem, quam quoad tutelam, differentia inter agnatos et cognatos *per nov.* 118. *cap.* 5. utri-
17 que ea deferri potest. Cum quo conveniri videntur stat. rigens; *c. l.* ubi simpliciter vocabulum *die Anverwandten* habetur sub quo et agnati et cognati communi-
18 ter venire solent. Exceptio tamen adhuc hodienum quoad bona feudalia obtinet, ubi soli agnati tutores, quia soli successores. vid. b. Brunnemannus *in comment. ad auth. sicut. c. de legitim. tutor.*

19 Et quidem masculis tantum, non foeminis *l.* 2. *ff. d. r. i.* matre et avia exceptis *l.* 2. 3. *quand. mulier. nov.* 22. *cap.* 46. *nov.* 115. *c.* 5. Quae tutelam non vi successionis, sed ex praesumpta singulari pietate et affectione erga liberos suscipiunt Decius *consil.* 16. *n.*
20 1. *et seqq.* Cornaeus *l.* 3. *consil.* 101. An autem jur. stat. rig. mater et avia ad tutelam admittantur, dubito: cum ipsemet curatoribus in multis negotiis expediendis indigeant. Verum, cum idem jure saxon. obtineat. et tamen mater ad tutelam vocetur, Carpz. *p.* 2. *c.* 11. *d.* 11. *n.* 7. nec jure rigensi eam excludendam existimo.

21 Vocatur praeterea ad legitimam tutelam ipse pater *t. t. i. de legitima parent. tut.* hinc et in foro, quando pater nomine filii respectu bonorum maternorum agit, dici solet: *Es erscheinet Titius in natürl. Vormundschafft seines Sohnes* vid. Dn. Praes. *in annot.*
22 *ad d. tit. inst.* Cui respondet jus nostrum statut. *lib.* 3. *cap.* 4. §. 1. ubi permittitur, ut quivis honestus et prudens vir, ipse tutor suorum liberorum esse possit.
23 Sed, si liberi separati, num et tunc pater ad tutelam admittendus? Quod utique affirmandum *per expressum textum* in stat. nost. *lib.* 4. *c.* 4. §. 3. Separatio enim effectum patriae potestatis minime tollit.

24 Demum succedit tutela dativa, quam magistratus constituit §. 4. *i. de Attil. tut.* idque vel ex officio, vel ad petitionem eorum, qui successionem sperant *l.* 8. *c. qui pet. tut. l.* 2. §. 2. *ff. eod. l.* 2. §. *si mater.*
25 23. *et seqq. ad sct. tertull.* §. 6. *i. eod.* Dari vero possunt omnes, qui judicis dantis jurisdictioni subsunt *l.* 3. *ff. de tut. et curat. dat. l.* 5. *c. qui dar. tut. l.* 1. *in*
26 *f. de tut. et cur. dat.* §. 4. *i. de attil. tut.* non autem extranei, nisi aeque idonei non sint domi Wesenb. *part.* 1. *consil.* 35. *n.* 17. cum quo convenit jus. rig. *d.* §. 6. ubi tutoris officium suscipere debent cives h.
27 e. magistratus seu senatus jurisdictioni subjecti. Excipiuntur jure comm. milites *l.* 4. *c. qui dar. tut. l. curat.* Creditores ob metum, ne apochas semel forsan solutae pecuniae probationem, intercipiant atque suppri-

mant *nov.* 72. *c.* 4. *auth. minoris c. qui dar. tut. l. cur.* Imo et debitores pupilli, ne unum capiant chi- 28
rographa, instrumenta, aut alias probationes subtrahendi *d. nov.* 72. *c.* 1. Guttieretz. *de tut. et curat. part.* 1. *c.* 20. *n.* 2. *et seq.* Rol. a Valle. *lib.* 1. *cons.* 183. *n.* 4. *conf.* Strauch. *jus. justinian. dissert.* 5. *th.* 14. In quibus casibus tamen etiam tam creditores, quam 29
debitores interdum admittantur, exhibet Carpzov. *part.* 3. *decis.* 19.

Delatam itaque atque legitime susceptam tutelam se- 30
quitur ejus administratio, ubi obligatur tutor, ut recte tum personam pupilli gubernet, tum etiam res ejus administret, v. *t. t. de administr. tut.* omniaque ad pupilli utilitatem dirigat Mev. *p.* 3. *decis.* 32. *n.* 4. *et decis.* 189. *n.* 10. deinde negotiis pupilli assistat, seu auctoritatem pupillo praestet vid. *t. t. ff. et inst. de auctorit. tut.* X. Et quamvis jur. stat. rig. *d. l. c.* 4. 31
§. *ult.* actus, accedente magistratus et tutoris auctoritate gesti, pro validis et irrevocabilibus pronuncientur, non tamen puto, hic excludenda esse remedia, quae jur. comm. etiam ipsis majorennibus patent, unde tali casu, si enormis laesio concurreret, non denegandum esset minoribus remedium *l.* 2. *c. de rescind. vendit.* Decretum enim magistratus excludit, quidem laesionis praesumptionem, non tamen ipsam laesionem. Plura hic, quoad administrationem tutelae, ex jure no- 32
stro statut. allegare non licet, cum tutorum instructio rigensis *die Vormunds-Ordnung a.* 1591. revisa, et publici juris facta, cujus mentio fit in statutis *d. c.* 4. §. 2. mihi ad manus non sit.

Finitur tandem tutela pubertate pupillorum *pr. i* 33
quib. mod. tut. fin. morte vel tutoris, vel pupilli §. 3. *i. d. t.* capitis diminutione *d.* §. 30. remotione suspecti §. *ult. d. t.* Circa haec, cum nihil plane jus statut. proponat, nos soliciti non erimus. Finitam tutelam ex- 34
cipit curatela: moribus vero plerorumque locorum continuatur potius cum tutela curatela; ita, ut ille, qui tutor fuit, et curator esse debeat, negotiaque coepta continuare, donec ad plenam pubertatem pupillus pervenerit. Est vero curatela, quando ob aetatem curato- 35
res dantur minoribus, donec ad XXVI. aetatis annum pervenerint, non tamen invitis, praeterquam in litem §. 2. *i. de curat. l.* 13. §. *f. ff. de tut. dat. l.* 2. §. 5. *ff. qui pet. tut. l.* 6. *c. eod. l.* 2. *c. qui legit. person. stand.* Et quamvis per ll. imperii, etiam invitis curatorem dari 36
posse, non obscurum sit *ex reform. polit. d. anno* 1577. *tit.* 32. Statuta tamen rigens. *lib.* 3. *d. c.* §. 5. cum jur. rom. conveniunt, ubi minoribus, qui sobrie res suas administrant, curator non datur, sed tantum res suas perdentibus. Datur quoq; curator ob vitium 37
animi ex l. XII. tabb. furiosis, et qui ipsi rebus suis praeesse nequeunt §. 3. *et* 4. *i. de curat.* cum quo convenit jus nostr. stat. *d. lib. c.* 4. §. 3. Et cum de jure 38
civili, ob spem successionis, furiosorum tutela ipso jure deferatur ad proximos agnatos, Donell. *l.* 3. *c.* 19. Strauch. *ad jus just. in dissert.* 5. §. 33. *in fin.* ita, ut eadem ratione, qua in tutela, proximus in successione, proximus sit in curatela: fallit tamen hoc, 39
quoad statut. rigens. *lib.* 3. *cap.* 4. §. 3. ubi quidem et proximi agnati curatores esse permittuntur. sed non ipso jure, verum eligente et curatelam deferente magistratu, quod verba dicti §. *sollen vorgesetzen werden* indicant.

Porro cum officium curatoris sit, ut bona admini- 40

stret minorennium, non licebit minori sine consensu curatoris, quam habet, contrahere *l.* 3. *c. de in integr. restitut. l.* 16. *de minor.* Quamvis in iis casibus, in quibus conditionem suam meliorem reddere possit, consensum curatoris exigere non teneatur. Non enim ipsi cedere debet in nocumentum, quod in illius favorem introductum *per l. quod favore* 6. *c. de ll.* Sed hunc consensum minor tantum in contractibus, seu actibus inter vivos adhibere tenetur, quod si vero in testamento minor de bonis suis disponere velit, libera facultas, modo 14. sit annorum, ei conceditur Wesenb. *part.* 3. *cons.* 107. *n.* 25. In quo tamen differt jus statut. *l.* 3. *c.* 4. §. 4. ubi etiam in ipso testamento minor 18. ann. et puella 14. ann. curatoris consensum exigere tenetur, de quo cap. 6. pluribus agemus. Neque de jure civili in incundis nuptiis curatorum consensus requiritur, quod secus jure stat. *uti dictum cap. praeced.* Neque jure civil. curatores mulieribus, in judicio rem suam persequentibus, adstare debent, jure statut. tamen sine iis mulier non admittitur vid. stat. rig. *l.* 2. *c.* 6. §. 2. de quo pluribus *cap. ult.* nobis agendum erit.

41 42 43 44 45 46

Finitur curatoris officium, quoad minores, cum hi ad eam aetatem pervenerint, ut sibi bonisque suis sufficienter consulere possint, vel si veniam aetatis a principe impetraverint *t. t. c. de his, qui ven. aetat. etc.* Quoad furiosos, si sanitatem receperint, de quo tamen cognoscere et decernere debet judex seu praetor, vid. Sande *de probat. rer. alien. part.* 2. *c.* 1. *n.* 7. Vinn. *de pact. c.* 4. *n.* 11. Plura subjungere, cum statuta speciale nihil proponant, hic necesse non erit.

CAPUT V.

De acquirendo rerum dominio.

SUMMARIA.

Connexio. n. 1.
Quid rei nomine veniat? n. 2.
Res quotupliciter sumatur? n. 3.
Quibus modis dominium acquiratur? n. 4.
Recensentur occupationis species. n. 5.
An res inventae inventoris fiant? n. 6. *et seq.*
Res inventa, si de domino non constet, cui adjudicanda? n. 11.
Res in mari ejectae, ad quem pertineant? n. 12. *et seq.*
Differ. jur. civ. et statut. n. 14. *et seq.*
Traditione transfertur dominium. n. 19.
Jur. stat. requiritur judicialis assignatio. n. 20.
Effectus hujus assignationis. n. 21.
Modi acquirendi de jur. civ. n. 22. *et seq.*
Usucapionis definitio. n. 24.
Tempora praescriptionum, tam jur. civ. quam statut. n. 25. *et seq.*
Differ. jur. civ. et stat. n. 31. *et seq.*
De donatione. n. 34.
Differ. jur. civ. et stat. n. 35. *et seq.*
An donatio, quam mulier morti vicina facit, donatio m. c. dici possit? n. 39.
De donatione inter vivos. n. 40.
Differ. jur. civ. et stat. n. 41.
Pater filiam dotare tenetur. n. 43.
Differ. jur. civ. et stat. n. 44.
Quae res in dotem dari possint jur. civ.? n. 45.
Quae jur. statut.? n. 46.
Fidejussor pro solvenda dote intervenire potest. n. 47.
Fidejussor talis intra biennium conveniendus jur. statut. n. 48.
Fidejussor pro restituenda dote intervenire nequit. n. 49.
Limit. n. 50.
Quae actio uxori pro repetenda dote competat? n. 51. *et seq.*
Jur. civ. et statut. differ. n. 52.
Morgengabae definitio. n. 54.
Ejus quantitas. n. 55.
Quae mulieri observanda? n. 56.
In concursu creditorum quo loco haec collocanda? num. 57.
Mulier eam capit pleno jure. n. 58.
Morgengabae commodum et incommodum. n. 60.
An haec statut. constitutio per pacta mutari possit? n. 61. *et seq.*
De acquisitione incorporalium aliarumque rerum remissive. n. 66.

De jure personarum hucusque egimus. Perlustremus nunc, quid obtineat ratione rerum. Est enim res secundum juris objectum *l.* 1. *ff. de statut. homin.* vel potius alterum membrum, circa quod se exerunt negotia civilia, justitiae regulis applicanda. Ejus nomine vero hic venit omne id, quod sui natura habile est, ut possit in bonis nostris esse. licet ob certam qualitatem non semper in iis sit *l.* 5. *de v. s.* vid: dn. D. Hoppe *exam instit. imperial. l.* 2. *tit.* 1. *quaest.* 2. Hoc jus rerum sumitur communiter dupliciter, vel quatenus est in re, vel quatenus est ad rem. Jus in re est, ubi res ipsa nobis devincta, non vero persona, nisi quatenus eamdem rem possidet vel detinet. Cujus species vid. apud Struv. *in syntagm. jur. civ. exerc.* 3. *th.* 88. De jure vero ad rem, commodius cap. 7. agi licebit. 1 2 3

Acquiritur nobis jus in re, seu dominium, modis ad illud transferendum habilibus, qui alii sunt jure gent. alii jure civ. modi transferentes dominium jure gent. referri possunt ad occupationem, accessionem et traditionem. Qui priores duo modi Grotio *de j. b. et p. l.* 2. *c.* 3. *th.* 1. dicuntur originarii, posterior vero derivativus, conf. Puffendorff. *de i. nat. et gent. l.* 4. *cap.* 6. §. 1. Occupationis tres constitutae species, Venatio §. 12. *i. de r. d.* captivitas, §. 17. et inventio §. 18. *d. t.* De duobus prioribus speciebus jura statut. nihil speciale proponunt, hinc eas juris civil. dispositioni relinquimus. 4 5

Quod tertiam attinet, inventionem sc. acquirebantur vi hujus olim lapilli, gemmae, et caetera, quae in littore maris reperiebantur §. 18. *i. d. r. d. l.* 1. §. *de acquir. vel amitt. possess.* Hodie vero, uti jus in littoribus quodammodo ad regalia refertur, vid. Stypmann. *de jure marit. part.* 2. *c.* 4. *num.* 111. et 6 7

Struv. *syntagm. jur. feud. cap.* 6. *aphor.* 7. *n.* 11. ita etiam ea, quae in littoribus apprehenduntur, causamque hujus exactissimam reddit Grot. *de j. b. et p. lib.* 2.
8 *cap.* 8. *th.* 5. Et clarissimum exemplum extat in Borussia, quoad succinum. vid. *Preuss. Land. r. lib.* 3. *tit.* 1. *art.* 3. §. 3. Aliae vero res inventae, etiamsi de domino non constet, non statim inventoris fiunt, *per* §. 47. *j. de rerum divis.* cum incertum, an pro derelicto habitae, et in dubio nemo praesumatur rem suam jactasse, per *l. cum de indebito* 25. *pr. ff. de*
9 *probat.* Francisc. Marc. *decis. tom.* 1. *quaest.* 1125. *n.* 1. Imo, si inventor talem rem repertam lucri causa detineat, furtum committit, licet rei dominus ignotus *per l.* 43. §. 4. *ff. de furt.* Nam, si quid invenisti, et non reddidisti, rapuisti, ut loquitur pontifex *in can. si quid caus.* 14. *qu.* 5. Cum quo convenit jus statut. rigens. *lib.* 3. *cap.* 17. ubi expresse dicitur,
10 *waere er vor einen ungerechten Mann zu halten.* Re itaque inventa, publice, vel juxta nostra statuta, praetori id significandum, ut dominus, qui rem amisit, ejus notitiam consequi, et qualitate rei prius descripta, eam sibi vindicare possit. Tabor *de furtis racem.* 2. *th.* 36. Obligatur enim is, qui rem alienam in sua potestate habet, efficere, quantum in se est, ut in veri domini potestatem rursus veniat. Grot. *de j. b.*
11 *et p. lib.* 2. *cap.* 10. *th.* 1. *n.* 2. Cui vero res illa, si dominus eam non repetat, adjudicanda? Jure statut. rig. nihil haec de re decisum. Pauperibus eam distribuendam esse volunt *can. fin. caus.* 14. *quaest.* 5. *Auth. omnes peregrini, c. commun. de success.* Molina *de j. et j. tr.* 2. *disp.* 53. *n.* 7. Gomez. *tom.* 3. *resolut. c.* 5. *n.* 2. Jure sax. duas partes capit fiscus, tertiam inventor, Carpz. *part.* 2. *const.* 3. *def.* 15. *n.* 7. *et part.* 3. *const.* 31. *def.* 18.

Cum de inventione hic agimus, brevibus subjiciemus, ad quem res, navis levandae causa ejectae, pertineant.
12 De jure civil. certum est, nullum jus inventori in iis acquiri, cum voluntas domini, rem pro derelicto habendi, cessat, quae alias necessaria, *per* §. 47. *de r. d.* Nemo enim in necessitatibus liberalis praesumitur
13 *l.* 18. *ff. de adim. l. transfer. leg.* Attendendum tamen jur. civ. utrum in medio vastissimi maris res ejectae, ubi cum praesumatur animus derelinquendi Menoch. *lib.* 5. *praesumpt.* 30. *n.* 18. non immerito res inventori adjudicanda erit, et ita explicanda *l.* 43. §. *pen. ff. de furt.* vid. dn. Praesid. *annot. ad*
14 §. 47. *j. de r. d.* In quo tamen dissentiunt statut. rig. quae nulla bona naufragorum, quocumque loco ejecta fuerint, inventori tribuunt: Ευρετρον tamen, seu inventionis praemium ei concedunt, hac sub conditione, ut, si res ejecta in littore inventa et a vero domino, rei qualitate descripta, repetita fuerit, inventori ae-
15 quum concedatur praemium. Quod si vero res in me-
16 dio maris, ubi profunditas explorari non potest, capiatur, capienti quarta pars adjudicatur, vid. statut. rig. *lib.* 5. *c.* 5. §. 5. Quoad dictum ευρεθρον statut. nostra rursus differunt a jure civ. ubi inventori non licet praemium poscere, oblatum tamen acceptare, non prohibetur, *l.* 43. §. *ff. de furt.* conf. *l.* 15. *de p. v.* nisi in rem inveniendam operam impenderit. Qua poena vero illi, qui res ex naufragio ablatas celant, affi-
17 ciendi, vid. *l.* 18. *cum auth. navigia*, et ibi Sichardus *c. de furt.* jur. stat. rigens. furibus aequiparantur *d.* §.
18 5. et sic simili quoque cum furibus poenae subjacebunt.

De altero modo acquirendi, accessione sc. cum jur. 19
stat. nihil speciale sibi constitnere, in dispositione jur. civ. acquiescentes, ad tertium modum acquirendi, traditionem nos conferimus: vi cujus res corporalis ab illo, qui jus et animum habet transferendi ex justa causa, in accipientem transfertur, §. *j.* 40. *d. t.* Si itaque juxta hujus definitionis requisita res tradatur, semper plenissime transfertur dominium, *per l. traditionibus* 20. *c. de pact.* Nihil enim naturali aequitati magis conveniens, monente imperat. *d.* §. 40. quam 20
voluntatem domini ratam haberi. Jure nostro statut. sola traditio non semper sufficit, sed distinguendum, utrum res mobilis, utrum immobilis tradatur. Ad illius dominium transferendum sufficit nuda traditio, illa vero seu res immobilis, judicialem assignationem, *die Gerichtliche Auflassung*, requirit, v. jus stat. *l.* 3. *c.* 11. §. 6. quae jur. civ. plane incognita, et hac in parte ab eo differt, convenit tamen cum jur. sax. 21
vid. Carpz. *in proc. t.* 25. *art.* 5. *n.* 40. Effectus hujus judicialis assignationis quoque insignis est, dum anno et die a facta assignatione praeterlapso, emens plane securus, adeo, ut res ipsi nullo modo amplius evinci possit. *d.* §. 6. stat. rig.

Et haec de modis acquirendi jure gentium sufficiant. 22
jure civ. sunt vel universales vel singulares §. *fin. j. per quas pers. cuique acquir.* Illius quatuor constituun- 23
tur species: haereditas, bonorum possessio, arrogatio et addictio bonorum libertatis causa, *d.* §. *f.* Hujus itidem quatuor: usucapio, donatio, legatum et fideicommissum. Usucapio est adjectio dominii, per con- 24
tinuationem possessionis temporis lege definiti *per l.* 3. *ff. de usurp.* Ratio hujus introductionis consistit partim in reipublicae utilitate, ne dominia rerum in incerto essent. *princ. j. de usucap. et praescript. l.* 1. *ff. d. t.* partim, quo dominorum negligentia puniatur, *l.* 28. *d. v. s.* Nos, missis usucapionum requisitis, utpote vulgo notis, et per statuta rigensia non mutatis, ad tempora praescriptionum nos conferimus.

Praescribuntur vero res mobiles triennio *pr. inst.* 25
d. t. l. un. c. de usucap. transform. res immobiles decennio, inter praesentes; inter absentes, vicennio *d. pr.* Praesens autem intelligitur qui in eadem provincia domicilium habet *l. fin. c. de praescript. long. temp.* vel hodie sub eodem judice Harpprecht. *ad j. d. t. n.* 6. vid. Bachov. ad Treutl. *vol.* 2. *disp.* 2. *th.* 4. *lit. h.* Quemadmodum vero jur. civ. tempus prae- 26
scriptionum maxime variat, ita, ut sit tridui *l.* 3. *c. de error. advocat.* 30. dierum *l.* 14. §. 4. *c. de non numer. pec.* unius anni *l.* 5. *c. de injur.* biennii *l. fin. c. de dol. mal. t. t. j. de liter. obligat.* quinquennii *l.* 8. §. *f. ff. de inoffic. testam.* vid. dn. Strauch. *ad jus justin. dissert.* 8. *th.* 21. et imo et 100. annorum in praescriptione immemoriali conf. dn. Praes. *Colleg. publ. de praescript. action.* Ita et nostro jure 27
statut. varia praescriptionum tempora constituta reperimus, ut unius noctis, in equo empto, addito solido *Gottes-Pfenning.* v. *lib.* 3. *cap.* 11. §. 3. biennii in fidejussore, qui pro dote solvenda intercessit, v. stat. rig. *l.* 3. *c.* 2. anni et diei, in re immobili vendita et judiciali assignatione confirmata vid. Statut. *l.* 11. *cap.* 11. §. 6. Jura realia, jure civ., ut servitutes, prae- 28
scribuntur longo tempore *l. pen. c. de servit.* In quibus jus nostrum statutarium nihil speciale habet. Quod 29
actiones tam reales quam personales praescribendas at- 30

tinet; reales praescribuntur jur. civ. decennio vel vi-
31 cennio *l.* 7. *c. de petit. haered.* Personales vero, et omnes illae reales, quae propter defectum bonae fidei et tituli non possunt longo tempore praescribi, ut et mixtae, longissimo praescribuntur, 30. sc. ann. *l. sicut* 3. *c. de praescript.* 30. *vel* 40. *ann.* Sic petitio haereditatis 30. demum annis praescribitur *d. l.* 7. Balb. *de praescript. p.* 4. *princ.* 4. vid. b. Brunnem. *in com-*
32 *ment. ad d. l.* 7. In quo tamen differt jus nostrum stat. ubi huic actioni intra annum praescribitur: Nam *in lib.* 4. *cap.* 7. praecipitur, ut omnis haereditas; sub civitatis jurisdictione sita, intra annum petatur, eo vero praeterlapso, jure caduci a civitate vindicari pos-
33 sit. Diximus, actioni personal. jure civ. praescribi 30. annis. Sed contrarium jura rigens. recepere *lib.* 3. *cap.* 6. §. 3. ubi debitum ex modo chirographo, vel rationibus, post mortem debitoris, intra annum et diem, ab haeredibus petendum, quo elapso, creditor non amplius auditur. Nisi docere possit, se ob amicitiam haeredes convenire noluisse *d.* §. 2. Et *d. cap.* 6. §. 3. disponunt statuta, ut, si quis exteri cujusdam defuncti haeredes, in civitate rig. viventes, *wegen einer Wiederlage einer geführten Societaet halber, oder auch umb einer Brüderl. Erbschichtung*, convenire velit, ille intra dimidii anni et diei spatium per judiciale instrumentum, ex civitate, in qua uterque natus, justitiam causae probare debeat, quo termino neglecto, defuncti haeredes itidem ab omni conventione liberantur.

34 Alter modus acquirendi singularis de jur. civ. est donatio, *pr. j. de donat.* qua juxta Zoes. *ad tit. de donat. n.* 33. quis, nullo jure cogente, ex sola animi benig-
35 nitate alteri quid promittit vel remittit. Est vero donandi licentia jure civili libera, praesertim si mortis
36 causa fiat. At jure statut. rig. facultas haec donandi strictioribus limitibus circumscripta et nimium a jure civ. recedit. Non enim licet aut per legata, aut in testamento relinquere res immobiles haereditarias, vid. *lib.* 3. *cap.* 4. §. 4. aut alio modo eas alienare, *d. lib. c.* 11. §. 4. multo minus ergo licebit, eas mortis causa donare, nisi haeredum consensu id fiat, *d. cap.* 11. §. 4.
37 *et eod. lib. cap.* 16. §. 2. Permittitur tamen uxori morti vicinae, *auff ihrem Siech-Bette*, vivo marito, cum quo liberos procreavit, sua vestimenta quotidiana et vilem suppellectilem donare, ornamenta muliebria tamen legitimis haeredibus relinquere tenetur, *d. l.* 3.
38 *cap.* 16. §. 1. quod secus jur. civ. Si vero juxta stat. nostra consentiat maritus, et alia bona alienandi seu donandi facultas mulieri conceditur *per d. cap.* 16. §. 2. Quod tamen ad bona immobilia haereditaria minime extendendum, quippe quae, uti dictum, sine consensu haeredum, omni alienationi exempta, vid. *d.* §. 2. Jus enim statutarium stricte semper interpretandum, *c.* 28. *X. de r. j. in* 6*to.* Alber. de Rosat. *in tr. de statut. lib.* 1. *quest.* 137. *n.* 7. add. *cap.* 1. *n.* 40. *et*
39 *seq.* An vero dicta haec donatio, quae mulieri, morti vicinae, in statut. nostris concessa, donatio mortis causa dici possit, in dubio est, cum in omni donatione mort. caus. expresse mentio mortis facienda. Carpzov. *l.* 8. *resp.* 85. *n.* 2. Si enim absolute quis donet, licet in agone constitutus, non tam mortis causa, quam moriens donat *d. l.* 42. §. *fin. ff. de m. c. donat.* Struv. *in synt. jur. civ. ex.* 30. *th.* 25. Et hac ratione donatio ista erit donatio inter vivos.

Donationem inter vivos quod attinet, permisere jura 40
civ. per eam bona sua alienare omnibus, quibus administrationem rerum suarum concessere, *l.* 12. *c. h. t. l. in re mandata* 21. *c. mandat.* Hinc uxor de jur. civ. res paraphernales donare potest, *l.* 6. *c. de revoc. donat.* Peretz. *n.* 7. et, si vidua, etiam caetera bona donatione in alios transferre potest, cum, tamquam domina, de rebus suis pro lubitu disponere possit *per d. l.* 21. *c. mand.* In quo iterum recedit jus statut. rigens. *d. l. c.* 41
16. §. 2. Ubi viduae interdictum, neque bona mobilia, neque immobilia alienare. Si tamen mobilia quaedam donare velit, consensum curatorum adhibere tenetur, quem non exigit jus civile. Immobilia vero neque virum, neque uxorem donare vel alienare posse, supra jam dictum.

De dote quoque, cum et illa sit modus acquirendi de 42
jur. civil. paucis hic acturi sumus. Tenetur vero pater ex necessitate filiam dotare, ita, ut et officio judicis ad 43
id cogi possit *l.* 19. *de rit. nupt. l. fin.* §. *neque enim. c. de dot. promiss.* Gail. *lib.* 2. *obs.* 95. Imo et emancipatam. *arg. l. ult. c. de dot. promiss. l.* 6. *de collat.* Struv. *exerc.* 30. *th.* 3. A quo tamen recedere videtur jus no- 44
strum statut. Licet enim liberi separati cum emancipatis comparari possint, imo, vivis parentibus, pro emancipatis habeantur, Mev. *ad jus lub. lib.* 1. *tit.* 5. *art.* 1. *n.* 4. eos tamen pater nullo modo dotare tenetur, cum per separationem ab omni spe capiendorum paternorum bonorum excludantur, uti *praeced. cap. III.* demonstravimus, et ita quoque a capienda dote, cum dos ex bonis
paternis constituenda. In dotem dari possunt omnes res, 45
seu mobiles seu immobiles, *l.* 42. *ff. d. t.* corporales sive incorporales, aliae, quaeque sunt in commercio. Cum 46
quo convenire videntur stat. rig. Licet enim prohibitum sit, bona immobilia haereditaria alienare, *uti sup.* dictum, ea tamen in dotem dari posse, non dubito, cum hac ratione in familia maneant, cui statuta singulariter prospicere voluerunt, sequitur hinc, quod descendentibus dari quidem loco dotis possint, nullo modo vero extraneis, in quo tamen discrepat a jur. civ.

Et cum in omnibus obligationibus fidejussores acre- 47
dere possint, §. 1. *j. de fidejuss.* et iis sese prospicere maritus jure non prohibetur, qui pari modo, quo ipsi promittentes, obligantur, cum accessorium sequatur suum principale: hac in parte tamen singulare quid con- 48
stituit jus statut. rig. *lib.* 3. *cap.* 2. dum fidejussores quidem admittit, eos vero tantum ad biennium obligatos postea vero ipso jure tutos esse voluit; cum enim intra illud temporis spatium ipse dotem promittens libereatur per statut. rigens. *d. c.* 2. merito et fidejussor. Nam principali obligatione extincta, fidejussoria tamquam accessoria subsistere nequit. Nisi tamen maritus per viros integrae famae certaque documenta probare possit, se dotem nullo modo, etiam si sibi de ea judicialiter prospexerit, accipere potuisse, *d. cap.* 2. Pro dote tamen a 49
marito restituenda, fidejussores intervenire non posse, docet rubr. *ne fidejussor. dot. dent.* cum quo convenit jus statut. *d. c.* quod tantum de fidejussoribus, qui pro dote a socero solvenda intercessere, loquitur; etiamsi maritus proprio motu eos offerat (in praxi tamen hos admittit Carpz. *p.* 2. *c.* 42. *def.* 17.), quia non tam exigere, quam et dare fidejussorem prohibitum. Fachin. *l.* 4. *controv. qu.* 26. Hillig. *in Donell. lib.* 25. *cap.* 48. *lit. f.* Bachov. *ad treutl. vol.* 2. *disp.* 7. *th.* 4. *lit. g.* Mo 50
do non suspicio aliqua prodigalitatis subsit ante matri-

monium. Nam si uxor, constante matrimonio, a marito dissipatore dotem repetere potest, *l.* 29. *c. de jur. dot.* vel a marito ad inopiam vergente, *cap. per vestras* 7. *X. de don. int. v. et u.* Thoming. *dec.* 58. *n.* 4. Schneidew. *de fidej. n.* 12. cur non et ante nuptias fidejuss. exigere posset, cum melius sit, intacta jura servare, quam post vulneratam causam remedium quaerere. *l. fin. c. in quibus caus. in integr. restit. necess. non est.* Et hinc moribus Pomeraniae istam prohibitionem non amplius ob-
84 servari, tradit. Mev. *part.* 2. *dec.* 367. *n.* 6. Quemadmodum vero marito, pro impetranda dote promissa, tribuere ll. civ. actionem ex stipulatu, ita et uxori eamdem, pro repetenda illata dote, concessere. Insuper et imperator uxori concessit pro dote hypothecam *in l. un.* §. 1. *c. de rei uxor. act.* et huic hypothecae etiam privilegium reale, ita, ut omnibus aliis, etiam anteriorem hypothecam habentibus creditoribus praeferatur *l. assiduis* 12. *c. qui pot. in pign.* Dn. Brunnem. *in comment.*
82 *ad d. l.* Sed rationem illam, quae imperat. movit, ad talia privilegia mulieribus concedenda; jura statut. nostra non attendunt, quae uxori neque hypothecam, multo minus praelationem, et quod gravissimum est, ne quidem repetitionem dotis concessere, sed potius ex dote
83 creditoribus mariti satisfieri voluerunt. Verum enim vero, ne hac ratione uxores nimium bonis suis privarentur, constituit jus statut rig. norum modum acqui-
84 rendi, morgengabam scil. Est vero illa portio statutaria, quae uxoribus ex obseratis defuncti mariti bonis
85 tribuitur. Quod quantitatem ejus attinet, probe attendendum, an vidua ex majori vel minori collegio sit: illius collegii viduae addicuntur 60. marcae sureae h. e.
86 240. thl. hujus vero viduae 40. marcae surae h. e. 160 thl. vid. jus statut. *lib.* 3. *c.* 3. §. 1. Eo vero beneficio, ut fruatur vidua, oportet eam justo tempore. scil. intra annum et diem, a morte mariti obserati bonis cedere, vel intra praedictum tempus creditoribus inventarium
87 offerre *d. cap.* 3. §. 2. His legitime observatis, et concursu creditorum excitato, quoad praedictam summam vidua non omnibus creditoribus praefertur, sed expensis funerum, mercedi famulorum aliisque debitis post-
88 ponitur, v. jus stat. *lib.* 3. *c.* 10. §. 8. Percipit igitur hanc summam plenissimo jure proprietatis, sive quid dotis loco marito attulerit, sive non, cum *d. cap.* 3. §. 1. Morgengaba simpliciter vidua, ex mariti defuncti bonis, addicatur. Quomodo alias mulier, defuncto marito 89
succedat *seq. cap.* commodius exponendum veniet. Sentiunt igitur *vi dict. stat.* uxores commodum, quae nihil dotis loco attulerunt: damnum vero, imo interdum 90
maximum, illae, quae ampla dote instructae marito nupserunt.

Sed cum hac ratione divites virgines damno subjiceant 91
paucis hic disquiremus: an non haec statut. constitutio per pacta dotalia mutari possit, scil. ut eo modo virgo suam dotem contra creditores salvam sibi servare possit? Pro cujus decisione distinguendum antumamus 92
utrum virgo nubat viro obserato, utrum non: illo casu, pacta dotalia vix aliquid juvabunt, cum creditoribus jam tum jus aliquod quaesitum in omnibus debitoris bonis sive praesentibus sive futuris. Ea autem, quae dotis loco a virgine inferuntur, statim quasi confunduntur cum mariti bonis, ut sic tam mariti, quam uxoris bona pro una massa habeantur. Si vero virgo nu- 93
bat, ei qui omni sere liber, omnino per pacta sibi prospicere potest, cum hac ratione nemini praejudicetur. Non illis, qui postea cum marito sunt contracturi, quia sibi hi imputare debent, quod non diligentius in conditionem ejus, cum quo contraxerunt, inquisiverint per *l: qui cum alio* 19. *ff. de r. j.* Carpz. *p.* 2. *dec.* 30. *n.* 5. Et sic damnum, quod sua culpa sentiunt, non 94
sentire praesumuntur *l. quod quis* 203. *ff. de r. j.* Quod eo facilius procedere potest, praecipue, cum vigore statut. nostrorum omnia pacta dotalia, si vim aliquam sortiri debeant, a secretario civitat. sint conscribenda vid. stat. rigens. *l.* 1. *cap.* 5. §. 3. (in quo a jure civ. rursus recedit, ubi privati talia pacta conscribere non prohibentur.) Ea instrumenta autem, 95
quae a secretario, tamquam persona publica confecta, pro publicis habentur *l.* 11. *c. qui pot. in pign.* et sic non est, quod ignorantia sese contracturi tueri velint, cum ea, quae publice fiunt, non tantum facili negotio in notitiam pervenire possint, sed etiam pervenisse praesumantur.

Restaret adhuc de incorporalium acquisitione, ut et 96
reliquis acquirendi modis, hic loci agere: verum, cum de iis jura statut. nihil disposuere, neque nos prolixi erimus.

CAPUT VI.

De acquisitione per successionem testatam vel intestatam.

SUMMARIA

Connexio. n. 1.
Hereditatis definitio. n. 2.
Ejus acquisitio. n. 3. *et seq.*
In successione hodie prima ratio pactorum habenda. n. 5.
Testamentaria successio praefertur legitimae. n. 6.
Testamenta condere omnibus est permissum. n. 7. *et seq.*
Differentia. jur. civ. et statut. n. 10. *et seq.*
Testamentum aliud est scriptum, aliud nuncupativum. n. 13.
Differ. jur. civ. et stat. n. 14. *et seq.*
Testamentum nuncupativum quomodo condatur et probetur? n. 19. *et seq.*
Recensentur testamenta minus solemnia. n. 22.
Jure statut. in omni testamento sufficiunt duo testes et secretarius. n. 23. *et seq.*
Testamenta juxta tenorem statut. nostr. condita comparantur apud acta insinuatis. n. 26.
Differ. jur. civ. et stat. n. 27.
Testamentum, juxta stat. rig. tenorem conditum, valet etiam in aliis locis. n. 29. *et seq.*
Testator de jur. civ. de omnibus bonis libere disponit. n. 31.
Different. jur. civ. et stat. n. 22. *et seq.*
De testamento irrito etc. remissive. n. 36.
Successionem testatam excipit intestata. n. 37.
Descendentes omnibus praeferendi. n. 38. *et seq.*
Eorum divisio. n. 41.
Jur. civ. et stat. differ. n. 42.

Separatorum et non separatorum successio. n. 43.
Descendentium divisio ratione sexus, nativitatis, eorumque successio. n. 44. *et seq.*
Jur. civ. et stat. differ. n. 47. *et seq.*
Nascendi cum natis eodem jure gaudent. n. 49.
Jur. civ. et stat. differ. n. 50.
Descendentium divisio ratione gradus, eorumque successio. n. 51.
Jur. civ. et statut. differ. n. 52.
De descendentibus legitime factis. n. 53.
Descendentium illegitimorum divisio et successio. n. 54. *et seq.*
Illegitimi jur. stat. non succedunt. n. 57.
Ascendentium divisio et successio. n. 58. *et seqq.*
Infantis, in ipso nativitatis momento decedentis, haeres est parens superstes. n. 61. *et seq.*
Ascendentium alia divisio. n. 64. *et seq.*
Jur. civ. et stat. differ. n. 67.
Unilaterales a parent. excluduntur. n. 68.
Successio ascendentium concurrentium cum germanorum liberis. n. 69. *et seq.*
Differ. jur. civ. et stat. n. 71. *et seq.*
Collateralium successio. n. 73. *et seq.*
De conjugum successione. n. 77.
Conjuges quomodo succedant jur. statut.? n. 78. *et seq.*
Ultimus haeres fiscus est. n. 80.
Jur. civ. et stat. differ. n. 81. *et seq.*

1 Pro instituti nostri ratione de modis acquirendi singularibus haec dixisse sufficiant. Ad universales nos accingimus, eorumque rationem, quatenus in statut. 2 rigens. adducuntur, jam habebimus. Primo loco se offert haereditas, quae est successio in universum jus, quod defunctus tempore mortis habuit *l.* 24. *ff. de* 3 *v. s. l.* 62. *ff. de reg. jur.* Acquiritur vero illa vel ex testamento, vel ab intestato, non pacto *l.* 5. *c. de pact. convent. l. fin. c. de pact. l.* 4. *c. de inut. stipulat.* Hae pactiones enim jure civil. *per d. l.* 30. *c. de pact.* odiosae et plenae tristissimi eventus dicuntur; quod tamen de iis non naturaliter, sed civil. 4 praedicatur tantum. Moribus vero totius Germaniae, et juxta nostra statuta, cum pactis indistincte plenissima obligandi vis tributa, hunc juris civil. rigorem mutatum merito dicitur. vid. dn. Praes. *tr. de success. ab intest. dissert.* 1. *cap.* 1. §. 6. Quemadmodum igitur 5 testamentum derogat successioni legitimae, cum provisio hominis faciat cessare provisionem legis, per *l. ult. c. de pact. convent.* ita quoque pactum, secundum dictos mores Germaniae, derogat successioni testamentariae, adeo, ut in omni successione prima ratio pactorum sit habenda.

6 His non existentibus, succedit successio ex testamento, quae etiam legitimae praefertur, partim ob rationem praeced. num. allegatam, partim, cum voluntas hominis tantae auctoritatis sit, ut pro lege habeatur. *nov.* 22. *c.* 2. vid. dn. Praes. *d. tract. de success. ab intest. d. cap.* §. 9. Guil. Dunozet. *decis.* 90. *n.* 1. *et* Franc. Marc. *decis. tom.* 1. *quaest.* 834. 7 *n.* 6. Facultatem testandi quod attinet, illam omnibus competere jure gentium, in propatulo est. vid. Harppr. 8 *ad inst. de test. ordin. n.* 32. Excipiuntur tamen illi, qui speciali lege prohibentur, quos vid. apud Struv. *in synt. j. c. exerc.* 32. Inter quos et impuberes, qui nondum pubertatis attigere annos. Quos attigisse cen- 9
sentur masculi, si decimum quartum, foeminae, si duodecimum impleverint annum *pr. inst. quib. mod. tutel. fin.* quo impleto, testandi facultatem jura ipsis concessere. A quo recedit jus stat. rig. *l.* 3. *c.* 4. §. 10
4. ubi masculi demum decimo octavo anno, virgines et viduae decimo quarto ad testamentum faciendum admittuntur: et quidem sub hac conditione, ut ma- 11
sculi vel foeminae ea aetate consensum curatoris quoque adhibere debeant. In quo rursus a jure communi differt, ubi puberes sine curatoris consensu testari possunt, *per l.* 4. *c. qui test. fac. post.* Wes. *p.* 3. *cons.* 107. *n.* 25. vid. *praeced. cap. IV.* Curator enim tantum in actibus inter vivos necessarius. Carpz. *p.* 3. *const.* 6. *def.* 6. *et seq.*

Conditur vero testamentum aliud in scriptis, et 12
dicitur scriptum, aliud sine scriptis, et dicitur nuncupativum §. 14. *inst. de testam. ordinan.* In quo for- 13
ma testamenti scripti consistat, accurate exhibuit Struv. *alleg. exerc. th.* 10. ad quem brevitatis gratia nos remittimus. Inter alia solemnia requiritur, ut se- 14
ptem testes §. 3. *inst. d. t.* specialiter ad id rogati, *l.* 22. §. 2. *ff. qui testam. et l.* 21. *c. de test.* animo et corpore praesentes adhibeantur. *d.* §. 3. *inst.* Rece- 15
dunt statut. rigens. dum in omni testamento tantum praesentiam secretarii et duorum senatorum, seu virorum integrae vitae ac famae exigunt v. *l.* 4. *c.* 1. §. 1. in quo convenit *cum jur. can. c. cum esses x. de test.* Refertur quoque inter solemnia de jure civ. 16
ut tam testator ipse, quam et testes, nomina sua subscribant et signacula apponant §. 3. *j. d. t.* Jure 17
nostro statut. non tantum remittitur testatori subscriptio et subsignatio, sed et testibus subsignatio, ita, ut sola testium subscriptio sufficiat vid. in statut. al leg. *lib.* 4. *c.* 1. §. 1.

Testamentum nuncupativum quod attinet, in eo jure 18
comm. praeter scripturam et signaturam, omnia alia solemnia, quae in scripto testamento, requiruntur §. *fin. j. d. t. l.* 21. §. 2. *c. de test.* Quo vero de ejus ve- 19
ritate constare possit, post mortem testatoris jurato testes de illo ita confecto deponant, necesse est *l. ult. in fin. c. d. t.* nisi instrumentum publicum de eo fuerit conscriptum. vid. Carpz. *lib.* 6. *resp.* 13. *n.* 4. *et seq.* Coler. *dec.* 250. Mev. *p.* 9. *dec.* 149. Hinc non de necessitate, sed ad faciliorem probationem scriptura in hoc testamento requiritur. Olivar. *decis.* 623. *n.* 6. Jure stat. rig. uti nec in testamento scripto, ita nec 20
in hoc numerus septenarius requiritur, sed itidem secretarius cum duobus senatoribus, vel aliis duobus testibus sufficiunt. vid. Stat. *d.* §. 1. Neque exigitur, 21
ut testes de condito testamento jurato testentur, sed testimonium, eorum manu subscriptum, plenissimam vim probandi habet vid. Statut. *d.* §. 1.

Sunt praeterea et alia testamenta, minus solemnia 22
dicta, quae sc. non solemnitatem, sed probationem requirunt *per l.* 21. §. 1. *et* 2. *d. t.* Harppr. *ad inst. de test. ord.* §. 3. *n.* 6. et a necessitate septem testium adhibendorum, testatorem absolvunt: ut sunt testamenta inter liberos, Olivarius *decis.* 820. *n.* 5. Bichius *decis. rot. rom. decis.* 424. *n.* 19. tempore pestis: etc. Conf. B. Brunn. *ad inst. exerc.* 10. *ad d.* §. 3. *n.* 3. *et seq.* Quod stat. rig. concernit, cum ibi 23
indistincte secretarius et duo testes adhibendi, nec tempore pestis sine iis conditum, ob generalitatem

alleg. §. 1. testamentum valere poterit. Testamentum tamen parentum inter liberos, etiam sine secretario confectum, subsistere, asserere non veremur, quia tale testamentum nulla prorsus indiget solemnitate.

24 Mev. *p.* 9. *dec.* 1. *n.* 3. *et* 4. In caeci vero testamento, juxta juris civ. dispositionem, exigitur, ut semper unus addatur testis, ita, ut in testamento solenni octo, in testamento patris inter liberos tres adhibendi, v. *l. Hac consultissima c. qui test. fac. poss.* dn.

25 Praes. *tract. de jure sens. dissert.* 2. *c.* 3. *n.* 42. Quod num. et jure stat. observandum quaeritur? Illudque negandum putamus. Testamentum enim, in praesentia secretarii et senatorum factum, illi apud acta insinuato comparari potest, *de quo sequ. num.* Coecus vero judicialiter testans, nullis indiget testibus, cum testes plane non requirantur, vid. Michalor. *in tract. de surd. mut. et coec. c.* 12. *in fin. et ita quoque in facultate hac viadrina responsum d.* 7. *august. an.* 1675. Multo magis ergo subsistet ejus testamentum in

26 praesentia secretarii et duorum testium conditum. Diximus, testamenta juxta tenorem statut. nostr. condita, comparari posse jur. civ. apud acta insinuatis, v. *l. omnium.* 19. *c. de test.* Quemadmodum enim olim omnis testamenti fides in eo consistebat, quod illud actis fuerit insinuatum, ita quoque et testamentum, in praesentia secretarii confectum, refertur in scrinia seu archivum civitatis, adeoque publica ac plena nititur fide. vid. Ruland. *tract. de commissar. part.* 2. *l.* 5. *c.* 3. *et c.* 6. *n.* 18. *et seq.* Sicut id pluribus probat dn. Struv. *in syntagm. jur. civil. exerc.* 32.

27 *th.* 9. In eo tamen differentia adhuc aliqua subesse videtur, quod juxta statut. rig. de necessitate sit, ut secretarius cum duobus senatoribus seu testibus praesens sit, jure comm. vero etiam subsistebat testamentum coram judice et uno actuario, et sic tantum coram duobus testibus, sicut id prolixe demonstrant

28 Struv. *d. exerc. th.* 9. In eo quoque adhuc alia latitat differentia, quod jure nostro statut. semper requiratur praesentia secretarii, vid. saepe alleg. §. 1. *et l.* 2. *c.* 5. §. 3. quod secus jur. civ. esse, satis con-

29 stat. Verum enim vero, cum juxta statuta nostra solemnitates jur. civ. remissae, quaeritur: an testamentum, juxta dispositionem statut. nostrorum, conditum, valeat in illo loco, ubi solemnitates civiles adhuc observantur? Quod affirmandum: cum in omnibus actibus, quoad solemnitates, inspicienda sint jura loci illius, in quo geruntur, *l. si fundus* 6. *ff. de evict.* v. Petr. Gudel. *de jure noviss.* Perez. *in c. de*

30 *test. n.* 13. Coppen. *part.* 1. *decis.* 31. *n.* 25. Aliud vero, si persona uno loco habilis ad testandum, alibi, non. Sic, si quis ex civitate rigensi degeret in locis, ubi jus civile vigeret, non liceret ei anno decimo quarto testamentum condere, cum juxta stat. rig. requiratur, ut testaturus sit 18. annorum, *per l.* 3. *c.* 4. §. 4. Qualitas enim personae addita, non extenditur ultra territorium. v. Zoes. *ad tit. de test. n.* 51. dn. Brunnem. *in quaest. ad Wesenb. de testam. qu.* 20.

31 Competit vero testatori de jur. civ. facultas de omnibus bonis suis pro lubitu disponendi: at jure no-

32 stro stat. distinctio facienda: utrum res mobilis, utrum immobilis, hereditaria sit. De re mobili testandi licentia cuique concessa, de re immobili hereditaria minime, nisi consensu haeredum et propinquorum accedente vid. stat. rig. *l.* 4. *c.* 1. §. 2. *et l.* 3. *c.* 4. §. 4. Neque de alia re immobili, licet hereditaria non sit, *per d. c.* 4. §. 4. *et d. c.* 1. §. 2. Quaenam vero res, juxta statuta nostra, hereditaria dicenda, v. *seq. cap. VII.* Differt in eo quoque jus statut. quod 33 cum jure civil. testator indistincte de bonis suis disponere possit, jure statut. rigens. de bonis suis mobilibus testaturus, semper ex lege necessitatis quid relinquere debeat piae causae, v. stat. rigens. *d. l.* 4. *c.* 1. §. 2. Si igitur testamentum legitime condi- 34 tum, omni visibili signo careat, et haeres hereditatem adeat, obligatur idem legatariis, legata in testamento relicta, praestare §. 3. *j. de legat.* Jure stat. 35 rig. vero non obliguntur haeredes, vel ex testamento, vel ex successione ab intestato, quidvis praestare iis, qui vitam monialem papisticam elegerunt, eique obedientiam praestant, si tamen haeredes relicta iis offerant, ea accipere non prohibentur, vid. statut. rig. *lib.* 4. *c.* 2. §. 2.

Agendum quoque nunc esset, quomodo testamentum 36 irritum, ruptum et destitutum fiat, de quibus tamen cum jus stat. nostrum nihil speciale sibi constituerit, sequimur jus civil. et hac ratione successionem ex testamento linquimus.

Hanc excipit successio ab intestato, alias legitima di- 37 cta. Haec enim, nisi deficiente testamentaria, locum obtinere nequit *l. quamdiu* 39. *de acquir. haered. l.* 89. *de r. j.* Mev. *part.* 7. *decis.* 60. *n.* 1. *et seq.* In qua successione primo ratio habenda descendentium, secundo ascendentium, tertio collateralium. Descendentium ordo in hac 38 successione omnibus praeferendus, *per l.* 11. *c. de suis et legit. liber. nov.* 118. *cap.* 1. *pr.* cum ratio naturalis, uti eleganter loquitur Jctus Paulus *in l.* 7. *pr. ff. de bon. damnat.* quasi lex quaedam tacita, liberis parentum haereditatem addicat, v. *l.* 7. §. 1. *in fin. ff. si tabul. testam. null. ext* conf. Grot. *d. lib.* 2. *cap.* 7. *th.* 4. *n.* 5. Vide- 39 bimus ergo, quomodo descendentibus jura comm. haereditatem paternam addicant. Illud vero, ut legitimo ordine fiat, normae loco nobis erunt, dn. Praes. *tabl. synopt. de success. ab intest.* Vi quarum descendentes sunt vel 40 legitime nati, vel legitime facti, vel illegitimi. Legitime 41 nati considerantur, vel ratione potestatis, et alii sunt sui, alii emancipati, quae distinctio cum hodie sublata quoad successionem, dn. Praes. *tr. de success. ad int. dissert.* 1. *c.* 2. *art.* 1. *n.* 4. hi succedunt aequaliter. J. stat. rig. vero 42 hic aliqua subesse differentia videtur. Cum enim juxta hoc liberi in separatos et non separatos dividantur, illique emancipatis comparari possint, non tamen admittuntur ad successionem, sed bonis in separatione ipsis assignatis contenti, liberis non separatis, haereditatem paternam relinquere tenentur, v. stat. rig. *lib.* 4. *cap.* 3. §. 1. Quod si vero liberi ex secundo matrimonio non adsint, 43 vel parens, liberos consortes, seu non separatos non habeat, admittuntur etiam ad successionem separati, cum cessante causa, scil. liberis non separatis, in quorum gratiam facta separatio, cesset effectus, scil. ut separati excludantur, dn. Praes. *cap.* 2. *art.* 3. *n.* 20.

Vel ratione sexus, ubi alii filii, aliae filiae, quae diffe- 44 rentia pariter sublata, *per l.* 14. *c. de leg. haered.* §. 1. *inst. de exhaered. lib. l.* 11. *famil. erciscund. nov.* 118. *c.* 1. Vel ratione nativitatis, et nati sunt vel ex eodem matri- 45 monio, ubi patri et matri succedunt aequaliter h. e. in capita, et haereditas dividitur juxta numerum personarum, ita, ut quot sunt personae, tot sint partes. Vel ex di-

46 verso matrimonio, ubi quilibet sui parentis lucra nuptialia praecipua habet, ea scil. quae jure ususfructus patri acquisita, non quae jure proprietatis; in his enim, tum et in reliquis bonis aequaliter succedunt. *l.* 6. §. 1. *c. de secund. nupt.* Rittershuf. *part.* 7. *cap.* 4. *n.* 7. Stephan.
47 *ad nov.* 118. *n.* 11. Ex quibus, quamvis sequatur, quod hodie, ubi conjuges per statuta sibi invicem succedunt, cum portionem statutariam pleno jure capiant, in illa aequales partes capere debeant liberi utriusque matrimonii: jure statut. rig. tamen contrarium dispositum reperimus, dum liberis ex diverso matrimonio natis, nondum vero separatis, unicuique suae matris bona adjudicantur, ita, ut liberi prioris matrimonii, sui parentis, ex secundo matrimonio nati, itidem sui parentis bona illata vindicare possint, in reliquis vero bonis existentibus aequaliter succedant liberi ex utroque matrimonio, una cum vidua in capita, jur. statut. rigens *lib.* 4. *c.* 2. §. 1.
49 Eodem cum natis jure utuntur nascendi, seu in utero constituti, qui pro jam natis habentur, modo vivi nascantur, quoties de eorum commodo agitur *l.* 7. *ff. de stat. hom.* Et quamvis jure civil. *per l. antiqui* 3. *ff. si pars haered. pet.* vidua post mortem mariti, licet gravida, dividere teneatur, ita, ut haereditatis tres portiones utero reserventur, cum tergemini nasci potuerint: jure nostro statut. tamen *in lib.* 4. *cap.* 5. §. 2. viduae gravidae expresse prospectum, ne ad divisionem, priusquam pepererit, cogi possit.
51 Vel ratione gradus: et sunt vel primi gradus tantum, vel primi et ulteriorum graduum simul vel ulteriorum graduum tantum: illi succedunt in capita, hi omnes admittuntur, partim in capita, partim in stirpes, ultimi succedunt in stirpes jure repraesentationis non in capita, de quibus singulis cum accuratissime agat dn. Praes. *in d. tract. cap.* 2. *art.* 1. §. 16. 20. *et*
52 *seq.* eo brevitatis amore me remitto. Jus nostrum stat. vero a dicta juris div. dispositione recessit in successione ab intestato, proximo proximum jus succedendi assignando, v. statut. rig. *lib.* 4. *c.* 2. §. 3. Et hac ratione si defuncto successuri essent liberi et nepotes, hi jure statut. excluderentur, ob cessans jus repraesentationis, et illi soli, tamquam gradu proximiores,
53 haereditatem sibi vindicarent. De legitime factis, vel per adoptionem vel per legitimationem ut ageremur, ordo quidem suaderet, sed cum jus statut. de illis nihil speciale disponat, nos hic non detinebimus.
54 Descendentibus quoque accensentur illegitimi, qui vel incestuosi, vel naturales, vel spurii; illi plane non suc-
55 cedunt, sed jure canon. tantum alimenta capiunt. Naturales et spurii, cum hodie quoad effectum pro iisdem habeantur, postquam concubinatus interdictus, vid. dn. Struv. *in syntagm. jur. civ. exerc.* 30. *th. ult. in fin. et exerc.* 38. *th.* 23. succedunt matri, etiam illustri, et omnibus ex materna linea ascendentibus, perinde ut legitimi *l.* 2. *l.* 8. *unde cogn. l. penult. ff. ad sct. orphit.* Mev. *part.* 2. *decis.* 83. qui d. l. hoc de spuriis
56 testatur. Patri vero uxorem habenti naturales non succedunt, sed alimenta tantum capiunt, *nov.* 89. *cap.* 12. *in fin. auth. licet c. de natural. liber.* Coelibi autem succedunt una cum concubina in sextante, *d. nov.* 89. *c.* 4. Spurii vero patri tamquam incerto plane non succedunt.
57 Mev. *d. decis.* 83. *n.* 1. Jus nostrum statut. illegitimos liberos a successione plane repellit, eosque omni parentum bona captandi spe privat. *lib.* 4. *cap.* 2. §. 4.
58 Deficiente hoc, sequitur ordo ascendentium, quos, turbato mortalitatis ordine, ratio miserationis ad bona liberorum admittit, ut loquitur Jctus *in l.* 7. §. *fin. ff. unde lib.* Vocantur in hoc ordine ad successionem gradu proximiores, exclusis omnibus remotioribus, neque repraesentationi hic locus est; cum non conveniens rationi, ut parentes liberorum locum ac vicem subeant. *nov.* 118. *auth. defuncto c. ad sct. tertull.* Consi- 59
derantur vero ascendentes, eodem fere modo, quo descendentes, *juxta alleg. tab.* dn. Praes. adeo ut vel legitimi, vel legitime facti, vel illegitimi dicantur. Illi ratione gra- 60
dus, sunt vel primi gradus tantum, ut pater et mater, qui aequalem portionem capiunt, vel si pater non adsit, sola mater et vice versa solus pater. Quod et obtinet, 61
si post mariti obitum vidua gravida reperiatur, et infans in ipso nativitatis momento moriatur; ubi nihilominus vidua totam haereditatem, tamquam a mortuo nato acceptam sibi vindicare potest, et eadem ratione quoque pater, si natus tantum per unicum momentum matri supervixerit, v. stat. rig. *l.* 4. *c.* 5. §. 3. Et suf- 62
ficit, modo infans ille spiritum ediderit, licet in manibus obstetricum decesserit, *l.* 12. §. 1. *de lib. et posth. l.* 3. *c. eod.* etiamsi vox ejus non fuerit audita, Carpz. *part.* 3. *const.* 17. *def.* 19. cui respondet jus statut. nostr. *cit. loc.* ubi disponitur, ut non sola vox, sed et alia signa ad vitalitatem, *dass es zeitig und lebendig gervesen*, demonstrandam sufficiant. Verum, 63
quid si adhibitis remediis signum aliquod vitalitatis eliciatur? uti in facto contigit casus, ubi obstetrix linteo, vino calido madefacto, illoque cordi infantis imposito, quaedam vitalitatis signa elicuit, infantem talem omnino pro vivo habendum esse, tunc temporis responsum in facult. juridica hujus viadrinae.

Vel primi et ulteriorum graduum: ubi hi excludun- 64
tur vid. dn. Praes. *d. dissert. cap.* 3. *art.* 1. §. 17. concordat jus statut. rig. *l.* 4. *c.* 2. §. 3. quod proximo indistincte successionem defert. Vel ulteriorum graduum 65
tantum, quomodo hi succedant. vid. *d. art.* §. 18. Vel 66
concurrunt ascendentes cum collateralibus, qui vel sunt fratres, vel fratrum germanorum filii, vel fratrum nepotes. Fratres germani aequalem cum parentibus portionem capiunt *de jur. civ. per nov.* 118. *c.* 2. Jus no- 67
strum statut. vero alleg. nov. dispositionem non ita simpliciter admittit, dum ad filiorum separatorum, a parente scil. qui secundas iniit nuptias, successionem non admittit parentem, sed fratres vel sorores itidem separatos vocat, vid. stat. rig. *l.* 2. *cap.* 3. §. *ult.* Unila- 68
terales vero a parentibus plane excluduntur tam jur. civ. quam jure statut. *auth. defuncto c. ad sct. tert.* statut. rigens. *d. c.* 2. §. 3.

Concurrunt quoque cum ascendentibus germanorum 69
liberi, sed in stirpes, loco suorum parentum occupando. Et quamvis *per nov.* 118 exclusi fuere a succes- 70
sione, *per nov.* 127. *c.* 1. tamen rursus ad successionem vocati sunt vid. Forster. *de success. l.* 7, *c.* 5. Hillig. *lib.* 9. *c.* 3. *lit. i.* jur. nostro statut. *per d.* §. 3. cum ex proximitate casus decidendus, proximior 71
semper excludit remotiorem. Succedunt et illegitimi ascendentes vid. dn. Praes. *d. tr. c.* 3. *art.* 1. §. 35. *et* 72
37. et cum jura successionis deheant esse reciproca, statuta nostra contrarium disposuere, dum parentibus, matri scil. patris non facta mentione, quem habere non praesumuntur Mev. *d. decis.* concessere successionem in bona liberorum illegitimorum *d. lib. cap.* 2. §. 4. Eamdem vero liberis plane denegaverunt *d.* §. 4.

73 Si nec ascendentes adsint; sequuntur collaterales, in quorum ordine tam foeminae quam masculi, tam agnati quam cognati, admittuntur Richt. *de success. ab intest. lib.* 3. *m.* 4. *n.* 15. *et seqq.* Et, si soli fratres adsint, succedunt in capita, exclusis unilateralibus *auth. itaque c. comm. de success. nov.* 118. *c.* 3.
74 concordat jus statut. *d. c.* 2. §. 3. Differt tamen in eo, quod juxta stat. nostr. dispositionem in successione collateralium semper fratrum separatorum et nondum
75 separatorum habenda ratio, de quo *n.* 67. jam egimus. Vel concurrunt cum fratrum liberis, qui cum illis jure repraesentationis succedunt, quod secus jure stat. ubi
76 liberi hi, tamquam gradu remotiores, excluduntur. De legitime factis et illegitimis cum jura statut. nihil admoneant hic agere supersedemus.

77 Expositi sunt hucusque tres illi ordines, quibus *ex nov.* 118. haereditas ab intestato deferatur. Et quamvis jure civ. conjuges olim plane non succederent: jure novo tamen *per nov.* 53. *c.* 6. in quarta parte sibi succedunt, quae vero circumstantiae hic attendendae vid.
78 dn. Praes. *d. tr. dissert. de success. conjugum.* Jure nostro statut. distinguendum: an concurrant liberi, an non. Hoc casu, uxore decedente, vir capit duas partes omnium bonorum, relicta tertia parte cognatis uxoris; si maritus moriatur, vidua primo praecipit morgengabam, et postea dimidiam partem omnium bonorum, alteram partem defuncti mariti cognatis sibi vindicantibus vid. stat. rig. *l.* 4. *c.* 6. §. 1. Si vero liberi su- 79
perstites quoque adsint, eodem modo, quo alias separantur, eos succedere puto, qua ratione autem haec separatio fiat, diximus *praeced. cap.* 3.

Omnibus successoribus deficientibus, nec legitimo 80
contradictore existente Mev. *p.* 3. *d.* 102. *n.* 5. 6. ne quisquam sine haerede decedat, defunctique bona nullius evadant, ultimus haeres fiscus, in ea tamquam vacantia jure singulari succedens, locum haeredis occupat *l.* 1. *c. de bon. vacant. et l.* 4. *c. eod. l.* 1. *pr. ff. de success. edict. l.* 114. §. 2. *de l.* 1. Dn. Richter. *de success. sect.* 5. vid. statut. rig. *l.* 4. *cap.* 7. ubi magistratus ipso jure ea sibi vindicat. Quorundam 81
tamen, haereditas non ad fiscum, sed ad ea corpora, quorum pars fuere defuncti. jur. civ. pervenit *t. t. c. de haered. decur.* Et sic in monachi bona succedit monasterium, *l.* 20. *c. de episc. et cleric.* in bona militis legio *l.* 2. *c. d. t. l.* 7. §. 7. *in f. ff. de injust. rupt. et irrit.* Quod jure nostro statut. secus, ubi omnia bo- 82
na vacantia, qualiacumque fuerint, *wie sie namen haben.* ipso jure fisco cedunt vid. stat. *c. l.* Quanto vero tempore haereditas in civitate nostra scilicet intra annum peti debeat, ne jure caduci subjiciatur, expositum jam *praeced. cap.* 5.

CAPUT VII.

De contractibus et prioritate creditorum.

SUMMARIA

Connexio. n. 1.
Juris ad rem definitio. n. 2.
Obligatio oritur vel ex contractu vel ex delicto. n. 3.
Contractus definitio. n. 4. *et seq.*
Jur. statut. omnia pacta sunt legitima. n. 6.
Omnes res in obligationem deduci possunt. n. 7.
Jur. civ. et stat. differ. n. 8.
Contractuum species. n. 9.
Quomodo re contrahatur obligatio? n. 10.
A jur. civ. recessere mores. n. 12. *et seq.*
Contractus reales. n. 13.
De mutuo. n. 14.
Jur. civ. et stat. different. n. 15. *seq.*
Effectus mutui. n. 17. *seq.*
Jur. civ. et stat. differ. n. 20. *seq.*
Intra quantum tempus debitor condemnatus solvere debeat? n. 22. *seq.*
Quo beneficio gaudeat debitor obaeratus? n. 24. *et seq.*
De commodato. n. 28.
Ejusdem effectus. n. 29. *seq.*
De depositо. n. 33.
Quam culpam praestet depositarius? n. 34. *seq.*
De pignore. n. 38.
Quae res oppignorari possit? n. 39. *seq.*
Hypotheca quomodo constituatur? n. 42. *seq.*
Quae culpa praestanda? n. 48. *seq.*
Judiciale pignus, debitore invito, constituitur. n. 50.
Pignus seu hypotheca quomodo probetur? n. 51. *seq.*
Quomodo distrahatur pignus? n. 53. *seq.*
Quomodo dissolvatur? remissive. n. 63.
In quibus obligationibus fidejussores accedere possint? n. 65.
Qui fidejussionem offerunt? n. 66. *seq.*
In delictis non admittuntur fidejussores. n. 71. *seq.*
Fidejussores solvente principali liberantur. n. 74. *seq.*
Non solvente principali, quomodo conveniendi? n. 76. *seq.*
De emptione. n. 85.
Qui contractuum hunc inire possint? n. 86. *seq.*
In quo consistat emptionis substantia? n. 90. *seq.*
Rei haereditariae definitio secundum jus statut. n. 93. *seq.*
De pretio et consensu in emptione. n. 97. *seq.*
Quomodo traditione consummetur emptio? n. 99. *seq.*
Venditor tenetur ad evictionem. n. 104. *seq.*
De locat. et conduct. n. 113.
Ad quid teneatur locator? n. 115. *seq.*
Ad quid conductor? n. 119. *seq.*
De locatione operarum. n. 124. *seq.*
Ad quid teneatur magister navis? n. 127. *seq.*
Ad quid conductores navium? n. 134. *seq.*
Magister pro mercede promissa merces detinere potest. n. 142. *seq.*
Ad quid teneantur nautae? n. 145. *seq.*
Ad quid teneatur magister navis? n. 154. *seq.*
Ad quid ingruente naufragio? n. 159. *seq.*
Damnum ob avertendum naufragium datum, quomodo et quando resarciendum? n. 164. *et seq.*
De emphyteusi? n. 184. *seq.*
Quo jure emphyteuta gaudeat? n. 185. *seq.*
Quando eo privetur? n. 190. *seq.*
De societate. n. 193.
Quomodo haec administranda? n. 194. *seq.*
Quomodo dissolvatur? n. 196. *seq.*
Assecurationis definitio. n. 203.

Circa quae versetur assecuratio? n. 204. *seq.*
Sine mercibus subsistere nequit. n. 205. *seq.*
Est contractus b. f. n. 215. *seq.*
De periculo suscepto in hoc contractu. n. 217. *seq.*
Quando teneatur assecurans? n. 226. *seq.*
De assecuratione reciproca. n. 231. *seq.*
De cambio. n. 237.
Trassans obligatur ad pecuniam alibi solvendam. n. 238.
Ad quid teneatur acceptans? n. 239. *seq.*
Repraesentans, si literae non acceptentur, protestari debet. n. 243. *seq.*
Remissis literis, remittens obligatur ad cautionem. n. 248.
Literas cambii tertius quidam honorare potest. n. 249. *seq.*
De tempore, intra quod cambium solvendum. n. 253. *seq.*
Acceptante non solvente, regressus repraesentanti datur contra remittentem. n. 256. *seq.*
Bodmeriae definitio. n. 260.
Qui bodmeriam contrahere possint? n. 261. *seq.*
Quando concursus creditorum excitetur? n. 264.
Creditorum collatio jur. civ. remissive, n. 265. *seq.*
Eorumdem collocatio secundum jus. statut. rigens. n. 269. *seqq.*

1 Egimus in praecedentibus, pro instituti nostri ratione, de juris in re potissimum speciebus; nempe dominio ejusque acquirendi modis, tam singularibus, quam universalibus: exigit ordo, ab imperat. praescriptus, ut quoque jus ad rem paucis tangamus: est
2 vero illud, ubi res ipsa nobis nondum est devincta, sed tantum persona, et communiter *obligatio* dicitur
3 *l.* 3. *ff. de o. et a.* Molina *de j. et j. tr.* 2. *disp.* 2. Quae obligatio oritur vel ex contractu, vel ex delicto *per* §. 2. *inst. de obligat.* De contractibus igitur primo agemus, consideraturi, quid de iis speciale jura statut.
4 rig. constituerint. Est vero contractus conventio, sua natura obligationem efficacem producens *l.* 7. §. 1.
5 *ff. de pact.* In eo a pacto legitimo differens, quod et illud actionem producat, non tamen ex sua natura,
6 sed ex assistentia legis. *l.* 6. *ff. de pact.* Et hac ratione juxta dispositionem jur. statut. nostri omnia pacta legitima seu vestita dicenda erunt, cum iis indistincte obligandi vis tributa, vid. statut. *lib.* 3. *cap.* 5. §. 1.
7 In obligationem deducere licet omnes res, de quibus licet pacisci, tam corporales, quam incorporales, *pr. inst. de inutil. stipul.* tam universales, quam particulares *t. t. ff. et c. de haered. vel act. vend.* imo etiam futuras *l. nec emptio.* 8. *princ. ff. de contrah. empt.* jure stat. rig. in quantum rerum haereditariarum immobi-
8 lium habenda sit ratio, ut eae sine consensu propinquorum alienari non possint, cum de his jam quaedam superius adduxerimus, non hic ei non immorabimur.

9 Contractuum species quatuor ab imperat. constituuntur *in* §. 2. *inst. de obligat.* Aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut consensu, de quibus sin-
10 gulis juxta ordinem agemus. Re contrahitur obligatio, quando res ex conventione tradita initium praebet
11 obligationi *l.* 1. §. 2. *ff. de rerum permut.* In quo tamen mores a jure comm. recessere, quod hodie ex sola promissione, etiamsi rei traditionem, inducatur obligatio pariter valida et per consequens actio, quam si solemnis contractus esset celebratus Mev. 5. *dec.* 408. Carpzov. *p.* 2. *c.* 19. *def.* 17. *n.* 8. *et p.* 2. *dec.* 146. *n.* 2. dn. Praeses *in cautel. contract. sect.* 1. *cap.* 4. §. 5. si non vi contractus realis, sine dubio vi pacti. Et 12
hinc notanter asseruit dn. Praeses *in not. ad* §. 2. *j. de oblig.* hodie omnem contractum in effectu esse consensualem. Nam, si ex omni pacto honesto datur actio, cui et statut. rig. correspondere dixi, cur non obligaretur, qui se pecuniam mutuo daturum promisit, sit haec promissio ab altero acceptata. Contractus 13
hujus ab imperat. quatuor constituuntur species, *mutuum*, commodatum, depositum, pignus *t. t. inst. quib. mod. re contrah. oblig.* Est vero *mutuum*, quando 14
res fungibilis ita datur, ut eadem in genere restituatur b. Brunnemann. *in repetit. part. ad Westenb. qu.* 6. *de r. cap.* Et quamvis mutuum dare possint o- 15
mnes, qui contrahere *l.* 32. *ff. d. t.* et accipere iidem; imo et foemina, quae omnem contractum jure comm. valide celebrare potest, nisi pro alio fidejubendo aut simili modo intercedat, tunc enim vi sct. velle. liberatur *t. t. ad sct. vellej.* Jure stat. rig. tamen uxori 16
mutuum contrahere non concessum, nisi mariti consensus accedat vid. stat. *l.* 3. *cap.* 6. §. 5. Quemad- 17
modum vero mutuans rem, ita tradere debetur ut accipientis fiat *pr. quib. mod. re contr. obl.* ita quoque et accipiens obligatur ad rem restituendam ejusdem generis seu naturae. Si tamen nullum damnum pateretur 18
creditor et necessitas debitoris urgeret, creditor omnino cogi posset, etiam aliud diversae naturae accipere, *per l.* 8. *ff. de condict. furt. l.* 99. *ff. de solut.* Donell. *lib.* 19. *cap.* 9. Mots. *de contract. c.* 5. *n.* 14. Casum 19
necessitatis suppeditant j. stat. *ad l.* 3. *c.* 9. §. 3. ubi creditor a debitore debitum fatente, pignus oblatum quidem non tenetur accipere, cum aliud pro alio non solvi, nec pignus creditori invito obtrudi possit Mev. *p.* 4. *d.* 304. *n.* 1. Si tamen debitor juramento asseveret, sibi nulla alia bona, ex quibus ipsi satisfacere posset, superesse, oblatum creditor accipere debet *d* §. 3. Quodsi autem mutuatarius rem in eodem genere 20
vel bonitate restituere posset, in restituendo tamen moras necteret, jura actionem creditori ad 30. annos concessere, intra quod debitum suum petere possit, *per l. sicut.* 3. *c. de rescript.* 30. *l.* 40. *ann.* jure statut. 21
rig. duobus in casibus brevior praefigitur terminus sc. anni et diei, de quibus *cap.* 5. jam egimus.

Actione legitime instituta, debitori ad solvendum 22
condemnato jure civ. regulariter tempus quadrimestre conceditur, quo intra illud pecuniam sibi comparare possit *l.* 9. *c. de execut. rei jud. l.* 2. *c. de usur. rei jud.* Non enim creditorem decet cum sacco paratum in judicium venire *l. quod dicimus in eo.* 105. *ff. de solut.* Jure nostro statut. distinguendum: an civis civi, vel 23
an hospes hospiti, et civis hospiti debitum exsolvere debeat. Illo casu obtinet terminus civibus concessus *Bürgerliche Frist*; hoc casu, probata pecuniae numeratione, debitoque liquido confesso, hospes hospiti, ut et civis hospiti, et vice versa, pro modo juris hospitii, intra duorum dierum spatium debiti exsolutionem praestabit, quo non observato, executio a judice mandari potest. vid. stat. *lib.* 3. *cap.* 6. §. 1. Si vero bona 24
non adsint, in quae executio fieri possit, jure civ. debitor flebili beneficio cessionis bonorum *l.* 7. *l.* 8. *c. qui bonis ced. poss.* juvatur, per quam a carcere,

imo a gravissimis cruciatibus, se liberare potest. *l.* 25 4. *c. qui bon. ced. poss.* Jure statut. rigens. rigor ille *ll.* 12. *tabb.* recruduit, cum illud creditori concesserit facultatem debitorem obaeratum, qui neque solvendo, neque aliorum fidejussione se juvare potest, in carcerem detrudendi, vel eumdem privatim in domo sua custodiendi, vid. statut. rigens. *lib.* 3. *cap.* 2. §. 4. Imo et petendi, ut sibi ad serviendum adstringatur vid. sta- 26 tut. *lib.* 2. *cap.* 32. §. 12. Ut vero ab hac servitutis specie omnimodo se liberaret, permisere statuta, ut uxoris vestimenta meliora quoque in solutum offerre possit, 27 minime vero ipsam uxorem, tamquam fidejussorem incarcerandam tradere. *d. cap.* 6. §. 4. Foeminae enim gaudent eo privilegio, ut propter debita carceri mancipari nequeant. vid. statut. *l.* 2. *cap.* 32. §. 13.

28 Commodatum est, quo res aliqua ad certum usum gratis alicui conceditur, finito illo in specie restituenda §. 2. *inst. quib. mod. re cont. obl. l.* 1. *l.* 17. *l.* 5. §. 8. 29 *ff. commodat.* Si autem res, finito usu, in eodem statu reddi nequeat, vel quod deterior reddita fuerit, vel quod plane perierit, illo casu tenetur rem commodator, oblato simul quod interest, recipere *arg. l.* 3. §. 1. *d. t.* modo deterioratio non sit enormis, quae usum rei 30 impediat Bachov. *th.* 2. *infin.* Hoc casu si res commodata plane interierit, aestimato a commodatario est praestanda *l.* 17. §. *f. d. t.* vid. Frantz. *ad d. t. n.* 39. Matth. Coler. *decis.* 7. cum quo convenit jus statut. ri- 31 gens. *lib.* 3. *cap.* 7. Ad quam aestimationem vero tum demum tenetur, si sua culpa res perierit *d. c.* 7. et quidem levissima, cum sui solius gratia rem commodatam 32 acceperit v. *l.* 5. §. 2. *et l.* 18. *ff. d. t.* Quod si vero commodatum casu fortuito consumptum, commodatarius ad restituendam ejus aestimationem condemnari non poterit; concordat jus stat. rig. *d. t.* Casus enim fortuitus in nullo contractu praestandus, dum enim alteri nihil imputari potest, res utique suo perit domino *l.* 23. *ff. de reg. jur. l.* 6. *et* 9. *c. de pignorat. act.*

33 Depositum est, quo res alicui gratis custodienda traditur, adeo, ut quandocumque deponenti libuerit, ea rursus in specie restituatur *l.* 1. *l.* 24. *ff. depos.* §. 3. *inst. quib. mod. re cont. obl.* Caroc. *tract. de depos.* 34 *cap.* 2. Mev. *p.* 3. *d.* 54. *n.* 2. Cum vero in deposito tantum deponentis versetur utilitas, depositarius tantum praestabit dolum et culpam latam *l.* 5. §. 2. *commod. l.* 23. *de reg. jur. l.* 1. §. 8. *et ult. h. t. l.* 16. *de con-* 35 *dict. furt.* Carpzov. *p.* 2. *decis.* 41. *n.* 11. Ferd. Ar. de Mess. *var. resol. l.* 2. *c.* 24. *n.* 12. Unde patet, haud teneri depositarium, si res deposita incendio, furto, et aliis casibus fortuitis perierit, neque obligari, eam suis praeferre, quando utrasque salvas facere nequit *arg. l.* 3. §. 4. *ff. commod.* Caroc. *d. tr. c.* 2. Scholan. *d.* 35. 36 *th.* 5. In quo recedit jus nostrum statut. *lib.* 3. *cap.* 8. vi cujus depositarius, si casibus enarratis res perierit, obligatur juramento asserere, sibi una cum re deposita, etiam de suis ejusmodi res periisse. Si vero animalia ad educandum data interierint ex jur. statut. *cit. loc.* tenetur depositarius juramento se purgare, quod sine sua culpa extincta fuerit, simul habita ratione circum- 37 stantiarum. In quibus casibus autem et de jure. civ. non sufficiat, solam latam praestare culpam vid. Frantz. *ad h. t. n.* 38. *et* 72. *et* 95. Wissenb. *th.* 25. Struv. *exerc.* 21. *th.* 25.

38 Ultimum ex contractibus realibus est pignus, quo debitor in securitatem crediti rem creditori tradit, soluto debito in specie restituendam, *l.* 1. §. 4. *ff. de pact.* §. 4. *i. quib. mod. re contr. obl. l.* 1 *ff. de pignorat. act.* Mercul. Merlin. *tr. de pign.* Bachov. *tract. de pign.* In 39 securitatem autem pignoris tradi possunt omnes res, quae in libero sunt dominio. Et hinc tantum res propriae *l.* 20. *ff. de pignorat. act. t. i. c. si res alien. pign. dat.* minime alienae, Mev. *part.* 8. *decis.* 371. *n.* 2. *et* 3. Has enim qui sciens oppignorat, crimen stellionatus committit, Zoes. *ad tit. n.* 5. Aliud tamen obtinet, si 40 quis in re aliena jus aliquod habet, ex quo oppignorandi facultas ipsi indulta; sic creditor, rem sibi oppignoratam, rursus alteri pignori dare potest *l.* 1. *et* 2. *c. si pign. l.* 40. *et fin. ff. de pign. act.* Cum quo convenire videntur statut. rig. quae aurigis, nautis et aliis opi- 41 ficibus permittunt, res alienas, quas vexerunt, vel in quas operam suam impenderunt, oppignorare, non tamen ultra mercedem promissam, sub arbitraria poena *lib.* 3. *c.* 9. §. 2. cum tantum quoad mercedem jura retentionem ipsis concedant, et sic ultra hanc, jus nullum in rebus talibus iis competat.

Constitutionem hypothecae quod attinet, ea perficitur 42 jure comm. sola contrahentium consensu, sine judicis auctoritate, aeque efficaciter, atque si haec accessisset, *l.* 1. *ff. de pact. l.* 1. *ff. de transact.* Jure statut. rig. 43 vero ad validam oppignorationis rerum immobilium efficaciam requiritur, ut coram totius senatus consensu fiat, et publico libro actis insinuetur, v. *lib.* 2. *cap.* 35. concordat jus Lubec. *lib.* 3. *tit.* 4. *art.* 1. Requisita vid. *d. c.* 35. §. 1. Non enim sufficit, si hypothecam publi- 44 cam constitutus probare possit, ex justo titulo, se rem immobilem oppignorandam possidere, sed et probare debet ex protocollis, in publico judicio sibi rem publice assignatam esse, *d.* §. 1. *et lib.* 3. *cap.* 9. §. 5. Et cum 45 jure civ. hypothecae ex instrumento, trium testium subscriptionem habente probatae, pro publicis habeantur, et publicarum vim habeant, *per l. scripturas.* 11. *et auth. seq. c. qui pot. in pign. vel in hypoth.* Gabriel. *de probat. concl.* 11. Brunn. *in comment. ad. d. l.* 11. nihilominus tamen jure statut. rig. postponendae forent 46 hypothecae coram senatu confectae. Quae et hunc effectum habet, ut, licet aliquis eo tempore, quo hypotheca coram senatu constituitur, accedat, sibique antiquius jus in re oppignoranda competere asserat, deque jure suo conservando sibi caveat, ille quidem admittatur, sed intra annum et diem jus suum deducere debet, quo praeterlapso, protestatio facta nihil prodest, et posterior publicam hypothecam habens, ipsi nihilominus praeferendus, vid. statut. rig. *lib.* 2. *cap.* 35. §. 2.

Praestat creditor in hoc contractu pignoratitio tantum 47 culpam levem, cum utriusque subsit utilitas, *l.* 5. *c. h. t. l.* 15. *ff. d. t.* Casum vero praestare non tenetur, cum ipse debitor adhuc sit dominus rei pignori datae, res autem pereat suo domino. *l.* 6. *et* 8. *c. de pign. act.* Nisi 48 in se receperit casum *ad l.* 6. *et* 7. §. 15. *ff. de pact.* vel culpa casum praecesserit, *l.* 5. §. 4. *et* 7. *ff. commod.* vel creditor propria auctoritate occuparerit, *l.* 30. *de pign. act.* In quo contrariatur jus statut. rig. *lib.* 3. *cap.* 49 9. §. 5. ubi quidem dispositum, quod creditor, casu fortuito pignus, vel animal quoddam pignori datum amiteus, si juramento se a culpa purgaverit, debitori respondere non teneatur, sed et insuper, amissione pignoris, exactionem debiti, pro quo pignus obligatum erat, amittat, ita, ut debitor plane liberetur, nisi conventione aliud inter eos initum probari possit. *d. l.*

50 Diximus in praecedenti, debitorem creditori rem oppignorare debere, quod tantum de pignore conventionali intelligendum. Judiciale enim, debitore quoque invito, ob executionem rei judicatae creditori a judice constituitur, vid. Franzk. *ad h. t. n.* 2. Mev. *p.* 7. *dec.* 297.

51 *n.* 7. Concordant statut. rig. *lib.* 2. *cap.* 35. §. 3. Quo vero judicialis illa hypotheca vim publicae habeat, requiritur jur. statut. ut creditor, impetrata hypotheca in judicio inferiori, expresse coram toto senatu, *uti num.*

52 *praeced. dictum*, eam sibi assignari curet, *d.* §. 3. Si igitur a creditore hypothecae constitutio probanda, si publica fuerit, ad acta recurrere potest, vel per alia documenta, vel, sine scripto confecta, per duos testes exceptione majores eam probare debet. Pignus vero traditum esse, per juramentum docere potest. vid. statut. rig. *l.* 3. *d. c.* 9. §. 2.

53 Probato pignore, et debitore solutionem protrahente, concedunt jura creditori facultatem pignus distrahendi, *l.* 7. §. 1. *de reb. eor. qui sub tut. l.* 8. *de distract. l.* 3. §. *ult. qui pot. in pign.* invito etiam debitore *l.* 2. *c.*

54 *debit. vend. pig. imped. non poss.* Quoad distractionem pignorum extrajudicialium tamen probe attendendum, an pactum adjectum, ubi statim vendi potest, modo dies adjecta *l.* 12. *c. de contrah. stipul.* vel interpellatio creditoris facta. *l.* 1. *c. de pign. l.* 32. *ff. de usur.* ut ita in mora constituatur debitor *l.* 7. *de pig. act. l.* 14.

55 *c. de distract. pign.* Si vero pactum nullum intercessit, una denunciatione interposita, pignus vendi potest, *l. fin.* §. 1. *c. de j. domin. impetr.* Si conven-

56 tum, ut non vendatur, non quidem distractio impeditur, sed trina vice denunciandum debitori, ut luat, *l.* 4. *ff. de pignor. act.* Negus. *p.* 6. *membr.* 1. *n.* 3. Bach. *vol.* 2. *disp.* 1. *th.* 8. *lit. c.*

57 Jura statut. rig. quod attinet, ea quoque hic recessisse videntur, dum creditor civis, si pignora ab extraneo obligata habeat, quae ille justo tempore non luit, illi prius denunciare et judicialiter per citationem notificare, illud licitare, taxare, et, ut sibi adjudicetur,

58 petere debeat. Ea tamen sub conditione, ut pignore vendito, superfluum debitori restituatur; quoad residuum autem, si forsan pignus venditum non sufficiat, creditori actio reservetur, vid. *lib.* 3. *c.* 9. §. 4. In hoc correspondet juri civ. illud enim quod superest, semper

59 cedit debitori, Mev. *p.* 7. *d.* 110. *n* 4. Alius distrahendi modus praescribitur *lib.* 2. *cap.* 32. §. 14. *et* 15. qui, cum *d.* §. 4. *cap.* 9. egit de distractione pignoris ab extraneo obligati, merito de pignoribus a civibus

60 invicem datis intelligendi erunt. In qua distractione quoque jur. civ. dispositio non in omnibus attenditur. Tenetur enim creditor, si ultra conventum tempus pignus retinere nolit sed solutionem suam expetat, judici id indicare, et in publicis judicii diebus, coram judicio inferiori, pignus simul prima, secunda et tertia vice publice ad impetrandam executionem licitare; adhaec petere, ut illud protocollo inseratur et debito-

61 ri judicialiter notificetur. Si his factis debitor ad reluendum non sit paratus, creditor, praevia citatione debitoris, judicialem pignoris taxationem exigere, et facta taxatione, ad quam debitor denuo citandus, petere debet, ut terminus debitori ad luendum praefigatur, vel si deficiat, ut sibi in solutum detur, in tan-

62 tum, in quantum juxta taxationem sufficiat pignus. Quo facto judex spatium 6. septimanarum debitori ad reluitionem decernit, et deinde creditori executionem, una cum adjudicatione pignoris, in restantes usuras 6. pro centum et ipsum capitale sine ulteriori dilatione praestat. De distractione pignoris praetorii seu ob immissionem facti commodius, *cap. ult.* agere licebit.

Subjiciendi quoque essent adhuc alii modi, quibus 63
pignus vel hypotheca dissolvatur, verum cum de iis nihil in jure stat. reperimus ad *t. t. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* ibique commentantes non remittimus.

Consideravimus hucusque contractus reales, jam ad 64
verbales descendimus, de iis tamen acturi, quatenus eorum in jur. nostro stat. mentio fit. Et cum omissis stipulationibus, de fidejussoribus pauca adducantur, ea hic perlustrabimus. Adsumi possunt fidejussores 65
omnes, etiam absentes, Hering. *de fidej. c.* 11. *num.* 82. in omnibus, obligationibus, sive re, sive verbis, literis contractae fuerint, *per* §. 2. *instit. d. t.* imo etiam pro dote solvenda promissa, *de quib. act. c. praec. v.* Et cum jure civil. possessores rerum mo- 66
bilium cautionem interdum offerre teneantur, et hic accedere possunt, cum quo convenit jus statut. rigens. *lib.* 3. *c.* 14. §. 1. ubi debitor obligatur in judicio fidejussoribus cavere, se intra judicialiter praefixum terminum soluturum. A qua fidejussione offerenda ta- 67
men excusantur rerum immobilium possessores. *l.* 2. *cap.* 8. §. 3. modo bona ultra debiti quantitatem non sint gravata. *per d. c.* 14. §. 4. In quo correspondet juri civ. *per l. sciendum* 15. *ff. qui satisd. cog.* Sufficit 68
quoque hic possessio, licet non titulo domini directi, sed tantum utilis, possideat, ut emphyteuta, vassallus, Carpz. *p.* 1. *const.* 5. *d.* 20. Mev. *p.* 8. *dec.* 421. *n.* 5. concordat jus stat. *lib.* 3. *c.* 13. §. 3. Et quam- 69
vis Mev. *p.* 2. *dec.* 257. velit; quod si possessio immobilium vix videatur sufficere, juratoria cautio adjungi possit, illud tamen jure statut. procedere vix puto, *juxta d.* §. 2. ubi debitor, si bona ultra quantitatem debiti non gravata, tantum excusatur: et hinc, si bona non sufficerent, ad satisdationem obligaretur, cautioque juratoria vix admitteretur. Ad hanc rerum 70
immobilium possessionem Carpz. *in proc. jur. sax tit.* 9. *art.* 5. *n.* 70. existimat sufficere, si in eadem provincia quis talia bona habeat, quod tamen jure statut. rigens. secus, ubi expresse *l.* 2. *c.* 8. §. 3. exigitur, ut bona sub civitatis magistratus jurisdictione sita sint.

Non tamen admittuntur fidejussores in delictis seu 71
criminibus, pro quibus poena corporis afflictiva, imponenda venit; mulominus carceratus, datis fidejussoribus, relaxandus *l. divus* 3. *ff. de custod. reor.* Farin. *qu.* 33. Damhoud. *in prax. crim. cap.* 20. *n.* 4. Carpz. *in pr. crim. qu.* 112. *n.* 34. Anton. Gomez. *tom.* 3. *var. resolut. c.* 9. *n.* 8. Cum quo convenit jus statut. 72
rigens. *lib.* 3. *c.* 14. §. 5. hoc speciale subjicieus; quod consensu actoris id fieri possit; in quo a jure civ. recedit. Fures vero, praedones et omicidae tam jure 73
civil. quam jure statut. *d.* §. nullo modo sub fidejussione sunt dimittendi.

Haec obligatio fidejussoria vero, cum sit accessoria, 74
l. 1. §. 8. *ff. de o. et a.* §. *fidejussio* 5. *j. de fidej. l. hi qui accessionis* 34. *ff. d. t.* Carpz. *p.* 3. *dec.* 251. *n.* 18. 19. sublata principali, quoque tollitur; sic si debitum sublatum praescriptione Mev. *part.* 4. *decis.* 189. et ipsa fidejussio quoque sublata erit. Similiter si quis de judicio sisti fidejusserit, ipseque se stiterit, fidejussor liberatur, vid. statut. rigens. *d. c.* 14. §. 3. Si vero judicialiter sistendus moriatur, liberatur et 75

tunc fidejussor *d.* §. 4. cum ipsi nulla culpa imputari
76 possit. Quodsi autem debitor non solvendo, obligatur fidejussor creditori ad id, quod tempore fidejussionis in obligatione principali fuit *l.* 10. *c. h. t.* tam ratione sortis, quam usurarum *l.* 16. §. 1. *h. t. d. l.* 10. add. Hercul. Marescot. *var. resol. lib.* 2. *c.* 19. *n.* 10. v. stat. rig. *d. l.* 3. *c.* 14. §. 1.

77 Conveniendus et excutiendus tamen primo debitor, cum fidejussor jure novo gaudeat beneficio ordinis seu excussionis *nov.* 4. et auth. praesente *c. h. t.* Coler. *de process. execut. p.* 1. *c.* 10. *num.* 308. Carpz. *part.*
78 2. *c.* 18. *def* 11. *num.* 14. Si vero plures adsint fidejussores, singuli in solidum obligantur §. 4. *j. d. t.* In quo discrepat jus statut. rigens. dum omnes tantum pro parte, vel quota sua obligati dicuntur *d. c.* 14.
79 §. 6. Et licet hoc beneficium epistola divi Hadriani fidejussoribus quoque concedat, ut scil. non nisi pro parte conveniri possint, *d.* §. 4. *j. h. t. l.* 26. 27. 28. 31. *ff. h. t.* In eo tamen adhuc latitat differentia, quod jure civ. exceptione diversionis, jure statut. vero, ipso jure hoc
80 beneficium nanciscantur. Quod beneficium tamen fidejussores amittunt, si sub clausula: *Einer vor alle, ingesamt*, fidejusserint, vid. statut. rigens *d.* §. 6. ita ut creditori liceat, a quocumque velit, integram summam
81 expetere. Quod secus jure civil. ubi nihilominus beneficio divisionis fidejussores, etiamsi clausula dicta adjecta fuerit, gaudere defendit Struv. *in Syntagm. j. c. exerc.* 47. *th.* 44. *ex l.* 3. *c. de fidej.* dn. Praes. *in caut.*
82 *contract. necess. sect.* 2. *c.* 6. §. 25. Si autem fidejussor conventus, totum debitum solverit, quantum a fidejussoribus repetere possit, vid. apud Ferd. Ar. de Mes. *var. res. lib.* 1. *cap.* 23. *n.* 14.

83 De literarum obligationibus, juxta praescriptum ab imperat. ordinem, agendum nunc foret; verum cum de iis jura statut. rig. nihil speciale sibi constituere, eas dispositioni juris civ. linquentes, obligationum, quae
84 ex consensu oriuntur, tractationem aggredimur. Fiunt vero consensu obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, et man-
85 datis. Est itaque Emptio, contractus de re cum certo pretio commutanda *l.* 8. *ff. de contrah. empt. princ.*
86 *inst. de empt. vend.* Ineunt hunc contractum, qui consentire, et bona sua administrare possunt: ex speciali
87 tamen ratione nonnulli prohibentur, quos vid. *in* Struv. *synt. j. c. exerc.* 23. *th.* 3. Jure nostro stat. prohibentur foeminae emere, vendere, sine consensu mariti, nisi *Strickwerck, Leinwand, Flachs, Wolle, Wollkarten, und Spinnrocken*, caetera, si quae emerint, maritus ad
88 solvendum non obligatur, v. *l.* 3. *c.* 11. §. 8. Ea tamen quae sine consensu emerunt, vendere cum viri assistentia ipsis permissum. Si vero foemina mercatrix, h. e. quae fenestram et tabernam habet apertam, pondus, liberam, mensuram, modium, numerum et ulnam, mercesque venum exponit *d. l.* 3. *cap.* 6. §. 5. *et cap.* 11. §. 8. quaedam emerit, pretium sine mora cum marito solvere debet, *d.* §. 5. quippe ex communi negotiatione pro se invicem obligantur Mev. *p.* 2. *dec.* 206. *n.* 3.
89 Illud praeterea speciale continet jus stat. rig. quod nulla res immobilis catholicis monasticam vitam amplectentibus, vendi possit, *l.* 3. *c.* 11. §. 5.

90 Consistit substantia hujus contractus in re, pretio, et consensu. Res emi vendique potest quaelibet, quae
91 in commercio *l.* 34. §. 1. *h. t.* tam mobilis quam im-
92 mobilis jur. civ. ab eo, qui dominium rei habet. Jure nostro statut. secus esse, quoad res immobiles, illasque sine consensu propinquorum vendi non posse, *jam supra notavimus cap. V.* Dicitur vero res haereditaria 93
res immobilis scil. quam vir et uxor sibi comparavere, tum demum, si unus ex illis vivis discedat; quamdiu vero uterque superstes, eam rem rursus alienare, 94
Statuta ipsis simpliciter permisere; si vero maritus superstes, uxore mortua, et vice versa, cessat illa facultas alienandi, et res tunc facta est haereditaria. Si 95
igitur talem rem pars superstes, vel unus ex haeredibus alienare velit, obstringitur eam duobus proximis agnatis, ab utraque parte, tam patris, quam matris, offerre, qui, si juri suo cedere velint, licitum illi est, pro lubitu plus licitanti eamdem tradere, *d.* §. 1. Quod 96
si autem necessitas concurrat, quae ante alienationem probanda, propinquorum consensus non requiritur stat. rig. *l.* 3. *cap.* 11. §. 4. Necessitas enim legem non habet *l.* 1. *c. ut nemini lic. lib.* 10. Gail. *l.* 1. *obs.* 102. *n.* 6. *et seq.* Carpz. *decis.* 4. *n.* 20. *et dec.* 21. *n.* 12. Pretium quod attinet, illud certum esse debet *l.* 36. *l.* 72. 97
§. 1. *contrah. empt. l.* 8. *c. eod.* consistens in pecunia numerata §. 2. *j. h. t. l.* 1. §. 1. *eod.* His si tertium ac- 98
cedat requisitum, consensus scil., emptio est perfecta, ita, ut a nullo rescindi possit *pr. j. h. t. l.* 4. *et* 14. *c. de rescind. vend.* concordant stat. rig. *d. c.* 11, §. 1.
Consummatur vero per traditionem, vi cujus, dominium 99
rei traditae emptor consequitur, Mev. *p.* 8. *decis.* 23. *n.* 1. cum quo convenit jus stat. rig. *lib.* 3. *c.* 10. §. 1.
In rebus immobilibus vero, praeter traditionem, judi- 100
cialem resignationem requirit *d. c.* §. 6. in quo stat. a jure civ. recedere jam *cap. v.* notavimus. Traditae 101
autem res non aliter emptori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore, §. 41. *inst. de r. d.* Conditio enim haec dominii translationem impedit, *l.* 8. *ff. de reb. cred.* Mev. *p.* 4. *d.* 206. Quodsi tamen venditor 102
emptoris fidem secutus fuerit, res vendita, ante pretii solutionem, statim emptoris fit *d.* §. 41. Bich. *decis. rot. rom. dec* 552. *n.* 4. *et decis.* 204. *n.* 16. Cum quo convenit jus stat. rig. *d. c.* 11. §. 2. ubi venditor fide semel habita, quod ex verbis, *also creditiret, dass er auch das Gut an des Kauffers Wehre gebracht*, pa- 103
tet, ab emptore postea fidejussores propter futuram solutionem expetere non potest: nisi notorium, emptorem tamquam haud possessionatum e civitate secessurum.

Quemadmodum igitur emptor pretium dare, ita quo- 104
que venditor ultra traditionem, et ad evictionem ex natura contractus, etiamsi nihil expressum, praestandam obligatur, *l.* 11. §. 2. *de act. empt. l.* 6. *c. de evict.* Mangilius *in tract. de evict. quaest.* 151. *n.* 7. *et quaest.* 21. *n.* 14. Hercul. Marescott. *var. resol. l.* 2. *c.* 19. *n.* 14. Ea enim, quae tacite insunt, non opus est, ut exprimantur. Tenetur itaque venditor, re evicta, empto- 105
ri non tantum ad pretium rei restituendum, Mangilius *d. qu.* 151. *n.* 13. sed et ad interesse rem evictam non esse, Mev. *p.* 1. *decis.* 115. *n.* 2. *l.* 6. *l.* 9. *l.* 25. *c. de evict. l.* 17. *c. eod.* Ad quam evictionem praestandam usque ad 30. annos venditor obligatur, *arg.* 106
l. 3. *de praescript.* 30. *annor.* Quod jure nostro statut. secus, ubi, postquam a venditore res immobilis 107
emptori, in publicis judicii diebus, publice assignata, tantum ad annum et diem de evictione tenetur, *d. c.* 11. §. 1. Intra praescriptum tempus enim, si res a

nemine evincatur, publica ista assignatio, vim juli-
108 cati obtinet *d. c.* §. 7. Si autem intra illud tempus, jus sibi in rem venditam competere aliquis asserat et obtineat, praestant venditor ejusque fidejussores emptori omne damnum et interesse, et ab unaquaque decima
109 marca, unam ad emendationem tribuit. Conveniri quoque potest venditor, ex edilitii edicti parte secunda, si jumentum vitiosum vendiderit, *l.* 38. *princ. et* §. 5. *ff. de aedil. edict. l.* 1. §. 7. *d. t. l.* 101. *de v. s* illudque emptor intra semestre spatium *l.* 38. *princ. de aedil. edict.* (in quo differt a jur. stat. rig. ubi intra octiduum redhibendum *d. cap.* 11. §. 3.) redhibuerit, ad
110 pretium restituendum *l.* 27. *et* 27. *d. t.* Enarrantur
111 vero vitia in statutis nostris, *Rotzige*, *Hauptsieche*, *Staarplinde*, *und Stetige*. Illud praeterea speciale observandum quoad statuta nostra *d.* §. 2. quod emens jumentum, et tribuens solidum, *ein Gottespfenning*, emptionem per totam diem revocare possit; si vero nox intercesserit, additus ille solidus contractum reddat ir-
112 revocabilem, (nisi unum ex enarratis vitiis subsit). In quo a jur. civ. recedit, ubi mox, cum de re et pretio consensere contrahentes, uti dictum, contractus est irrevocabilis.

113 Emptioni et venditioni proximam esse locationem et conductionem iisdemque regulis consistere dicit *imper.*
114 *in princ. inst. locat. cond.* Agitur in ea de praestando certae rei usu, aut praestanda opera personae, pro
115 certa mercede *l.* 14. *l.* 22. §. 12. *h. t. princ. j. d. t.* Obligatur itaque locans conductori usum, ad praefinitum tempus, praestare *l.* 32. *c. h. t. l.* 15. *pr. ff. d. t.* In certis tamen casibus, etiam invitum, expellere jura permittunt v. *l. aede* 3. *c. locat. cond.* ut si aedes in solutum dari necessitas exigat Mev. *p.* 4. *dec.* 68. *n.* 244. vel, si locans finito termino, rem locatam vendat *per l.* 9. *c. d. t.* ob vulgatissimam regulam: *Kauff gehet vor Miethe.* Mev. *p.* 5. *decis.* 340. Stat. rig. *d. l.* 3.
116 *c.* 12. §. 2. Extra hos vero casus, si sc. ante elapsum terminum domus vendita, locans conductori tenetur ad omne damnum et interesse *l.* 24. §. 4. *l.* 30. *l.* 33. *ff. d. t.* Mev. *p.* 1. *dec.* 54. Carpzov. *p.* 2. *c.* 37. *def.* 17.
117 Concordant statut. rig. *d.* 2. Et quamvis jur. civil. necessaria quidem denunciatio voluntatis, ut contractus finiatur; certum tempus tamen ei non praefixum, sed quolibet tempore fieri potest *l. item quaeritur* 13. §. *qui impleto* 11. *ff. ibique dd. h. t.* Mev. *ad jus lub.*
118 *lib.* 3. *tit.* 8. *art.* 2. Quod secus jur. stat. rig. ubi ex recepta veteri consuetudine, per semestre anni spatium denunciatio, ut finis locationis sit, praecedere debet, quae si non praecesserit, conductor ad cedendum compelli nequit *d.* §. 2.

119 Obligatur vicissim conductor rei mercedem integram solvere *l.* 55. §. *ult. h. t.* licet deserat rem sine justa
120 *d. l.* Si vero casu fortuito conductor iis uti impediatur, ex aequo et bono judex mercedem arbitrabitur, habita ratione temporis, quo quis uti non potuit *l. si fundus* 3. *in f. l. ex conducto* 15. §. *si vi tempestatis et*
121 *seq. ff. h. t.* Boer. *dec.* 249. *n.* 4. Hinc si aedes conductae casu vel incendio ante finitum locationis tempus intereant, conductor pro rata tantum mercedem solvit, *l. sed addes* 19. §. 6. *l. qui insulam* 30. §. 1. *locat.* Cacheran. *dec.* 98. *n.* 9. Hercul. Marescot. *var. resol. l.* 2. *c.* 76. *n.* 31. Jure stat. rig. *d. l.* 3. *cap.* 12. §. 1.
122 vero distinguendum: an aedificium conductum intra semestre spatium, ab initio contractus vel anni, in quem locatio facta est, incendio conflagraverit, non attento, sive per paucos, sive per plures dies usus domus duraverit, et conductor tenetur ad dimidiam mercedem: an vero ultra dimidii anni vel temporis, in contra- 123
ctu expressi spatium, et tenetur ad integram mercedem *d.* §. 1.

Praeterea cum non tantum pro uso rei, sed et per- 124
sonae opera in hoc contractu solvatur merces §. *ult. in fin. mandat. l.* 20. *h. t. l.* 22. *de p. v.* et in statutis nostris personarum opera versetur vel circa negotia terrestria vel maritima, nosque de iis jam *cap. II.* quaedam adduxerimus, de his pauca in medium nunc producemus. Intercedunt autem actus locati conducti, vel 125
inter conductores et magistrum navis, vel inter magistrum navis et nautas. Quod actus conductorum cum 126
magistro navis concernit, eodem modo, quo antea dictum, uterque contractum implere tenetur. Si igitur 127
magister navis vel ob morbum iter suscipere impediatur, contractui inito renunciet, necesse est, nihilque praeter illud, quod mercedis loco accepit reddit, vid. stat. rig. *l.* 5. *cap.* 2. §. 3. In quo convenit cum jur. civ. *arg. l. si fundus et l. seq. ff. locati.* Vel patia- 128
tur, ut alius magister ab exercitore vel conductore navis substituatur, vel ipsemet alium substituat *d.* §. 2. Si vero ipse iter suscipiat, omnia caute observabit, 129
ne mercibus damnum inferatur *d. c.* §. 11. Nam navi non satis praeparata, damnum mercibus illatum, re- 130
sarcire magister tenetur v. statut. rigens. *d. c.* §. 12. convenit jus civ. *arg. l.* 13. §. 1. *l.* 19. §. 1. *loc.* add. Franc. Stypman. *de jur. marit. et naut. p.* 4. *c.* 10. *n.* 200, *et seq.* Secus, si vi tempestatis navis vel merces deterioratae, cum culpa ipsi imputari non possit stat. rig. *d.* §. 12. *arg. l.* 15. §. 2. *ff. d. t.* Stypman. *d. l. n.* 222. Tenetur quoque magister navis, si plus justo na- 131
vem oneravit statut. rigens. *d. l. c.* 4. §. 1. *l. un. c. ne quid oner. publ.* Stypmann. *c. l. n.* 211. In eo tamen recedunt a jur. civ. statuta, exigentia, ut monitum aliquod praecedat, illudq; a magistro spernatur *d.* §. 1. Liberatur vero magister navis ab omni culpa, 132
si mercator navim ingrediens, animo merces suas recipiendi, dolium, cui vinum, oleum, aliaeque fluidae materiae inclusae, ter digito pulsaverit, illudque extrahi jusserit, ita, ut mercator ab eo tempore obligetur, vel integram mercedem praestare, vel permittere ut a magistro retineatur. At, quid si in extrahendo damnum, 133
rupto scilicet laqueo contingat, solus magister, si a nautis interrogatus, an laqueus ille sufficeret ipseque affirmaverit, ad omne damnum tenetur; si vero nautae magistrum non interrogaverint, damnum soli nautae resarcire debent *d. cap.* 2. §. 13.

E contrario exigunt quoque jura civil. et statut. ut 134
conductores navium contractum omni ex parte impleant, plenamque vecturae mercedem solvant. Hinc si quis 135
navim conduxerit sub conditione et promisso totam eam onerandi, quam tamen non plene mercibus onerat, nihilominus promissam praestare debet mercedem Marquard. *de jur. mercat. l.* 2. *cap.* 10. *n.* 21. correspondet jus statut. rigens. *lib.* 5. *cap.* 3. §. 3. Nisi aliter inter 136
eos convenerit *d.* §. 3. Idem fere obtinet, si mercator promiserit, intra certum tempus inferre merces in navim, nec id fecerit, ita ut magister nautaeque impediti fuerint, tunc praestabit interesse, de quo nautae quartam, magister qui ipsis alimenta praebuit, reliquas tres partes capit vid. *d. cap.* 3 §. 4. Si vero parata 137

navi ad navigandum, vacuum navis spatium ipsi conductori vel aliis mercatoribus intra portum ostenderit magister, ad integram vecturae mercedem conductor obligatur *d. c.* 3. §. 5. cui correspondet jus comm.
138 *arg. l.* 24. §. 2. *et l.* 15. §. 2. *ff. locat.* Modo non magister navis vacuum illud spatium aliis mercibus, absque omni impedimento, implere potuerit vid. stat.
139 rig. *d. c.* 3. §. 5. Verum, quid si mercator merces quidem intulerit, eas tamen rursus extrahere desideraverit; magistro nihilominus integram mercedem exsolvere debet *d. c.* 3. §. 6. Idque et jur. civil. cum per magistrum non steterit, quominus locatas operas
140 praestaret *l.* 38. *ff. loc.* Quod procedit jur. statut. si scil. magister, explicatis velis, ex flumine Duna mare jam petierit, ita, ut terrae cursum amplius perspicere haud possit *d. c.* 3. §. 1. *et* 6. Secus vero si quis navim conduxerit, eamque oneraverit vel non, vel si merces illatas extrahere desideraverit, priusquam navis ad navigandum parata, ubi tantum dimidium pretii
141 praestando liberatur *d.* §. 1. Quod et omnibus mercatoribus, quotquot conduxere navim, de extrahendis mercibus inter se convenientibus conceditur, ut praestito dimidio mercedis pretio, ab inito contractu resilire possint *d. c. d.* §. 6. in quo a jure civili recedit
142 *l.* 38. *ff. loc.* De mercedis promissae solutione tamen si dubitet magister, concedunt jura statut. rigens. *d. c.* 3. §. 2. ipsi retentionem mercium usque ad so-
143 lutionem. In quo juri civil. conveniunt, cum enim et cauponibus et aurigis hoc concedatur beneficium, merito et nautis concedendum erit pro mercede conducta *per l.* 2. *pr. verb. imo etsi retineat ff. ad l. rhod.* Coler. *process. execut. l.* 1. *c.* 2. *n.* 246. Rebuff. *de lit. obligat. art.* 4. *gloss.* 2. *n.* 31. Stypmann. *c. l. n.* 237.

144 Eodem modo, quo hactenus dictum, contractus locationis et conductionis quoque inter magistrum na-
145 vis et nautas servandus. Ex hoc enim obligantur nautae, susceptum iter totum absolvere, adeo, ut jura ipsis privilegium concesserint, quod ob debitum arrestari et ex portu reduci non debeant, ne magistro inde impedimentum creetur; executio tamen in bonis eorum fieri potest, quibus deficientibus, magistroque nautarum operis indigente, ipse pro iis debitum ex-
146 solvit statut. rigens. *d. c.* 2. §. 4. Si autem ipsimet nautae a contractu inito resiliant, navimque deserant, non tantum mercede privantur, sed aliis gravibus poenis subjiciuntur. Marqu. *de jur. merc. l.* 2. *c.* 10. §.
147 45. In quo convenit jus statut. rigens. *l.* 5. *d. c.* §. 6. nisi in eo discrepet, quod non tantum tota mercede priventur, sed et dimidium pretium de suis su-
148 peraddere debeant. *d.* §. 6. Cui poenae subjacent et nautae vel navarchi, qui artis nauticae imperiti ope-
149 ras suas locarunt *d. c.* §. 7. Et quamvis de jure civ. operas suas ad negotium certum locans, ultra id haud teneatur, illud tamen jur. statut. quoad navale iter mutatum reperimus *d. c.* §. 9. Ubi, licet navarchus
150 conduxerit nautas ad certum locum navigandi, postea vero propositum mutaverit, cursumque suum alio direxerit vel substiterit in certo loco, ex quo ob ingruens brumale tempus ipsi reverti non licuerit, nautae nihilominus obligantur, eum ubique sequi, adeo, ut si quis eorum factionem excitare tentaverit, factio-
151 sorum poena afficiendus sit. Absoluto itinere vero, magister navis juxta arbitrium virorum maritimi itineris peritorum, nautis interesse, non deductis alimentis praestabit. In quibusdam tamen casibus per- 152
misere jura stat. nautis a contractu inito resilire, si scil. ante consummatum iter nautae ipsimet, navim accipiant, in quo magistri officio fungantur, aut matrimonio interveniente detineantur. Quibus casibus, 153
reddito eo, quod accepere ob favorem matrimonii liberantur statut. rigens. *d. cap.* §. 8. concordant alia jura nautica a Marquard. *de jur. mercat. l.* 2. *c.* 10. §. 47. citata. Sicuti igitur nautae omnia secundum mo- 154
dum contractus praestare tenentur: sic quoque magister navis ipsis non tantum integram mercedem tribuere, sed et, si forsan in officio suo constituti laedantur, ipsos et quidem ex sumptibus navis, curare tenetur. Secus vero, si extra negotia nautica damnum ipsis contigerit, vid. stat. rigens. *d. c.* §. 5. Curabit 155
et tunc magister nautas, si in itinere morbo quodam corripiantur. Imo si obeant, eorum haeredibus mer- 156
cedem praestabit, hoc tamen modo, ut si in illo loco, ad quem profecti, moriantur, haeredes dimidiam, si vero in revertendo, integram promissam mercedem expetere possint *d. c.* §. 10. in quo jure civili rece- 157
dit jus statut. ubi tantum pro rata merces haeredibus adjudicatur, uti diximus *cap.* 2.

Tantum de actibus magistri et nautarum in con- 158
tractu. Cum vero negotia maritima hic tractanda susceperimus, paucis de *naufragio et jure avariae* hic annectemus. Ingruente igitur naufragio, navique mox 159
imum petitura, jura statut. rigens. *d. l.* 5. *c.* 5. §. 1. injungunt nautis, ut primariam curam impendant in servandis hominibus, deinceps pecunia *das reite Gut*, si post haec armamenta navis custodire velint, hoc ipsis permittitur: modo in continenti mercatoribus 160
scapham concedant, quo et illi hac ratione bonis suis consulere valeant, quibus nautae, sub poena amissionis mercedis, succurrere obligantur; juxtum tamen salvationis praemium deinceps exposcere ipsis haud denegatur. Periculo naufragii vero tantummodo im- 161
minente, concessere tam jura communia quam statut. magistro facultatem bona quaedam projiciendi, levandae laborantis navis gratia, ut Jct. Paulus loquitur *in l.* 2. *ff. ad l. rhod. de jact.* Eo tamen observato 162
ordine, juxta stat. rigens. *d. c.* 4. §. 4. ut prius ejiciatur illud, quicquid superflui *Uberlasts* loco est, cujus numero et illud venit, quod conducens ultra conventionem navi intulit; aut armamenta navis, ancho- 163
ras, rudentes, communis periculi removendi causa, dejiciendi voluntate navigantium. Quod damnum ta- 164
men, imo et aliis superstitibus rebus forte madefactis illatum, vid. statut. rig. *d. l. c.* 4. §. 7. contributione omnium resarciendum vid. *l.* 5. §. 1. *ff. d. t.* statut. rigens. *d. c.* 4. §. 5. In quibus cum aliis statutis 165
concordant, quae allegata vid. apud Marquardum *l.* 3. *c.* 4. §. 12. In eo tamen discrepant statuta nostra, 166
quod juxta Marquard. *c. l.* et nautae simpliciter contribuere debeant; juxta. stat. nost. dispositionem vero, aut dimidia pars bonorum ejicitur, et nautae nihil contribuunt, aut ultra dimidiam, et contributioni sunt obnoxii *d. cap.* §. 2. Qui et hoc speciale privi- 167
legio gaudent, quod, licet tota navis perierit, et tantum ex armamentis navis liberatum, quantum ad mercedem ipsis exsolvendam sufficit, nihilominus a magistro integram mercedem expetere possint jur. statut. rig. *l.* 5. *c.* 5. §. 6. Quodsi vero armamenta na- 168
vis vi venti vel tempestatis frangantur, ea in contribu-

tionem haud veniunt, nec ulla magistro competit actio, sicuj nec faber sctionem habet, si malleum fregerit *l.* 2. §. 1. *et l.* 6. *ff. ad l. rhod. de jact.* conveniunt statuta nostra *d. c.* 4. §. 3. *et* 5. add. Loccen. *de jur. marit. l.* 2. *c.* 8. §. 8. *in f.*

169 Cum vero damnum contributione omnium ex summa aequitate, vid. *l.* 2. *pr. ff. d. t.* sit resarciendum; omnes, quorum interest, jactum esse factum, etiam ipsi exercitores, quorum navis hoc modo conservata,
170 contribuere tenentur, *per l.* 2. *d. t.* Unde nec ii excipiuntur, qui tale quid navi imposuere, unde minime onerari potuit, veluti aurum, argentum, margaritas, holoserica, aliaque. Jacturae enim summa pro rerum pretio distribuenda, ut Jctus loquitur *in l.* 2.
171 §. 2. *d. t.* Coincidit jus statut. rigens *d. lib. cap.* 4. §. 6. Nisi consumendi gratia quaedam res impositae fue-
172 rint *l.* 2. *ff. d. t.* et jur. statut. *d.* §. 6. In hoc tamen discrepat jus stat. a jur. civ. quod nautarum bona, *der Boots Leute Frey Gut*, quae tamen aestimationem habent, huic contributioni non obnoxia sint *d.* §. 6.
173 Nec subjacet contributioni jure statut. pecunia ex contractu Bodmeriae promissa *d. l. cap.* 6. §. 1. in quo convenit cum statut. Hamburg. *p.* 1. *tit.* 18. *art.* 6.
174 Sed quid si navis levandae causa, quo portum ingredi, vel arenam transire possit, merces quaedam naviculae alii impositae perierint, num eae quoque con-
175 tributione resarciendae? Quod omnino affirmandum, cum hic casus perinde aestimetur, ac si in ipsa navi accidisset, *l. navis* 4. *ff. d. t.* vid. statut. rigens. *d.*
176 *c.* 4. §. 9. Et damnum hoc ex nasi, bonis et mercede nautarum, quae tamen alias privilegio quodam gaudet,
177 resarciendum, vid. statut. rig. *d. l.* Quod si vero navis, postquam merces naviculae impositae, naufragium passa, hae contributioni non subjacent, v. *d.* §. 7. Jactus enim in tributum, nave salva, venit. *d. l. na-*
178 *vis.* 4. Praeterea ex navis bonis quoque sunt restituenda ea, quae impensa navim ingruente hyeme in securum portum transvehendi, vid statut. rigens. *d. l.*
179 *c.* 2. §. 14. Ab hac contributione vero liberantur, si res ejectae redierint ad dominum suum, imo si damnum jam resarcitum fuerit, dominus ad restituendum cogi poterit, vid. statut. rigens. *d. c.* §. 7. *l.* 5. *ff. d. t.*
180 Marquard. *l.* 3. *c.* 4. §. 40. Cessat quoque contributio, cum navis, cujus servandae causa res jactae, perierit, *l.* 4. *in pr. et* §. 1. *ff. d. t.* hujus enim amissae damnum resarciendum non est ab iis, qui suas res ex naufragio tamquam incendio liberarunt, *l.* 7. *ff. h. t.* con-
181 venit jus statut. rig. *d. lib. c.* 5. §. 4. Cessat quoque contributio, si magister navis navim nimium oneraverit, et posthabito aliorum monito, mare petierit, ubi solus in restitutionem jactarum deterioratarumque mercium condemnabitur per *l.* 1. *pr. ff. naut. caup.*
182 Concordat jus statut. rig. *d. l. c.* 4. §. 1. Et quamvis hoc casu Loccen. *de jur. marit. l.* 2. *c.* 8. §. 14. velit, damni restitutionem ad exercitorem et magistrum navis pro rata pertinere, illud tamen non procedit jur. statut. rig. ubi soli magistro navis haec restitutio in-
183 cumbit *d.* §. 1. An vero contributio quoque locum habeat, si navis vento concitata aliam petierit, eique damnum dederit, *seq. cap.* videbimus. Haec de negotiis maritimis.

184 Cumque imperator in *instit. sub tit. loc. condict.* et *emphyteuseos* mentionem faciat §. 3. *inst. de locat.*
185 *et conduct.* eam hic perlustrabimus. Gaudet emphyteuta utili dominio, vi cujus non tantum commoditates et utilitates ex emphyteusi obvenientes percipit *l.* 1. *pr.* §. 1. *ff. si ager. vectig.* conf. Struv. *in synt. jur. feud. exerc.* 12. *th.* 3. *et seq.* Sed etiam pro pos- 186
sessore rerum immobilium habetur, de quo jam in praecedentibus quaedam adduximus. Gaudet praeterea 187
et hoc beneficio, quod rem emphyteuticam obligare seu hypotheca onerare Olivar, *decis.* 819. *n.* 5. et meliorationes suas seu emphyteuticum jus in alium transferre quocumque modo possit. *l. ult. c. d. t.* §. *adeo.* 3. *inst. locat. cond. l.* 219. *de v. s. l.* 71. §. 5. *de leg.* 1. Hac tamen sub condictione, ut prius 188
domino emphyteuseos denunciet, emptionem faciendam, nisi jure suo cadere velit, *l. fin. c. de jur. emphyt.* Joh. a Sande *de prohibit. rerum alien. p.* 1. *c* 4. Quo facto si dominus dare idem pretium velit, 189
ipse rem prae aliis sibi comparare potest. *d. l. ult.* in quo concordat jus statut. *l.* 3. *c.* 13. §. 2. Privatur vero emphyteuta jure suo emphyteutico, si intra 190
certum tempus canonem non solverit, quod in ecclesiasticis est biennium, *cap. ult. x. loc. cond. nov.* 7. *c.* 3. in secularibus triennium *l.* 2. *c. d. t.* jure sta- 191
tut. aliud dispositum reperimus, ubi nulla privationis fit mentio, sed justo termino canonem non exsolvens, ad duplum condemnandus, vel si illud praestare nequeat, contra eum processus eodem modo quo in aliis rebus creditis instituendus. vid. statut. *d. c.* §. 1. Quomodo vero processus hic executionis suscipiendus, 192
tractatur in stat. rig. *lib.* 2. *cap.* 32. de quo *cap. ult.* agemus.

Contractum locati conducti excipit *societas*, in qua 193
de re vel opera ad uberiorem quaestum communicanda et damnum commune ferendum agitur conf. Hector. Felic. *tr. de societ. c.* 1. Duardus *de societ. l.* 1. *c.* 1. Quod attinet administrationem societatis, si 194
quoad eam socii convenire non possint, merito praevalebunt illi, qui majorem summam intulere. *arg. l.* 8. *ff. de pact.* Cui respondent stat. rigens. *l.* 5. *c.* 1. 195
§. 1. ubi, dissentientibus exercitoribus navis, illorum major ratio prae caeteris habenda, quibus maxima pars competit. Nisi hi in praejudicium reliquorum quid tentaverint, quod ipsis neutiquam concedendum *d. c.* 1. §. 2. Quemadmodum vero contractus hic con 196
sensu initur, ita quoque dissensu dissolvitur Olivar. *dec.* 1368. *n.* 3. renunciatione intervenieute vid. §. 4. *j. h. t.* Mev. *p.* 4. *dec.* 192. Licitumque est renunciati parti, si in re immobili societas inita fuerit, partem suam, cuicumque velit, jure civ. vendere, *per l.* 197
2. *c. commun. divid.* Quod jure nostro statut. secus, 198
ubi exercitoribus sociis non licet pro lubitu navim alienare, sed partem suam alienaturus: tenetur eam sociis offerre adjecta die et pecunia, quibus electio intra octiduum conceditur statut. rig. *l.* 5. *c.* 1. §. 1. Eadem ferme ratione, si societati incidenti socii re- 199
nunciare velint, res peragenda, ut scil. si duo haeredes, communem fundum possidentes, in ea possessione diutius subsistere nolint, unus divisionem expetens, teneatur pro eo fundo pecuniam offerre, alteri interim concessa facultate, an pecuniam, an fundum accipere velit, ad quod eligendum jura stat. ipsi 14. concessere dies, vid. *l.* 4. *c.* 8. §. 1. Si tamen in com- 200
munione permaneant, jure civil. sociis permissum, qua ratione velint ea re uti, cum quilibet pro parte sua sit ejusdem moderator et arbiter *l.* 21. *c. de*

201 *mandat.* Quod secus jure statut. rig. quod sociis communis domus haereditariae haud indulget, ut quivis pro sua parte domum illam saepe dividat, sed praecipit, ut alternative eam possideant, et communibus sumptibus reficiant, sorteque invicem dirimant, ecquis eorum primus ad possessionem admittendus *d. l.* 4. *cap.* 8. §. 1.

202 Efflagitaret ordo ab imperatore praescriptus ut de *mandato* nunc ageremus, sed cum jus statut. rig. illius mentionem non faciat, nisi quoad mandata procuratoribus concessa, ea *cap. ult.* adducamus, in reliquis in dispositione jur. civ. subsistentes ad contractus mercatorum innominatos, uti a Marquard. *l.* 2. *c.* 12. §. 1. nominantur, assecurationem scil. et cambium nos conferimus.

203 Quod *assecurationem* attinet, est illa receptio periculi mercium, navis transportandarum, pro certo

204 praemio, uti eam describit dn. Praeses *in caut. contract. sect.* 3. *cap.* 5. §. 27. Versatur haec circa navim, merces, res mobiles, quae pondere, numero et mensura constant, *l.* 2. §. 2. *vers. itidem ff. ad l. rhod. de jact.* atque omnes alias, quae appellatione mercis laxiori ad negotiationes porriguntur *l.* 1. §. 1. *de tribut. act. l.* 1. §. 6. *l.* 4. §. 2. *naut. caup. stabul.* et subjacere possunt periculo et internecioni, Scacc. *de*

205 *commerc.* §. 1. *quaest.* 1. *n.* 133. Cui correspondet jus stat. rig. ubi itidem asseritur, navim mercesque in hunc contractum venire posse, vid. *cap.* 7. §. 2. 3.

206 *et* 4. Merces vero in hoc contractu tantae necessitatis sunt, ut iis non existentibus, contractus subsistere

207 nequeat; hinc si merces quaedam assecuratae, quae postea navi non commissae, contractus nullius momen-

208 ti est, vid. Santern. *de assecurat. p.* 3. *n.* 15. Vel si pauciores immittantur, quam in contractu expressae, illaeque ad locum salvae perveniant, permittitur assecurato pecuniam ab assecurante repetere, hac tamen sub conditione, ut in utroque casu jure stat. rig. dimidium thal. pro centum sibi reservare possit, vid.

209 *d. c.* §. 6. Nec sufficit, si certo constet, merces assecurandas navi impositas esse, sed requiritur, ut etiam assecurationis tempore illae adhuc salvae sint, vel assecuratus ignorei, navim, merces que a latronibus directas vel alio casu fortuito submersas esse, nullumque dolum machinetur *arg. l.* 57. *ff. de contrah. empt.* v. Rot. Genn. *decis.* 102. *n.* 8. *et* 5. Grot. *de j. b. et p. l.* 2. *cap.* 12. *th.* 23. Stat. rig. *d. cap.* §. 3. Si

210 enim scivit assecuratus, navim mercesque periisse, pactione utique conventum implere tenebitur in poenam falsi asserentis aut decipientis, *arg. l.* 13. §. *item*

211 *Julianus.* 6. *ff. de act. empt. vend.* vid. Marquard. *l.* 2. *c.* 13. *n.* 30. *et seq.* Jure statut. rig. contractus ille

212 nullus dicitur v. *d. c.* §. 4. Scientia vero navim periisse, praesumptione colligitur ex itineris distantia et horarum elapsarum spatio, Marquard. *c. l.* cui correspondet jus

213 statut. *d.* §. 4. ubi pro absolvendis tribus milliaribus, duae horae computantur, illudque exemplo declaratur, *d.* §. a qua praesumptione tamen juramento se purgare

214 potest. *d.* §. 4. Aliud, si assecuratus sibi cavere curasset in eventum boni aut mali nuncii, et tunc subsistit contractus, si juramento confirmare possit, se eo tempore nullam interitus istius notitiam habuisse, vid. Marquard. *c. l. n.* 33. et concordantem §. 5. Stat. rig.

215 *d. c.* Est enim hic contractus b. f. vid. statut. rig. *d. c.* 7. §. 10. in quo omnia bona fide peragenda, Locren. *de jur. marit. l.* 2 *c.* 5. §. 8. concordant. statut. rig. *d. c.* §. 10. Quam ob causam tam assecurator et assecuratus, quam magister navis et nautae ab omni dolo abstinere debent; si quis vero in hanc legem impiugat, non tantum damnum et interesse praestabit, sed etiam poena corporis afflictiva, tamquam praedo et fur, pro rei circumstantia afficiendus *d.* §. 10. Periculum susceptum quod attinet, incipit illud vi stat. nostr. *l.* 5. *c.* 7. §. 1. ab eo tempore, quo merces in navalia translatae, ut navi immittantur; durat vero, si navis non tantum portum ingressa, sed et usque dum merces ibidem exoneratae fuerint. Imo et tunc, si merces in scapham trajectae fuerint, navis vel onerandae, vel oneratae levandae causa, quae egredi vel intrare portum non poterat, eaque scapha submersa sit; aestimatur enim ille casus perinde ac si navi ipsi accidisset, *l. navis.* 4. *pr. ad l. rhod. de jact.* Verum, cum periculi nomen generale, videbimus, num sub eo omnes casus comprehendantur. Affirmativam prolixe deducit Marquard. *l.* 2. *c.* 13. *n.* 40. *et seq.* scil. sub pacto generali periculi omnem continen casum fortuitum seu sinistrum; verior tamen est negativa juxta stat. tenorem, ubi expresse *alleg. c.* 7. §. 13. dicitur: sub verbis generalibus nullos casus fortuitos, ut ingruentia bella, quae tempore contractus nondum innotuerunt, incendia et simil. comprehendi debere, nisi illorum casum expressa fuerit facta mentio, et *eod. cap.* 7. §. 9. quod assecurator non obligetur, si mercibus in mari, vel alio in loco, extra casus in contractu expressos, quid contigerit. Hinc quoque casuum expressionem cautelae loco commendat dn. Praes. *in caut. contract. sect.* 3. *c.* 5. §. 29. Sed quid si ingruente tempestate merces quaedam mari injectae, an et tunc tenetur assecurator? Affirmat Marqu. *d. c.* §. 39. eum ex jactu necessario teneri, cum jactus et perdictio propter casum aequiparentur *l.* 4. *ff. ad l. rhod. de jact.* Cui correspondent stat. rig. *d. cap.* §. 8 moderamen tamen aliquod annectentia, dum assecurantem absolvunt, si damnum avariae restituendum, ultra unum thalerum ad centum extendi non possit *d.* §. 8. Periculum vero in se suscipere potest vel unus vel plures, quamvis mercatoribus assecurantibus naturalis et admodum necessariae cautelae loco commendatur, ne unus totius navis periculum in se suscipiat, vid. dn. Praes. *d. tr. sect.* 3. *c.* 5. §. 31. quippe contingente periculo omnibus bonis privaretur; hinc praestat, multos assecuratores ad unius navis periculum accedere, inter quos tamen seu primi, seu ultimi fuerint, nulla differentia subest, sed quivis pro rata, tam de lucro quam de damno participat vid. stat. rigens. *cit. cap.* §. 16. Periculo itaque suscepto, casibusque certis in contractu expressis, si navis assecurata ad navigandum facta fuerit inidonea, vel merces a praedonibus ablatae, vel alio modo corruptae, ita ut nulla spes eas recuperandi supersit, conceditur assecurato facultas merces assecuratas deserendi, casumque hunc assecuratori intimandi, et post praeterlapsum trium mensium spatium integram pecuniae summam, cessis mercibus deperditis, petendi stat. rigens. *d. c.* §. 7. In quo conveniunt cum statut. Amstel. *art.* 5. *et* 25. a Marquard. *d. c. n.* 71. allegatis. Si vero nihil certi de navi assecurata constet, nec de mercibus, an deperditae, an certo loco detineantur, concedunt jura nostr. statut. annum et diem ad eas inquirendas, intra quod spatium si nihil co-

gnosci potuit, pro deperditis habentur, et facta ab eo tempore intimatione assecuratori, tenetur hic intra tres menses, si interim nihil innotuerit, assecurato juxta praescriptam contractus formam satisfacere v. 229 stat. rig. *d. c.* §. 2. Adeo, ut si mora in solvendo nectat, ad centesimas usuras quotannis obligetur a tempore initi contractus v. stat. rigens. *d. cap.* §. 12. 230 Si autem praemia vel pecunia ob contractum assecurationis jam exsoluta fuerint, deperditis mercibus, ea a summa non deducenda, sed pro solutis habenda *d. c.* §. 11.

231 Permittuntur quoque jure nostro stat. assecurationes reciprocae alias recontre dictae, vi quarum mercatores sibi invicem bona sua, quae in diversis navibus ha- 232 bent, assecurationis loco obligant *d. c.* §. 14. Si itaque unius mercatoris merces pereant, vel a piratis auferantur, tenetur alter ex bonis suis, quae feliciter ap- 233 pulere, alteri satisfacere. Si vero a piratis res auferantur, qui unius hostis et alterius amici sunt, non 234 obligatur hic alteri damnum restituere; si ante initum 235 contractum hostilitas illa jam cognita fuerit; nisi aliud 236 pactis conventum *d. c.* §. 15. quae regulariter dare solent legem contractui.

237 Alter mercatorum contractus, cujus mentio facienda, est cambium, quo ita permutatur pecunia, ut pro pecunia alio certo loco alia pecunia aequivalens, interveniente alia mercede, detur, Struv. *in syntag. jur. civ.* 238 *exerc.* 25. *th.* 40. Exsoluta itaque pecunia a remittente, obligatur trassans ad solutionem alibi faciendam, et hoc fine remittendi schedulam cambialem tradit, ex qua ratione ille verus debitor fit remittentis, cum vi contractus ad cambium alibi exsolvendum sit obstrictus, vid. Raphael de Turri *de camb. disp.* 2. *qu.* 239 2. *n.* 2. Transmissis literis cambialibus iisque receptis, prima cura praesentantis est, ut illae ab eo, cui facta est trassa, acceptentur, qui si acceptaverit tamquam expromissor ad solvendam summam tenetur, v. 240 statut. rigens. *d. lib.* 5. *cap.* 8. §. 1. Similiter obligatur, qui literas cambiales accipit, cum promisso cambium acceptandi, *v. d. c.* §. 4. Si vero minister vel 241 exercitor, moribus factor dictus, sine instructione vel potestate acceptandi eas acceptet, dominus ad solvendum cogi non potest, nisi id sponte facere velit, v. 242 stat. rig. *d. c.* §. 7. In quo convenit cum jure civ. ubi non tenetur dominus ex facto ministri, nisi ejus rei tantum gratia, cui magister praepositus fuit, nam praepositio dat legem contrahentibus, *l.* 1. §. 18. *ff. de exerc. act. l.* 5. §. 1. *de institut. act.* v. Franc. Stypm. *de jur. marit. et naut. p.* 4. *c.* 8. *n.* 102. *seqq.* 243 Si autem ille, in quem trassa facta, cambium acceptare recuset, cautus sit admodum praesentans, ut debito tempore protestationem interponat, et ita cambium ad trassantem remittat, quo ita facultatem executive contra hunc agendi consequatur, Gait. *de credit. cap.* 244 2. *tit.* 7. *n.* 233. *et seqq.* Raphael de Turri *tract. de camb. disp.* 2. *qu.* 12. *n* 15. jure statut. rigens. non acceptatis literis praesentans in continenti protestetur, vel post triduum, si interim nulla adsit occasio, literas 245 remittat. Si vero, praeterlapsis his tribus diebus, cambium acceptare velit trassans, praesentans denuo protestetur, factamque protestationem remittat, literis cambialibus retentis, donec dies expressus, in quem 246 solutio facienda venerit. Interim si trassans se offerat ad solvendum, praesentans solutionem hac sub conditione, ut impensae in protestum factae quoque restituantur, accipere debet. Si vero et eo tempore acceptare 247 recuset praesentans, protestetur de interesse et damno remittatque literales cambiales una cum protesto, petens sortem interesse et damnum a principali remittente v. statut. rig. *d. cap.* 8. *n.* 2. *et* 3. Remissis hac 248 ratione literis cambialibus, tenetur remittens, si haud possessionatus, vel fidejussoribus vel pignoribus satisdare, de sorte, damno et interesse, *d. c.* §. 6. De 249 stylo et consuetudine mercatorum tamen receptum, ut quisque literas cambii, ad se non directas, solvere in honorem scribentis, solvendoque sibi acquirere actionem et obligatum eum habere possit, qui scripsit, *decis. rot. gen. ds.* 32. *n.* 1. Concordat jus statut. rig. 250 *d. c.* §. 8. Illud tamen insuper exigens, ut per transportum vel protestum literas cambiales in se transferat. Caute vero agat tertius, ut ad solutionem cambii, cujus 251 tracta in alium facta, non prius se offerat, quam si protestatio contra tractantem intercesserit, v. du. Praes. *in caut. sect.* 3. *c.* 5. §. 14. Cui correspondent statuta 252 *c. l.* quae tertium tum demum ad solutionem admittunt, si ille, in quem tracta facta, literas honorare nolit. *d.* §. 8.

Tempus quod attinet, intra quod cambium acce- 253 ptatum solvendum, est vel conventionale, vel consuetudinarium: si conventionale, in literis cambii id exprimi solet. Et licet in cambiis dies aut tempus non 254 sit de substantia contractus, Scacc. *de commerc.* §. 1. *gloss.* 1. Franc. Stypmann. *d. c.* 8. *n.* 51. ante diem tamen in literis praefixum solvere cambium non licet, v. Marquard. *de jur. merc. l.* 2. *c.* 12. *n.* 68. *et* 69. Conveniunt stat. rig. *cit. cap.* §. 9. ubi et illud adjicitur, 255 quod si acceptans ante diem praescriptum praesentanti solverit, hicque interim bancum ruperit, hoc casu damnum tendat in praejudicium acceptantis et solventis, nec ipsi detur regressus adversus remittentem. Verum, 256 quid si mercator acceptet quidem literas, appropinquante vero die solutionis non solvendo sit: ex consuetudine mercatorum licitum esse praesentatori, regressum sumere adversus scriptorem literarum seu remittentium decidit Rot. gen. *dec.* 8. *n.* 17. 18. *et* 19. Marquard. *cit. cap.* 12. §. 55. Sola enim acceptatio non liberat, nisi solutio subsequatur Mev. *part.* 9. *dec.* 232. *n.* 4. A qua consuetudine tamen paululum recessere sta- 257 tut. rig. *d. c.* §. 5. Ubi injungitur praesentatori, ut facta acceptatione et praeterlapso die solutionis, sedulo acceptantem interpellet, et si ab eo intra 12. dies solutionem accipere non possit, denuo protestetur. Intra quod 258 temporis spatium, si protestatus haud fuerit, cadit regressu contra principalem seu permittentem, et solum acceptantem sibi obligatum retinet; nisi legalibus im- 259 pedimentis, se impeditum a protestatione facienda, docere possit. *d. l.*

Restat contractus Bodmeriae, qui licet hujus loci non 260 sit, cum ad contractus reales potius remittendus, de eo tamen, cum in statut. nostris contractibus modo enarratis mox subjiciatur, pauca hic adducemus. Permit- 261 tunt jura statut. hunc contractum inire etiam ipsi magistro navis, sed tantum pro rata seu parte sua, quam in navi habet, si vero ultra illam partem mutuum accipiat, mutuum dans illud, quod reliquum, non ex navi, sed a magistro repetit. statut. rig. *l.* 5. *cap.* 6. § 2. Franc. Stypm. *de jur. marit. et naut. p.* 4. *c.* 5. *n.* 99. *seq.* Imo conceditur ipsi quoque potestas, etiam- 262

si nullo jure in navi gaudeat, eam huic contractui subjicere, si navis merciumque conservatio hoc exigat, ipseque fide exercitorum pecuniam sibi collybo parare nequeat, *Geld auff Wechsel auff seine Reder kriegen*, nec bona habeat in navi, quibus venditis, periculum avertere possit cum detrimento exercitorum, alio modo quam per bodmeriam. jur. statut. rigens. *d. c.* §. 3. In quo convenit *cum art. ult. naut. vet. civit. hanseat. alleg. a* Marquard. *l.* 2. *c.* 8. §. 77. add. *l.* 7. *ff. de exerc. act.* Franc. Stypmann. *d. c. n.* 107. *seqq.*

263 Huic vero mutuo datae pecuniae jura statut. privilegium concessisse, quod in contributione avariae non computentur, jam supra notavimus.

264 Cum vero contractibus initis, non semper praestentur in iis promissa, ita, ut interdum tanta pars debitorum solvenda, ad quantam ne pro minima parte debitoris

265 sufficiant bona; hinc concessere jura creditoribus facultatem *concursum* excitandi, sibique de bonis suis consulendi, quo excitato et de prioritate disputata, creditores certo ordine collocantur.

266 Collocantur autem juxta Brunnem. *in pr. de process. concurs. credit. cap.* 5. §. 4. vulgo *v.* classes credito-

267 rum. Prima classis jur. civil. est eorum, qui jus dominii habet, ob generalitatem regulae, quod dominus quilibet praeferatur aliis possessoris creditoribus, *l.* 7. §. 2. *ff. deposit.* vid. Beuther, *de praelat. credit. p.* 1. *c.* 43. Richter *de privileg. credit. disp* 3. *c.* 2.

268 *membr.* 1. Quod jure nostro statut. secus, ubi tertio demum loco hi ponuntur, vid. statut. rigens. *l.* 3. *c.*

269 10. §. 3. Et cum in hac collocatione jus statut. maxime differat a jure civili differentias illas, ut eo facilius nobis demonstrare liceat, juxta ordinem in statut. nostris expressum creditores collocabimus, ex Brunnem. *tr.* differentias subnectentes.

270 Primum itaque locum jure statut. nostro obtinent collectae, contributiones et annui redditus ad conservationem piarum causarum destinati, qui jure civ. multis

271 postponuntur Brunnem. *d. c.* 5. §. 20. (II.) Impensae in totum processum in utilitatem creditorum erogatae, quae tamen jur. civ. omnibus classibus praeponi solent

272 Brunnem. *d. c.* §. 4. (III.) Jus dominii habentes qui uti dictum, jur. civ. primum sibi vindicant locum. His

273 subnectitur (IV.) venditor, qui dominium sibi reservavit, fidemque non habuit, cum dominus manserit §. 4. *inst. de rer. divis.* qui jure civ. fere in medio primae classis collocatur. Brunnem. *d. c.* §. 7. et caeteris creditoribus etiam anteriorem hypothecam habentibus praefertur Mangilius *in tract. de evict. quaest.* 160. *n.* 3. (V.) Cohaeredes socii, seu qui ex nondum divisis bonis

274 haereditariam exigunt partem, in quo convenit cum jur. civil. in quo et illi dominis rem suam vindican-

275 tibus annectuntur Richter. *disp.* 3. *membr.* 1. *in f.* item pupillorum pecunia haereditaria ex immobili cohaere-

276 di adjudicato fundo. (VI.) Necessariae et juxta conditionem debitoris expensae funebres, quae jure civili ad classem secundam referuntur Brunnem. §. 14. modo pro opibus et dignitate debitoris ex aequo et bono

277 impensae *l.* 14. §. 6. *ff. de relig. et sumpt. fun.* Et quamvis jur. civil. his impensis annectantur, et illae, quae in talem personam, ad quam funerandam debitor tenebatur impensae *l. quaesitum.* 17. *ff. de rec. aut jud. possid.* illud tamen jure nostro statut. vix obtinebit, cum solius debitoris funerandi mentio fiat *d. c.*

278 §. 6. Impensis funebribus aequiparantur expensae, in curam aegroti ultimo in morbo factae *arg. l.* 3. *c. de rel. et sumpt. fun. l.* 4. *c. de petit. haer.* ut salarium medicorum, Berlich. *p.* 1. *concl.* 44. *n.* 94. concordat jus stat. rig. *d. c.* 10. §. 6. (VII.) Mercedes famulorum et famularum, in quo convenit, cum et hae alias expensis funebribus subjungi soleant Brunnem. *d. c.* §. 16. His annumerantur jure stat. mercedes pro aede conducta et pro alimentis, nisi creditor restitutione bonorum illorum vel longo silentio debitoris fidem secutus fuerit. In quo differt a jur. civ. ubi mercedes pro aede conducta ad tertiam demum referuntur classem *l.* 4. *ff. in quib. pign. tacite contrah. et l.* 5. *c. locat.* Brunnemann. *d. c.* §. 51. *n.* 4. (VIII.) Viduarum morgengaba, hae tamen sub conditione, ut, si solae concurrant cum pecunia, liberis ex priori matrimonio promissa *mit denen Auspruchs Geldern*, hi tamquam tempore priores praeferantur: jure civ. quantum privilegium doti, in cujus compensationem haec morgengaba inventa, ab imperat. tributum, patet *ex l. assiduis.* 12. *c. qui pot. in pign.* (IX.) Creditores, qui ad refectionem vel conservationem domus mutuo dedere pecuniam, in quo convenit, cum et hoc debitum jure civ. doti annectatur, vel paria cum dote privilegia habet *l.* 5. *et* 6. *c. qui pot. in pign. nov.* 97. *c.* 3. Modo nominatim pecunia ad refectionem data in rem impensa, domusque in quam impensae factae, adhuc extet, statut. rig. *d. c.* §. 9. Carpzov. *p.* 1. *const.* 28. *def.* 106. In eo tamen jus. statut. nostr. singulare quid constituit, dum exigit, ut pecuniam mutuo dans sibi expresse hypothecam in rem reficiendam constituat *d. l.* quod tamen jure civil. haud requiritur. (X.) Qui ad emendam domum credidere, et ex quorum pecunia res empta *nov.* 79. *c.* 3. Gail. *l.* 2. *obs.* 12. Modo ante exsolutionem pecuniae res emenda obligetur hypothecae loco creditori, jus. stat. *d.* §. 10. Concordat *l.* 17. *c. de pign. l.* 7. *c. qui pot. in pign.* Brunnem. *d. c.* 5. §. 40. Alias enim mutuans hypothecam, nisi specialiter dictum, non habet, Francisc. Marc. *tom.* 2. *decis. quaest.* 921. *n.* 3. (XI.) Illi, qui in re vendita expresse sibi reservarunt hypothecam, usque dum pretium plene exsolutum. (XII.) Hos excipiunt publici hypothecarii judiciales, quibus licet jure civil. aequiparentur hypothecae cum subscriptione trium testium factae *per l. scripturas.* 11. *c. qui pot. in pign.* illud tamen jure stat. nost. haud procedere jam supra notavimus. Pupilli, quoad bona tutorum a tempore susceptae tutelae; item pecunia promissa liberis prioris matrimonii, ita, ut qui inter hos tres tempore priores, illi quoque sint praeferendi. Quod pupillos attinet, differt a jur. civ. jus stat. cum illud pupillis tantum tribuat tacitam hypothecam, et sic publicam habentibus postponat. *l.* 20. *c. de administ. tut. junct. l.* 11. *c. qui pot. in pign.* (XIII.) Privati hypothecarii, et si pupilli pecuniaque liberis prioris matrimonii promissa, cum iis concurrant, in his temporis quoque ratio habenda erit. His qui subjiciuntur *d. c.* in jur. statut. rig. §. 14. 15. 16. 17. tamquam personale privilegium habentes ad classem quartam referri possunt, et hac ratione conveniunt. Inter eos enim (XIV.) collocantur deponentes, quorum deposita res a depositario alienata, convenit jus civ. *per l.* 7. §. *pen. ff. depos. l.* 24. §. 2. *ff. de reb. auct. jud. poss.* (XV.) Qui ad emptionem vel reparationem (quoad hanc jur. civil. non requiri hypothecam jam praeced. n. mo-

279 280 281 282 283 284 285 286 287 288 289 290 291 292 293 294 295 296

nuimus) domus pecuniam mutuo debere, nulla constituta hypotheca, concordat jus civil. *l.* 26. *et* 34. *ff. de*
297 *reb. auth. jud. poss.* Rauchb. *p.* 1. *q.* 5. *n. ult.* Richter. *de priorit. credit. disp.* 7. *c* 3. *s.* 4. (XVI.) Ven-
298 ditor quoad residuum pretium, si in re vendita de hypotheca sibi non prospexerit. (XVII.) Qui gratis sine usuris pecuniam credidit, qui et jur saxon. privilegio
299 gaudet Carpzov. *part.* 1. *c.* 28. *def.* 153. Hi enarrati, tamquam personale privilegium habentes, nudis chirographariis praeferuntur, inter se autem non habent prioritatem, sed regulariter concurrunt pro rata et in
300 tributum, stat. rig. *d. cap.* §. *penult.* Concordat jus civ. vid. *l.* 32. *ff. d. t.* Richter. *disp.* 11. *p.* 313. Koppen. *dec.* 28. *n.* 40. Brunn. *ad d. l. et in process. conc. cred. d. c.* 5. §. 60.

Ad classem ultimam referuntur meri chirographarii, 301
qui nulla hypotheca et privilegio gaudent, sed nudis chirographis, libris, rationibus, bacillis fissis nituntur, qui omnes sine consideratione temporis pro rata concurrunt, statut. rig. *d. c.* §. *ult.* Convenit jus civ. 302
l. 6. *c. de bon. aut. jud. poss.* cum tantum personam obligatum hi habeant, et quoad eam omnibus aequale jus competat.

CAPUT VIII.

De delictis tam privatis quam publicis.

SUMMARIA

Connexio. n. 1.
Delictorum divisio. n. 2. *seq.*
Formale furti in quo consistat? n. 3. *seq.*
Fur est, qui rem furtivam celat. n. 7.
Rerum minimarum furtum fieri potest. n. 8.
Res furto ablatae sine pretio restituendae. n. 9.
Poena furti de jure civ. moribus et jur. stat. num. 11. *seq.*
Sacrilegii definitio ejusque poena. n. 18. *seq.*
De rapina remissive. n. 23. *seq.*
Damni definitio. n. 25.
Cessante culpa vel dolo, cessat damni restitutio n. 26. *seq.*
Quae actio ad vindicandum damnum introducta? n. 35.
Magister navis damnum dans ad restitutionem tenetur. n. 36. *seq.*
Jur. civil. ll. maritimarum et stat. differentia. n. 40. *seq.*
Culpae annumeratur imperitia. n. 43. *seq.*
Damnum illatum ab animalibus quomodo vindicandum? n. 45. *seq.*
De injuria. n. 49. *seq.*
Injuriae divisio. n. 51. *seq.*
Injuriae quomodo vindicandae, earumq; poenae? n. 54. *seq.*
De publicis judiciis. n. 69.
De blasphemia ejusque poena. n. 78. *seq.*
De crimine laesae majestatis ejusque poena. n. 80. *seq.*
De seditione ejusque poena. n. 88. *seq.*
De adulterio ejusque poena. n. 91. *seq.*
De polygamia ejusque poena. n 103. *seq.*
De stupro ejusque poena. n. 106. *seq.*
De stupro violento ejusque poena. n. 116. *seq.*
De vi publica ac privata ejusque poena. n. 119. *seq.*
De viarum obsessione ejusque poena. n. 127. *seq.*
De homicidio ejusque poena. n. 130. *seq.*
De αὐτοχειρία ejusque poena. n. 145. *seq.*
Quot modis falsum committatur et falsificantium poena? n. 150. *seq.*
De receptione facinorosorum ejusque poena, n. 159. *seq.*

1 Cum *cap. praeced.* actum de obligationibus ex contractu, sequitur, ut *de obligationibus ex maleficio*
2 *vel ex delicto* dispiciamus. Est autem delictum duplex, vel publicum vel privatum, vid. §. 1. *j de publ. jud.* Tabor. *in jurispr. partit. element. p.* 4. *s.* 2. *th.* 28. Hujus quatuor ab imper. constituuntur species, *furtum, rapina, damnum, injuria, princ. inst. de obligat. quae ex del.* Formale *furti* consistit in con- 3
trectatione fraudolosa cum animo lucrifaciendi, alterutrum si deficiat, furtum dicendum non erit. Sic fur- 4
tum non est, si nimirum domino volente fiat, licet animus lucrifaciendi adsit §. 8. *inst. d. t. l.* 48. §. 2. *ff. de furt.* Nec furtum est, si quis rem alienam, eam 5
suam esse existimans, contrectaverint, cum cesset contrectatio fraudulosa animusque lucrifaciendi vid. *text. alleg.* Concordat jus statut. *cit.* 6. *c.* 3. §. 4. exigitur 6
tamen *d.* §. ut contrectans docere possit, se eodem in loco rem similem habuisse, in qua probatione si deficiat, infamiae furtique notam effugere non potest. Qui vero scienter rem furtivam emit *l.* 12. *vers. nam* 7
extra h. t. §. *conceptum in f. j. de oblig. quae ex del.* vel eam sciens celat *l. qui vas* 48. §. 3. *ff. d. t.* furis loco habendus, cui convenit jus stat. rig. *l.* 6. *c.* 7. §. 2. ubi celans, si interrogatus negaverit, rem penes se esse, furi comparatur, similique poenae subjiciendus esse dicitur. Committitur vero furtum in re mo- 8
bili, etiam illa quae minimi pretii §. 16. *inst. de r. d. l.* 14. §. *ult. l.* 26. *l.* 27. §. 36. *ff. d. t.* concordat jus statut. *d.* 2. §. 2. ubi gallorum, anserum aliarumque rerum furtum fieri dicitur, non enim in furtis attendenda quantitas furti, Franc. Marci *decis. tom.* 2. *quaest.* 6. *n.* 2. Res vero furto ablatae et repertae ve- 9
ris dominis restituendae a detinentibus sine ulla pretii refusione *per l. incivilem.* 2. *cap. de furt.* concordant 10
stat. rig. *d. l. c.* 23. §. 1. In quibus casibus tamen jura civilia concedant pretii repetitionem, etiamsi res furtiva sit, vid. in b. Brunn. *comment. ad d. l.* 2.

Poenam furti quod attinet, illa jure civ. est dupli 11
vel quadrupli, habito scil. respectu ad furtum manifestum et non manifestum §. 5. *inst. de obligat. quae ex del. l.* 1. §. 3. *sub f. ff. de public. et de vectig.* Ultimo supplicio tamen fures jur. civ. nunquam pu- 12
nitos fuisse patet *ex nov.* 134. *cap. fin.* §. *pro furto et auth. sed novo jur. c. de serv. fugitiv.* Cum vero 13
crescentibus delictis exasperandae quoque fuerint poenae, consuetudine fere generali fures suspendi, experientia testatur. Jul. Clarus *ad* §. *furtum. n.* 8. *inst. d. t.* aliique plures a Carpz. *in prax. crim p.* 2. *qu.* 78. *n.* 9. allegati, ubi quoque ex Udalr. Zas. *in* §. *ex maleficiis.* 18. *inst. de act. n.* 3. refert, totius orbis consuetudine id observari. Cui consuetudini et jura no- 14

stra stat. *d. l. c.* 3. §. 5. respondent, ubi eadem suspendii poena dictatur, habita tamen ratione circumstantiarum in commisso furto, imo etiam fustigatione, vel alia poena e. g. *mit dem Karrengang*, fures puniantur. Praeterea, cum quo occultius et impunilius committi flagitia possint, eo deprehensa acerbius sint castiganda *l. presbyteri.* 8. *c. de episc.* ita quoque jure stat. rig. *tit. c.* §. 2. poena corporis afflictiva puniuntur, qui in balneis rem unciae pretium excedentem auferunt. In quo correspondere videtur jur. civ. ubi itidem gravissima poena affecti ad opus publicum temporarium damnati fuere *l.* 1. *ff. de balneat.* Zoes. *ad ff. tit. de balneat.* Extraordinaria vero poena afficiuntur, qui fructus aliasve res minimas auferunt Covarr. *l.* 1. *variar. resolut. c.* 3. *n.* 12. Bart. Bertaz. *cons.* 198. *n.* 1. *lib.* 1. Jure stat. rig. *d. c.* §. 3. bi publicae ignominiae exponuntur, *sie werden an den Schand-Pfal gestellet*, a qua poena tamen prima vice pecunia sese liberare possunt.

Furti species est *sacrilegium*, furtum nempe rerum sacrarum et Deo dicatarum Damhoudor *in prax. rer. crim. c.* 3. *n.* 1. Sacrilegii poena vero jure civ. non videtur gravior esse, quam furti. Jure saxon. tamen poena rotae obtinet Carpz. *p.* 2. *prax. crim. qu.* 89. *n.* 18. cui respondet jus statut. rig. ubi talis, si rem unciae pretium excedentem auferat, rotae imponendus *d. c.* 3. §. 6. In eo tamen differt a jure saxon. quod Carpzov. *d. l. n.* 2. indistincte hanc poenam sacrilegis dictandam esse asserat. Quod secus jure stat. quod tantummodo effractoribus et in ipso actu deprehensis, poenam hanc, scil. rotae impositionem, dictitat *d.* §. 6. Mitior enim poena dictanda, si sacrilegium absque effractione perpetratum *constit. crim. carolin. art.* 174.

Furto vicinum est *rapinae* seu depraedationis crimen, quod et ipsum furtum est, sed improbius et raptores aliis furibus improbiores dicuntur *l. item si cum exceptione.* 14. §. 12. *ff. quod met. caus. pr. inst. de vi bon. rapt.* Bonif. *in tr. de furt.* §. 1. *n.* 32. De qua criminis specie hic pluribus non agemus, cum de ea jus. stat. nihil speciale sibi constituat, hinc eam mittentes ad tertiam delicti privati speciem, damnum scil. nos conferimus.

Datur vero *damnum* injuria, cum patrimonium seu res aliena dolo aut culpa deminuitur *l.* 3. *ff. de damn. infect. l.* 5. *princ. ff. ad l. aquil. princ. inst. de injur. juncta l.* 5. §. 3. *in f. ff. de lus qui effud. l. dejec.* Qua cessante damnum injuria datum dici nequit: hinc si quis arcendi incendii causa vicinas aedes demolitus est, ad damnum resarciendum non tenetur, modo probabiliter suis aedibus imminuerit incendium *l.* 49. §. 1. *ff. d. t. l.* 3. §. 7. *in f. de incend. ruin. l.* 7. §. 4. *ff. quod vi aut clam.* Gail. *l.* 2. *obs.* 22. *n.* 3. Vivius *dis.* 50. Berlich. *p.* 5. *concl.* 25. *n.* 125. Recedit jus statut. hac in parte a jur. civ. vicino hanc potestatem minime concedens, sed exigens, ut consensu jussuque magistratus demum proximae aedes imminens incendii periculum diruantur, cui possessor domus neutiquam resistere debet vid. *lib.* 6. *cap.* 9. §. 2. Si vero destructione tali vicinorum aedibus consultum fuerit jure civ. vicini, quorum saluti consultum, damnum restituere tenentur. *l.* 1. *et* 2. *ff. ad l. rhod.* Gail. *d. l.* Berlich. *d. l. n.* 126. Menoch *l.* 2. *a j. q. cap.* 399. *n.* 14. Quod jure stat. secus, ubi damnum jussu magistratus illatum a civitate resarciendum, ita, ut dimidium pretium domus aestimatae juxta eum valorem, in quo ante destructionem fuerat, restituatur. *d.* §. 2. Si autem ex hac destructione flammae non extinguantur, dominus destructae sedis nihil praetendere poterit *d.* §. 2. quod et jur. civ. obtinere puto. Neque tenetur hac actione is in cujus aedibus incendium ortum, nisi illius culpa illud excitatum fuisse, probari poterit *arg. l pen. de incend.* vid. dn. Praeses *vol.* 1. *disp.* 7. *posit.* 7. Jure stat. nihilominus gravissimae arbitrariae subjici potest poenae, si non in continenti vicinis id revelaverit, sed tacuerit, donec signum campanis datum fuerit *d. c.* 9. §. 3. Et quamvis jur. civ. cessante injuria cesset damnum et per consequens damni restitutio *per alleg. text.* et jus stat. rig. *d. c.* §. 4. concordet: illud tamen speciale *c. l.* subjicit, quod, si laesus sine culpa, emendationem vel honorarium medicis chirurgisque praestitum, praetendat, laedens nihilominus ad dimidium expensarum obligetur; secus vero, si dolus vel culpa intercedat, ubi omne damnum praestabit statut. rig. *d. cap.* 9. §. 1. Ad quod damnum injuria datum vindicandum jur. civil. introducta actio l. aquil. De qua videantur dd. *ad tit. ff. ad l. aquil.*

Cum vero hac actione conveniatur omnis, cui culpa imputari potest, sequitur ex eadem quoque teneri magistrum navis, cujus navis ligno, anchorae innatante destituta German. *Boye*, exinde alii navi damnum dedit, ad integri damni restitutionem; nisi probare possit, se ante 12. horas tempore aestatis, et 14. tempore autumni vigilans lignum *seinen wachenden Boye* habuisse, illudque deperditum fuisse. Obligatur quoque pro qualitate vel profunditate aquae funem, cui lignum adhaeret, abbreviare, quod istud lignum ipsi anchorae innatet, aliaeque naves non seducantur statut. rigens *l.* 5. *c.* 2. §. 2. Eadem actio quoque locum obtineret, si duae naves nocturno tempore sibi impingentes, damnum acciperent, ubi semper illud resarcitur a navi illa, quae candela destituta fuit, sive damnum dederit, sive aliam navim impingens damnum acceperit stat. rig. *l.* 5. *c.* 5. §. 2. Qui casus juri civil. optime conveniunt, cum culpam committens, semper damnum resarcire debeat, quod *ex superioribus* satis superque patet. Verum, quid si casu fortuito, forsan orta procella, navim unam alia vento concitata impingens perierit, an in navim actio detur? vid. *l. quemadm.* 29. §. 2. 3. 4. 5. *ff. ad l. aquil.* Locceu. *de jur. marit. l.* 3. *c.* 8. §. 11. *et* 12. *ll.* Maritimis tamen wisbusiensibus *art.* 27. 50. 70. et multorum populorum statutis dimidium damni dati praestari laesae navi a laedente, si absque culpa magistri navis damnum accidat, idque aut testibus probare, aut juramento magister asseverare possit, asserit Marquard. *de jur. merc. l.* 3. *c.* 4. §. 42. cui correspondent statut. rig. *lib.* 5. *cap.* 5. §. 3. Cur vero damnum hac ratione dividi debeat, in culpae probandae difficultate elegantissime ponit Grot. *de j. b. et p. l.* 2. *cap.* 17. *th.* 21. Culpae quoque annumeratur, si quis vel per imperitiam quid fecerit *l. illicitas* 6. §. 7. *ff. de off. praesid.* vel per infirmitatem §. 8. *inst. h. t.* Non enim debet quis affectare id, in quo intelligit vel intelligere debet, infirmitatem suam alicui nocumento futuram *l.* 8. §. 1. *ff. ad l. aquil.* quippe occasionem damni dans, ipse damnum dedisse videtur *l. qui occidit* 30. §. *in hac.* 3. *ff. d. t.* Nicol. Boer. *decis.*

197. *n.* 15. Convenit jus statut. rig. ubi equo vel curru in platea vehens, damnumque inferens, illud resarcire debet, si vero fuga sibi consulat, vel bona ejus ad restitutionem non sufficiant, ex equo damnum resarciendi potestatem jura statut. laeso concedunt *d. l.* 6. *c.* 9. §. 6. 44

Porro infertur damnum ab animalibus, si qua lascivia aut pavore, aut feritate pauperiem fecerint, vindicaturque illata pauperies actione noxali *ll. XII. tabb.* prodita, *pr. inst. si quadr. paup. fec. dic.* ita ut dominus animalis aut damnum sarciat, aut animal seu quadrupedem, quae nocuit, noxae dedat *d. pr. inst. et l.* 1. *pr. ff. d. t.* Alternative itaque actio etiam hodie instituenda, sicuti illud praejudicio confirmat Hahn. ad Wesenbec. *d. t. n.* 3. 6. Conventus vero animal noxae dedendo, aut damnum sarciendo, se liberare potest. Concordat jus stat. nostrum *lib.* 6. *c.* 9. § 5. in eo nihilominus differens, quod si dominus animal, quod pauperiem fecit, retinere velit, tantummodo dimidium damnum praestet, si vero illud recipere nolit, ad nullam damni restitutionem teneatur *d.* §. 5. Nisi dominus a magistratu fuerit praemonitus, ut animal illud custodiat, ubi simpliciter ad damni restitutionem tenetur *const. crim. art.* 136. (licet hic textus de feris bestiis loquatur,) concordat jus statut. rig. *d. c.* §. 5. 45 46 47 48

Cum hactenus de damno alicujus in corpore seu re nostra dato egerimus, restat, ut et illud, quo persona nostra, seu liberi hominis corpus vel fama dolose laeditur, *l.* 3. §. 1. *l.* 13. §. 4. *in fin. l.* 15. §. 24. *ff. de injur.* videamus, et injuria dicitur. Requiritur autem in omni injuria animus injuriandi *l.* 3. §. 1. *ff. d. t.* Qui si dubius, juramento locus est, Carpzov. *p.* 2. *const.* 42. *def* 9. Infertur injuria vel re, vel verbis *l.* 1. §. 1. *ff. d. t.* et hinc vel realis, vel verbalis dicitur Matth. Coler. *p.* 1. *decis.* 161. *n.* 1. *et sequ.* Gail. *l.* 2. *obs.* 104. *n.* 4. 49 50 51

Committitur realis facto ad probri et contumeliae notam comparato, *d. l.* 1. idque variis ac infinitis modis fieri solet, v. g. si quis alicui alapam impegerit, vel etiam manu baculoque, seu alio instrumento percusserit, *l. sed est* 9. *ff. d. t.* Clar. *l.* 5. *sentent.* §. *injuria n.* 1. v. stat. rig. *lib.* 6. *c.* 8. §. 2. *et* 6. aut si quis alicui nasum, aures que amputaverit, *d. c.* 8. §. 1. Aut si quis levata manu, quasi verberaturus, minatus fuerit, non tamen percusserit, *l. item apud.* 15. §. 1. *de injur.* Damhoud. *in prax. rer. crim. cap.* 137. *n.* 2. Harpprecht. *in* §. *injuria* 1. *inst. de injur.* Verbalis vel ore proferitur, vid. statut. rigens. *d.* §. 5. 6. vel scriptis, v. dn. Brunnem. *ad Wesenb. quaest.* 3. *h. t.* Vindicatur illa injuria instituta actione injuriarum vel civiliter vel criminaliter. Civiliter si agatur, actor injuriam aestimat, atque petit, ut judex in certam summam reum condemnet, eamque sibi adjudicet, §. 7. *i. d. t. arg. l.* 15. §. 2. 25. 34. *ff. d. t.* Si criminaliter agatur, petit actor, ut judex extraordinariam seu pecuniariam poenam imponat, illamque fisco applicet, habito respectu circumstantiarum *l. fin. ff. de injur.* Concordat jus statut. rig. quod reos in mulctam certam praecedente judicis moderatione, *nach Richterlicher Ermaessigung*, condemnat, *d. cap.* §. 2. Et quamvis certae poenae reperiantur expressae et denominatae, ut mulcta decem, quinque et viginti librarum, in aliis casibus, si quis aliquem manu percusserit, vel crines aut barbam expilaverit *in c.* 1. §. *si quis alium et* §. *seq. X. de pace tenenda* 2. *feud.* 27. Moribus tamen hodiernis judex pro arbitrio poenam dictare potest, Coler. *dec.* 161 *n.* 8. Quibus correspondet jus stat. rig. ubi, si quis aliquem percusserit ad maculas vel sanguinem usque, eumque injuriosis affecerit verbis, in pecuniariam poenam ex judicis moderatione condemnandus, si vero pecunia destitutus, in carcerem detrudendus, ibique aqua et pane sumptibus tamen actoris alendus. *d. c.* 8. §. 2. ut ita, quod non habet in aere, luat in corpore, *l. fin. ff. de in jus voc.* Si vero quis aliquem tantummodo verberaverit, vel mendacii arguerit, vel alio modo laeserit, pecuniariam poenam, vel pro qualitate et conditione personae laesae, poenam corporis subire debet afflictivam, *d. c.* §. 6. Arbitrariae quoque poenae subjacet, qui aliquem gladio vel cultro minatus eum tamen non laesit, magistratu interim gladium vel cultrum vindicante, stat. rig. *d. c.* §. 4. Si tamen quis ex insolentia alicui nasum vel aures amputaverit, vel oculum effoderit, jure civ. olim poena talionis, quae et jure divino, obtinet. Jure stat. rig. poena corporis afflictiva vel alia gravissima ipsi dictatur *d. c.* §. 1. Sed quid si alicui grave quoddam objiciatur crimen, ita, ut objicieus probationem ejus in se suscipere velit, in ea tamen deficiat, jure civil. ei tamquam calumniatori talio seu supplicium illud, quod ob crimen, cujus dolose vel falso alterum accusaverat, infligendum fuisset, constituitur *l. un. c. de famos. libell.* Carpz. *pr. crim. p.* 2. *quaest.* 98. *n.* 40. Moribus tamen solum poena arbitraria Meno ch. *l.* 2. *a. j. q.* 321. Brunnem. *in d. l. c.* Jure nostro statut. tenetur talis ad recantationem et deprecationem, judicioque ad poenam, *d. cap.* 8. §. 5. Specialis tamen casus exprimitur *lib.* 1. §. 6. Jure statut. quod si in ipsa curia inter senatores rixa oriatur, alterque alterius famam injuriosis laedat verbis, quae injuria in continenti sopiri non possit, inprimis si injurians ad probationem se offerat, hic tamdiu a senatu excludendus sit, donec via juris vel alia transactione res composita fuerit. Regulariter enim omnes injuriae tam reales quam verbales, quae in caemiteriis, foris, balneis, in judicio, vel alio in publico loco inferuntur duplicata poena puniendae, jus stat. rig. *d. c.* 8. §. 3. In quo cum jure civ. convenit, dum semper gravior dictatur poena, si publicis in locis alter alterum affecerit injuria, quae et tunc atrox dicitur §. 9. *inst. de injur.* 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68

Sequuntur nunc *publica judicia*, quae quomodo a privatis differant, passim a dd. recensetur. Inter alia horribilissimum ac foedissimum crimen est *blasphemia*, dictum contumeliosum in majestatem divinam, Damhoud. *in pr. rer. crimin. cap.* 11. *n.* 11. Ob quod Deus severissime punit eos, qui magistratus loco praesunt, taliaque delicta impunita dimittunt statut. rig. *l.* 6. *c.* 1. §. 1. imo etiam integra regna delevit et ad alios transtulit. *nov.* 77. *c.* 1 Hinc jus divinum poenam capitis dictitavit talibus transgressoribus, ut nempe extra civitatem deducti lapidibus obruantur, *Levit.* 24. *vers.* 13. 14. *seq.* Boer. *decis.* 301. *n.* 4. Quod et jure civ. observatum fuisse, scil. blasphemos ultimo affectos supplicio, patet ex *nov.* 77. *cap.* 1. §. *praecipimus* 2. Coler. *part.* 1. *decis.* 172. *n.* 1. A quo tamen recedit jus statut. rig. ubi crimen blasphemiae committens pro rei circumstantia et occasione, vel poena corporis afflictiva, vel alia quadam castigatione, aut etiam relegatione puniendus est *d. c.* 1. §. 1. 69 70 71 72 73 74

Species blasphemiae constitui potest *daemonomaniu* 75

magorum et sagarum, cum quis adhibitis illicitis artibus, diabolo cooperante hominibus vel eorum bonis nocet. *l.* 4. 5. 6. *c. de malef. et mathemat.* add. Theodor. *tr. crim. th.* 3. *lit. f. et seqq.* vel cum quis scienter ad daemones convertit, Deumque abnegat; et diabolo se mancipat, quo aliis nocere et desiderata obtinere
76 possit, statut. rig. *d. c.* 1. §. 2. Magorum poena jure
77 divino capitalis est. *Exod.* 22. *vers.* 18. *Levit.* 19. *vers.* 27 *et seqq. text.* a Carpzov. *in pr. crim. p.* 1. *quaest.* 49. *n.* 1. *allegatos.* Jus civile eos interdum simpliciter capite damnavit. *l.* 5. *l. fin. c. de mathem. et malef.* Alibi supplicium ignis in magos constituit *l. nullus aruspex*: 3. *in med. c. d. t.* magos et veneficos ferali peste absumi jubens. Anton. Matth. *ad l.* 48. *tit.* 5. §. 5.
78 Juxta *constit. crimin. art.* 109. quomodo magiae crimen committatur, aut per expressum cum satana pactum, aut per implicitum, et puniatur, vid. b. Brunnem. *in proc. inquisit. c.* 9. *n.* 14. Carpz. *pr. crim. p.* 1. *quaest.*
79 49. *n.* 45. Jure statut. rig. si magicis vel illicitis mediis damnum intulerint, vel expressum cum diabolo pactum, ut nocerent, inierint, pro rei circumstantia, vel gladio feriendi, vel igne comburendi sunt, *d. c.* 1. §. 1.

80 Committuntur praeterea crimina in homines et in publicam honestatem et tranquillitatem, inter quae gravissimum est *crimen laesae majestatis*, *juxta* Decian. *in tr. crim. l.* 7. *c.* 37. *n.* 1. quod adversus reip. aut ejus, penes quem summum est reip. imperium, securitatem vel contra dignitatem et potestatem fit. *l.*
81 1. §. 1. *ult. ff. ad l. jul. majest.* Si igitur crimen hostili animo perpetratum contra securitatem reip. vel principis, huic insidias vitae struendo, poena ejus est gladius *const. crim. art.* 124. Imo sectio in quatuor partes *d. constitut.* Carpz. *pr. crim. d. p.* 1. *quaest.* 41. *n.* 40. et in hoc delicto consilia, imo etiam conatus exterius se exserens, est punibilis, Farin. *controv. illust. qu.* 11. Liberi delinquentis fiunt intestabiles, *l.* 5. §. 1. *c. ad l. jul. maj.* et filiae tantum legitimam maternam capiunt, tandemque memoria ejus damna-
82 tur. Quod licet durum, et hinc sublatum esse putet Farin. *d. quaest. n.* 144. exempla tamen extantia contrarium probant, sicuti hoc praejudiciorum collectores
83 testantur. Inprimis ultima exempla in sententiis comitis Uhlfeldii, et ante eum Francisci Ravillacii, vid. dn. Praes. *in tr. de jur. sens. dissert.* 8. *cap.* 4. *n.* 16.
84 Quod jus statut. rig. attinet, illud quidem sectionem in quatuor partes dictitat civibus et incolis, qui dominum suum vel magistratum produnt, vel ipsi perfidi et perjuri existunt *d. l.* 6. *c.* 2. §. 2. de bonorum confiscatione et memoriae damnatione nihil subjiciens. In
85 eo quoque convenit jus statut. quod tantum civibus et incolis hanc poenam dictitet *d.* §. 2. nam crimen laesae majest. tantum a subditis commitli posse, patet *ex clement. pastoralis de sentent. et re judic.* Faber. *in cod. tit.* 6. *def.* 10. Datur quoque crimen majestatis
86 simplex, quod contra dignitatem principis patratur, ut si quis statuam dejiciat, *l.* 6. *h. t.* ubi non semper gladii, sed interdum relegationis vel deportationis poena dictatur *l.* 40. *junct. l.* 24. *ff. de poen.* b. Brunn. *in proc. inquisit. cap.* 9. *n.* 25. Cum quo convenire vide-
87 tur jus stat. rig. *d. cap.* 2. §. 1. quod poenam corporis afflictivam dictitat illi, qui verbis vel factis ullo modo majestatem serenissimi regis Suediae, dn. nostri clementissimi, laeserit.

Huic affinis est *seditio* mobilis vulgi concursus tu- 88
multuarius, contra quietem publicam institutus *const. crim. art.* 127. Poena ejus laqueus, gladius, aut alia 89
gravis *l.* 2. *c. de sedit.* nonnullis et relegatio dictatur 90
Damhoud. *in pr. rer. crim. c.* 63. *n.* 11. Jur. statut. rig. poenae corporis afflictivae subjiciendus, qui sine scitu et consensu magistratus signum explicat, et certo in loco collocat, campanas pulsat vel conventicula excitat, ad movendam in urbe seditionem *d. l.* 6. *c.* 4. §. 1.

Vindicatur quoque l. julia publica *adulterium*, viola- 91
tio scil. thori alieni. Poenam quod attinet, gladium di- 92
ctitat jus divinum, *Levit.* 20. *v.* 10. *Deut.* 32. *v.* 22. et jus civile *per* §. 4. *inst. de publ. jud. et l.* 30. *c. de adulter.* Mitius tamen cum foemina procedendum esse voluit Justinianus, fustigationem loco poenae capitalis substituens *nov.* 134. *c.* 10. Juxta quam nov. distin- 93
guendum, an adulterium simplex, an duplicatum. Si duplicatum fuerit, ut si conjugatus cum conjugata rem habeat, maritus jure civil. gladio punitur, uxor vero adultera in monasterium detruditur, ex quo intra biennium recipi potest a marito *auth. sed hodie cap. de adult. nov.* 134. *c.* 10. Moribus utriusque foemi- 94
nae non minus ac mares gladio feriuntur, quod de marchicis testatur Brunnemann. *in proc. inquisit. c.* 6. *num.* 30. et de saxonicis Carpzov. *d. part. quaest.* 54. *num.* 14. *et seqq.* Quibus correspondet jus statut. *cit. l.* 6. *cap.* 6. §. 2. illud subjiciens, quod omne, adultero in ipso facto deprehenso contingens, impunitum maneat, *d.* §. 2. Concordat jus civ. ubi tamen impune occidi potest *l.* 22. *et seq. ff. ad l. jul. de adult. et auth. si quis c. d. t.* vid. de hac materia prolixius Zeithoff. *tr. de jur. occid. deprch. in adult.* Si simplex h. e. 95
si solutus cum conjugata se misceat, dictatur poena gladii viro, conjugata autem tantum fustigari solet moribus marchicis v. b. Brunnem. *cit. loco n.* 10. Jure sax. uterque poena gladii afficitur Carpz. *d. quaest.* 54. *n.* 31. *et seq.* In jure stat. hoc casu nihil speciale reperimus. Si 96
maritus cum soluta coit, fustigationem ac relegationem poenae loco sustinet maritus, foemina vero relegationem vel carcerem Carpz. *d. quaest.* 54. *n.* 59. 64. Licet jus saxon. electorale foeminae fustigationem, marito gladium dictitet Carpz. *d. quaest.* 54. *n.* 37. Jure statut. *d.* 97
c. §. 3. marito poena constituta, ut adulter publicae ignominiae *am Pranger* exponatur, a qua ignominia tamen solutione trium marcarum argenti se liberare potest, foeminae nulla plane facta mentione. Constituta quoque 98
et alia poena adulterii jur. civil. *in l.* 8. *c. de repud.* ut mulier adultera amissione dotis puniatur, illaque marito adjudicetur vid. Zoes. *ad ff. num.* 29. *h. t.* Concordant jur. stat. rig. *l.* 4. *c.* 6. §. 2. quae adulterium *eine im Oberspiel betretene Ehebrecherin* a mariti successione repellunt, eamque defuncti agnatis deferunt.

Remittitur poena adulterii, si pars innocens pro no- 99
cente conjuge intercedat, eique ulterius cohabitare velit Carpz. *quaest.* 55. *n.* 6. *et seq.* tenetur tamen conjux innocens personam relegatam sequi v. Brunnem. *d. l. n.* 32. Jus nostrum stat. sibi speciale quid constituit, licet 100
adulterium sit duplicatum, dum non exigit, ut pars innocens pro altera intercedat, sed ut adulter apud adulterae maritum gratiam expetat, qua impetrata, a poena capitali liberatur, et marito ad 10. marcas argenti solvendas, judicio vero ad quatuor obligatur *d. c.* 6. §. 2.
Ne autem hac ratione mulier adultera impunis abeat, 101

marito concessa facultas est, eam camerae includendi et
102 pane aquaque alendi *d. cap.* 6. §. 2. Poenam adulterii vero subit crimen confessus aut convictus, si tamen ex vita minus casta quaedam oriantur indicia, aliquem adulterii reum esse, jure stat. judex eum citare, et nisi juramento se purgaverit, adulteris destinata poena afficere potest *d. c.* 6. §. 4. Convenit jus civil. ubi itidem quis ex praesumptionibus urgentissimis et juris ac de jure, ut in *l.* 34. *c. ad l. jul. de adult. et auth. si quis ei. c. d. t. nov.* 117. *c.* 15. condemnari potest vid. Brunnemann. *in rep. par. ad Wesenbec. q.* 24. *d. t.* Tutius tamen tali casu poenam extraordinariam irrogari, monet Carpz. *in pr. cr. p.* 3. *q.* 116. *n.* 51. *seqq.*

103 Adulterio affinis censetur *polygamia* simultanea, ejusque poenam jure civ. dictatam prolixe demonstrat Carpz. *p.* 2. *quaest.* 66. *num.* 16. *et seqq.* quorsum me brevitatis amore remitto; eamque et jure divino et natu-
104 rali capitalem esse deducit idem *cit. loc.* Quamquam non desint defendentes, illam jure divino nunquam prohibitam fuisse, quos allegatos vid. in dn. Praesid. *annot.* ad Brunnemann. *jus eccles. l.* 2. *c.* 16. §. 1. Et hinc ex gratia principis bigamo ultimum supplicium remitti posse responsum *in amplissima facultate jurid. hujus viadr. quod integrum responsum videre est in dict. annot. cit.*
105 *l.* In imperio romano tamen dictatur poena gladii polygamo *constit. crim. art.* 121. Coler. *dec.* 176. *n.* 80. convenit jus stat. rig. *d. l.* 6. *c.* 6. §. 1. modo sciens aliam superinducat *d.* §. 1. si enim ignarus alterius vitae, aliud matrimonium contrahat, vel mitiori vel plane nulla poena afficiendus est. Carpzov. *d. quaest.* 66. *n.* 60. *et* 65.

106 Annumeratur delictis carnis *stuprum*, quod in virginem viduamque honestam committitur vid. Damhouder. *pr. crim. cap.* 92. *n.* 2. §. 4. *inst. de publ.*
107 *judic. l.* 6. §. 1. *ff. ad l. jul. de adult.* Poena ejus jure civil. in honestioribus est publicatio dimidiae partis bonorum, in vilioribus stupratoribus fustigatio cum relegatione *d.* §. 4. *inst. de publ. judic.* vid. Harprecht. *ad d. t. n.* 40. *in prino.* Berlich. *p.* 5. *concl.* 38. *n.* 5. Cardin. Tusch. *t.* 7. *pract. concl. tit.* 5.
108 *concl.* 709. *n.* 10. Jure divino, ut stupratam et dotet et ducat *Exod.* 22. *v.* 16. *Deut.* 21. *v.* 28. Menoch. *l.* 2. *a. q. cas.* 288. quod et jus canon. sequitur, poenam jure divino statutam repetens et confirmans *c.* 1. *et* 2. *x. de adult.* Berlich. *d. concl. n.* 3.
109 Anton. Thessaurus *dec.* 3. *n.* 2. Sed hanc copulativam; *dotet et ducat*, in alternativam resolutam esse asserit Carpzov. *quaest.* 68. *n.* 6. ita, ut moribus
110 sufficiat, aut ducere, aut dotare: concordat jus stat. rig. *d. c.* 6. §. 6. ita, ut puellam vel dotare vel ducere teneatur, si stuprata sit filia viri honesti *d.* §.
111 6. Si vero ancilla, illa in servitiis subsistere, et stuprator ad infantem alendum obligatur. Aequissimum enim est et jure comm. maxime conveniens ut quilibet pater infanti maxime necessaria suppeditet *l. nec filium* 9. *c. de pat. potest. cap. cum haberet in f. x. de eo qui duxit in matrim.* Tessaur. *d. decis.*
112 3. Si tamen in stupro uterque deprehensus, licet impraegnatio secuta non fuerit, nihilominus uterque a
113 judice poena affici potest *d. c.* 5. §. 5. Quod si vero stuprator stupratam ducere nolit, ei talem dotem constituit, qualem pater constituturus fuisset, imo etiam tantam, quantam opus habet deflorata, si maritum sibi convenientem invenire velit. Wam. *cons.* 583. *n.* 6. Menoch. *d. l. cas.* 285. *n.* 18. Concordat jus stat. 114
ubi secundum conditionem suam dotanda est *c. l.* Alterum si eligat stuprator, et stupratam ducat, dotem a patre petere nequit, Guttier. *l.* 1. *can. qu. cap.* 37. *n.* 20. Brunnem. *jur. eccl. l.* 2. *cap.* 18. §. 26. Concordat et in hoc jus stat. *d.* §. 6. ubi ille justam 115
dotem petere nequit, sed parentum et propinquorum dispositioni et liberalitati relinquitur, quid ipsi in dotem dare sponte velint.

Simplici hoc stupro longe gravius crimen est *stu-* 116
prum violentum, mulieri invitae et repugnanti illatum Petr. Heig. *p.* 2. *quaest.* 28. Cujus atrocitas ex dictata 117
poena apparet, dum stupratori, etiamsi meretrix vulgaris stuprata, poena gladii dictatur tam jure divino *Deut.* 22. *v.* 25. 26. *et* 27. quam jure civ. *l.* 1. §. *qui puero* 2. *ff. de extraord. crim.* Farin. *p.* 5. *oper. crim. qu.* 127. *n.* 9. Joh. Schneidew. *ad* §. *item lex Julia de adult. vers. sed eadem n.* 2. *inst. de publ. jud.* qui respondet *const. crim. art.* 119. Idque etiam 118
jure nostro statut. expresse dispositum, ut ille, qui foeminam violenter stupravit, si illa clamorem concitaverit, ita, ut audita fuerit, illudque per testes probari possit, capite plectatur *d. c.* 6. §. 7. stuprata vero plane non punitur, Carpzov. *p.* 4. *const.* 3. *def.* 9. qui cit. *const. def.* 7. asserit, supplicium remittendum esse, si stupratori nubere velit.

Post delicta carnis vindicanda veniunt *vis publica* 119
ac privata, quae olim secernebantur ex persona delinquentis et patientis vid. Carpz. *pr. crim. p.* 1. *quaest.* 40. *n.* 5. Sed hodie vis publica a privata armis 120
distinguitur *l. hoc jur.* 152. *ff. de reg. jur.* ut vis publica dicatur, si arma fuerint adhibita §. 8. *inst. de publ. jud. l.* 1. *l.* 3. §. 2. *l.* 5. *ad l. jul. de vi pub.* aliusve atrocior modus v. *d. l.* 5. 7. 8. 10. *d. t.* si adversus aedes alicujus privati quid suscipiatur, in aedes violenter irruendo, rapiendi aut nocendi animo. Quod crimen eo gravius vindicatur ob securitatem ae 121
dium violatam, cum domus cuique sua sit tutissimum refugium et receptaculum *l.* 18. *ff. de in jus voc.* Martin. Dobber. *in repert. lit. d. n.* 171. Poena de jur. 122
civ. statuta reperitur deportatio §. 8. *inst. de publ. judic.* imo interdum ultimum supplicium *l.* 8. *c. d. t.* Hering. *de jur. burgor. n.* 726. Coler. *p.* 1. *dec.* 155. *n.* 23. quamquam hodie eam arbitrariam et adhibita ratione circumstantiarum ad mortem usque extendi posse asserat Carpzov. *pr. crim. p.* 1. *quaest.* 40. Jure statut. rigens. securitatem aedium ex proposito 123
violans, dominumque verberans, et in eo delicto deprehensus, poena corporis afflictiva puniendus *d. l.* 6. *cap.* 4. §. 10. cui poenae subjacent et illi, qui operas praestitere *d.* §. in quo correspondet juri civ. *arg.* §. 11. *inst. de oblig. qu. ex quasi del.* Exaspe- 124
ratur quoque poena, si in praesentia senatoris vis aliqua, licet etiam privata, fuerit illata, ita ut si senator sub poena certa pecuniaria pacem injungat, illam violans ad eam poenam condemnari possit *d. cap.* 4. §. 3. Vim inferens vero, si quod damnum ex ipsa 125
violenta effractione perpessus fuerit, a nemine ejus restitutionem petere potest statut. rig. *l.* 6. *cap.* 4. §. 8. Damnum enim, quod sic ex sua culpa sentit, non sentire praesumitur *per l.* 203. *ff. de reg. jur.* Quo 126
igitur illi, qui a pessimo hoc hominum genere adoriuntur se eo melius defendere possint, caute disponere jur. stat. rig. *d. cap.* 4. §. 2. dum necessitatem

injunxerunt vicinis, omnibus de vi illata vociferantibus succurrendi, sub severa judicii poena, vel non auditi clamoris fidem juramento faciendi *d. c.* §. 2.

127 A violentiae quoque poena immunes non sunt, qui vias, trivia occupant vel obsident, ac praetereuntes exspectant, quos vulnerant, pulsant, aut verberant,

128 Germ. hoc crimen dicitur, *Verweglaegerunge*. Jure saxon. his insidiosis occultatoribus, si praetereuntes leviter vulneraverint, carceris, vel ad tempus certum relegationis poena dictatur, si graviter, manus ipsis amputatur, vel virgis caesi in perpetuum mittuntur exilium, *const. elect.* 13. *part.* 4. Carpz. *d. quaest.*

129 40. *n.* 36. Jure nostro statut. si hi per testes de crimine obsessionis itinerum convicti fuerint, pro illato damno et periculo in duplum condemnantur v. *d. lib.* 6. *c.* 5.

130 Accensentur delictis publicis *homicidium*, quo homo dolo seu a sciente seu volente occiditur, *l.* 1. *ff. ad l. corn. de sic.* quod crimen eadem quoque *lege cornelia scil. de sicar.* vindicatur. vid. Carpzov. *prax.*

131 *crim. p.* 1. *quaest.* 1. *n.* 53. Poena in homicidas jure civ. constituta est capitalis, dum rationi optime convenit, ut homicida, quod fecit, rursus exspectet §. *item l. Cornel. inst. de publ. jud. l. un. in pr. vers. et merito c. de rapt. virgin. l.* 3. §. *legis Corneliae.* 5. *ff.*

132 *ad l. Cornel. de Sicar. l.* 1. §. 3. *d. t. l. quoniam. multa* 6. *c. ad l. jul. de vi publ.* In quo jus civ. convenit cum jure divino, quo pariter homicidae morte mulctantur, v. *Genes.* 9. *Levit.* 24. *Exod.* 10. *vers.* 21. *Matth.* 26. aliique textus plures. Quod ipsum etiam *in const. crim. Carol.* expresse sancitum *art.*

133 137. A quo non discrepat jus stat. nostrum *l.* 6. *c.* 4. §. 4. quod itidem homicidae poenam gladii dictitat.

134 Et quamvis ex allegatis textibus satis superque poenam capitis dictandam esse, pateat, saepe tamen poena haec aggravatur, saepe mitigatur, vel in totum vel

135 pro parte. Sic in latrocinio, cum quis nihil mali metuens, ab alio clanculum interficitur, poena exasperatur, dum latro non tantum poena ordinaria afficitur, sed et post executionem cadaver ejus rotae imponitur Carpzov. *quaest.* 24. *n.* 16: concordat jus statut. *l.* 6.

136 *c.* 4. §. 5. Eadem quoque ratione aggravatur delictum homicidii, si quis veneno aliquem interemerit; plus enim est hominem extinguere, veneno, quam gladio occidere, ut loquitur Antoninus *in l.* 1. *c. de malef.*

137 *et mathem.* Hinc quoque *constit. crim. art.* 130. constitutum, ut mas propter hoc delictum rota contundatur, foemina culeo insuatur et suffocetur. Jure statut. rig. ipsis eadem cum sagis dictatur poena, ut vel gladio, vel igne pro rei qualitate, vita priventur,

138 *d. lib.* 6. *c.* 1. §. 2. Quemadmodum vero in homicidio doloso seu voluntario interdum exasperatur poena, ita quoque in eodem mitigatur, seu a poena ordinaria absolvitur reus homicidii, quando dolose vulneratus obiit non ex vulnere, sed culpa medicorum, vel malo regimine, vel alia culpa superveniente, Damhoud. *cap.* 75. *n.* 1. Gometz. *tom.* 3. *variar. resolut. cap.* 3. *n.*

139 28. *et* 29. Farin. *oper. crim. quaest.* 127. *n.* 1. Concordat jus statut. ubi, si vulneratus intra 14. dies aliquantulum reconvalescat, et postea moriatur, vulnerans poena ordinaria non afficiendus, quamquam poenam, ob vulnerationem effugere non possit, *d. lib.*

140 6. *c.* 4. §. 6. Simili ratione, si quis aliquem in aquam praecipitet, illeque obeat, praecipitans vita privatur; si vero praecipitatus ex hoc periculo liberetur, delinquens tantum arbitraria poena puniendus erit, vid. statut. rigens. *d. c.* 4. §. 11. In omni enim delicto eventus attendendus, et eventus felix mitigat poenam, *l.* 16. §. 8. *ff. de poen.* et nonnisi in atrocissimis conatus pro eventu punitur, vid. Brunnemann. *exercit.* 23. *ad instit.* §. 8. Quo autem poena haec homi- 141
cidis dictata locum habeat, non praesumptiones vel conjecturae sufficiunt, sed exigantur probationes luce meridiana clariores, *l. Absentem ff. de poen. l. ult. e. de probat.* Mynsing. *cens.* 5. *observ.* 33. Gail. *l.* 1. *observ.* 108. *n.* 18. Concordat jus statut. de necessitate requirens, ut homicida vel in ipso actu deprehendatur, vel plane convincatur *d. cap.* 4. §. 4.

Quod transactionem attinet cum parte offensa, illa 142
tam in causis civilibus, quam criminalibus permissa, etiamsi sanguinis inferant poenam, per *l. transigere* 18. *c. de transact.* Ignoscendum enim est, quolibet modo redimenti sanguinem suum, ut loquitur Ulpian. *in lib.* 1. *ff. de bon. eor. qui ant. sentent.* Sed haec 143
transactio neque judici, neque tertio praejudicare potest; quare non obstante transactione, reum ab alio accusari posse, tradunt vulgo ddr. a Carpzov. *p.* 3. *quaest.* 148. *n.* 2. citati. Multo minus judici, ut reum condemnare nequeat, cui potius incumbit, ob reipubl. interesse delicta vindicare *l. ita vulneratus* 32. §. 2. *ad l. Aquil.* et ex officio in delicta inquirere, *l. congruit.* 13. *ff. de off. praes.* Cui correspondet jus sta- 144
tut. rigens. *l.* 3. *cap.* 5. §. 3. ubi quoque delinquentibus invicem, vel publice vel privatim transigendi facultas conceditur, judici tamen ex officio nihilominus rei cognitione propter poenam reservata.

Homicidio annumeratur αὐτοχειρια, imo eo longe 145
detestabilior est, cum alterum interficiendo tantum illius corpus laedatur, sibimet autem violentas manus inferendo et corpus, et anima nefande perdatur. Decian. *in tr. crim. l.* 9. *cap.* 1. Gravissimas idcirco 146
poenas in hos statuere ll. latores, dum delicto consummato, et morte secuta corpori sepulturam honestam denegarunt, et in locum infamem, cadaveribusque destinatum illud projici voluerunt, Schneidew. *in* §. *religiosum* 9. *n.* 3. *inst. de rer. div.* Carpzov. *pr. crim. p.* 1. *quaest.* 2. *n.* 37. idque moribus observari tradit Heig. *l.* 2. *quaest.* 36. *n.* 64. et *quaest.* 39. *n.* 32. *et* 33. Quibus correspondent statut. rigens. 147
quae eamdem sepulturam caninam cadaveri dictitant, ut a carnifice in campum deducatur, ibique sub terra abscondatur. *d. l.* 6. *c.* 4. §. 12. Bona eorum quod at- 148
tinet, ea carnifices sibi communiter vindicare solent, sed jus illud ipsis neutiquam competere, nisi legitima consuetudine introductum fuerit, docet Carpzov. *p.* 1. *quaest.* 2. *n.* 32. Nec jure civil. per nov. 134. 149
cap. ult. et const. crim. art. 135. ea amplius confiscantur, sed haeredibus relinquuntur. Concordant statut. rigens. *d. c.* 4. §. 12.

Sequitur *falsum*, cujus principale requisitum do- 150
lus est, sine quo falsitas non committitur *l. eos* 27. *ff. ad l. corn. de fals. l.* 16. *ff. de test.* Mascard. *de probat. lib.* 2. *conclus.* 739. *n.* 12. Menoch. *de arbitr. jud. qu. lib.* 2. *cap.* 309. *n.* 1. *et de praesumpt. l.* 5. *praesumpt.* 20. *n.* 51. Committitur vero diversis mo- 151
dis, quos a b. Brunnemann. *ad Wesenb. h. t. quaest.* 3. notatos videre licet, quorsum me brevitatis amore remitto. Referuntur inter hos illi, qui testimonium fal- 152

sum dixere *l.* 1. §. 1. 2. *l.* 9. §. *pen. l.* 20. *l.* 21. *l.* 27. *ff. ad l. Cornel. de fals. const. crim. art.* 68. Damhoud. *cap.* 121. *n.* 4. qui hoc loco asserit, ejusmodi testem, qui falso desposuit, puniendum criminaliter aut civiliter, juxta qualitatem facti *d. l.* 1. *in princ. et* §. 1. etiamsi falsum testimonium nullum sortiatur effectum vid. Francisc. Marc. *decis. tom.* 2.
153 *quaest.* 798. *n.* 14. Sin vero ob falsum ipsius testimonium quis condemnetur ad mortem, tunc falsarium testem puniendum, non solum ut testem falsum, sed et ut proditorem et homicidam Carpzov. *p.* 2. *quaest.* 93. *n.* 46. imo poena talionis plectendum esse asse-
154 rit Francisc. Marc. *d. quaest.* 798. *n.* 13. Jure statut. rigens. ipsi infamia, et ob commissum perjurium poena corporis afflictiva dictatur, et praeterea obligatur ad restituendum damnum, parti laesae ex dicto testimonio datum, v. *d. l.* 6. *cap.* 11. *et l.* 2. *c.* 22. §.
155 2. Falsum quoque committunt nummos cudentes *l.* 18. *et* 19. *d. t.* Quorum poena hodie capitalis est, ex constitutione Constantini imperat. *l.* 1. *et* 2. *de fals. monet.* Confiscantur quoque eorum bona, ipsa domus, in qua moneta cusa, fisco vindicatur, ipsique cudentes flammis mancipantur, etiamsi justi ponderis monetam
156 formaverint, Zoes. *ad d. t. n.* 13. Jure stat. rig. si adulterans cuderit monetam, infra valorem quatuor semunciarum, *vier Loth*, illaque penes eum reperta fuerit, manus amputatio ei dictatur, si vero ultra dictam summam monetam falsi ponderis *vom falschem pagament* cuderit, vita privatur. *d. l.* 6. *c.* 10. §. 1.
157 Falsificantibus non immerito jure statut. annumeran-

tur aurifabri, qui ex argento infra XIII. semunciarum bonitatem quid conficiunt; poena ipsis statuta vel pecuniaria vel corporis afflictiva, famaeque privatio rei qualitate *d. cap.* 10. §. 2. Committitur quoque cri- 158
men falsi utendo falsis mensuris. *l.* 32. §. 1. *d. t.* Zoes. *d. t. n.* 2. poenaque iis dictatur arbitraria; concordat jus stat. rigens. *d. cap.* §. 3. ubi poenam in corpore et fama secundum judicis moderationem jure debent.

Criminibus hisce publicis subjungendum est extra- 159
ordinarium quoddam crimen scil. *receptio facinorosorum seu delinquentium*. Quod crimen cum extraor- 160
dinarium sit, arbitraria poena receptatores teneri, rectissime concludit Petr. Theod. *in colleg. crim. disp.* 3. *th.* 15. *lit. e.* quam sententiam prolixe defendit Carpzov. *in pr. crim. p.* 3. *quaest.* 134. *n.* 38. *et seqq.* Cui adstipulari videtur jus stat. rigens. dum eum, qui 161
maleficum defendit, ne a persequentibus apprehendatur, poena corporali afficit, a qua tamen pro rei qualitate se pecunia liberare potest. *d. lib.* 6. *cap.* 8. §. 9. Simili casu ille, qui seditiosum recipit, in poe- 162
nam trium marcarum argenti condemnatur, vel juramentum praestat, sibi haud notam fuisse conditionem *d. l. c.* 7. §. 1. Ab omni poena vero liber pro- 163
nunciatur hospes, in cujus aedibus, sine ipsius culpa ab hospitibus invicem rixantibus, homicidium commissum, et homicida aufugit; modo juramento asserere possit, se vociferando clamorem excitasse, nec delinquentem detinere potuisse, jus statut. rigens. *d. l. c.* 4. §. 7.

CAPUT IX.

De Processu.

SUMMARIA

Connexio. n. 1.
In omni processu ratio habenda, ad quam jurisdictionem res ventilanda pertineat. n. 2. *seqq.*
Quae res et persona coram magistratu rig. agitari ac conveniri possint, quae non? n. 5. *seqq.*
Quae personae in judicio comparere possint? n. 24. *seqq.*
In quibus causis procuratores intervenire possint? n. 29. *seqq.*
Quomodo constituantur? n. 34. *seqq.*
Qui procuratores esse possint? n. 42. *seqq.*
Advocati a cavillis improbis abstinere debent. n. 50 *seqq.*
Judex suspectus removendus. n. 58. *seqq.*
De cautione in judicio praestanda. n. 64. *seqq.*
De citatione, et quomodo ea insinuanda? n. 68. *seqq.*
Quando et quomodo contra contumacem procedendum? n. 77. *seqq.*
De amicabili litium compositione a judice facienda, n. 94. *seqq.*
Quae beneficia pauperibus litem susceperis concessa? n. 97. *seqq.*
Processus divisio in ordinarium et summarium. n. 101.
Quae res summario processu ventilandae? n. 102. *seqq.*
Quae in processu summario observandae? n. 110. *seqq.*
De processu ordinario. n. 113. *seqq.*
De reconventione. n. 122. *seqq.*
De processu arresti. n. 129. *seqq.*
Quando exceptiones opponendae? n. 161. *seqq.*
De juramento a parte delato et relato. n. 167. *seqq.*
De juramento a judice delato. n. 192. *seqq.*
De juramento purgatorio. n. 198. *seq.*
De probationibus. n. 200. *et* 222. *seq.*
De examine ad perpetuam rei memoriam. n. 201. *seq.*
De probatione per testes. n. 225. *seq.*
De reprobatione. n. 246. *seqq.*
De probatione per signa, sigilla. n. 249. *seqq.*
Qui testes esse possint? n. 252. *seq.*
De publicatione attestatorum. n. 260.
De probatione per instrumenta. n. 264.
Quae instrumenta probandi vim habeant? n. 265. *seq.*
Libri mercatorum quomodo probent? n. 275. *seq.*
Instrumenta in originali exhibenda. n. 288. *seq.*
De adversarii confessione. n. 290. *seqq.*
Sententia quando et quomodo ferenda? n. 293. *seqq.*
De declaratione sententiae. n. 296. *seq*
De appellatione. n. 304. *seq.*
De appellationis fatalibus. n. 309. *seq.*
De revisione actorum coram senatu impetrata. n. 330. *seqq.*
De appellatione ad summum tribunal. Regium Stockholmiae. n. 338. *seqq.*
De extraordinaria appellatione ad idem tribunal. n. 345. *seq.*
De executione. n. 353. *seq.*

De immissione. n. 370. *seq.*
De tertio interveniente. n. 384. *seq.*
De expensarum refusione. n. 392.
Conclusio. n. 398. *seq.*

1 Hactenus de modis jus aliquod sibi acquirendi. Restat tertium juris objectum, *actiones* scil. seu modi, quibus jus acquisitum persequimur in judicio *pr. instit. de action.* Quod, cum hodie solemni, ac certa processus forma fieri soleat, ejus discussionem pro instituti nostri ratione eo ordine, quo in statut. rig. *l.* 2. *processus judiciarius* tractatur, brevibus hic susci-
2 pimus. Quoad processum legitime instituendum caute observandum, ad quam et qualem jurisdictionem res
3 ventilanda pertineat. Jus civile quod attinet, ejus dispositionem hac in parte jam dudum antiquavit et longa mutavit dies, uti Carpz. loqui amat *in proc. tit.* 2. *art.* 1. *n.* 3. adeo, ut moribus solum fori usum conventionem ac consuetudinem cynosuram suggerere, asserat Knichen. *in tr de jur. territor. c.* 4. *n.* 21. *et* 43.
4 Wehner. *in pract. obs. vocab. Zenth.* Cujus monitum et nos observaturi species jurisdictionis jure stat. introductas primo recensebimus. Recensentur vero *l.* 2. *c.* 1. §. 4. *das Vogtheiliche Gericht, das Land-Vogtheil. das Weisen-Gericht, Amt-Wett-Kirchen und Bau-Gericht.* Judicium praetorium *das Vogtheil. Gericht* quod attinet, ejus dispositionem videre est *d.*
5 *c.* 1. *et cap.* 5. §. 1. *et* 1. Ventilandae coram eo tamquam in prima instantia *d.* §. 1. omnes res, tam civiles quam criminales eique adhaerentes, exceptis testamentis, petitionibus haereditatis, proclamatibus, immissionibus ex primo et secundo decreto, quae primam instantiam coram toto senatu sortiuntur stat. rig.
6 *d. l. c.* 3. §. 1. Quoad criminales tamen observandum, huic judicio inferiori tantum competere facultatem inquirendi, non vero poenam seu torturam dictandi, quae a senatu, actis ei communicatis, impo-
7 nenda *d. c.* §. 2. Conveniuntur in eodem rei quatuor praecipue ex causis: domicilio, contractu, delicto, et
8 re, de qua agitur *d. l.* 2. *c.* 2. §. 2. Respondebunt itaque coram eo omnes domicilium in civitate nostra habentes, *die Eingebohrne und Eingesessene*, sive nobiles sive ignobiles sint *d. c.* 2. §. 1. in quo correspondent stat. juri civ. vid. *l. haeres* 19. §. *ult. ff. de judic. l. incola* 29. *ff. ad municipal. cap. cum sit*
9 *generale* 8. *X. de foro compet.* Subintelligendum vero hic domicilium inhabitationis, quod verba *d.* §. 1. *Eingebohrne und Eingesessene* indicant, non originis: illud enim si mutatum, alibi novo constituto, amissum censetur Gail. *l.* 2. *obs.* 63. n. 3. Zang. *de ex-*
10 *cept. p.* 2. *c.* 1. *n.* 68. Sortiuntur idem forum in civi-
11 tate nostra contrahentes *d.* §. 1. *et* 2. vel alio in loco contractum celebrantes, in eadem vero solutionem promittentes *d.* §. 2. Concordat jus civ. intelligitur enim locus contractus, in quo quid dari promissum, seu in quo, ut quis solvat, se obligavit *l. contrax.* 21. *ff. de o. et a l.* 1. 2. *et* 3. *de reb. aut. jud. possid. l.* 19. §. *ult. ff. de judic. cap. Romana* §. *contrahentes X. de*
12 *for. compet.* Idem forum agnoscit reus in causis criminalibus, si vel in civitate rigensi, vel ejus territorio homicidium aut aliud delictum commisit *d. cap.* 2. §. 1. *et* 4. in quo jus statut. correspondet jur. civ. vid. *l.* 3. *ff. de off. praesid. l. sicut crimen* 7. §. *penult. et l. ult. ff. de accusat. l. solent* 7. *ff. de custod. reor. l.* 1. *et Auth. quo in provincia c. ubi de crimine agi oport. nov.* 69. *cap.* 1. Derian *in tr. crimin. l.* 4. 13
c. 7. §. 1. Zanger. *de except. p.* 2. *cap.* 1. *n.* 221. Vel si in alio deliquit, in territorio rigensi tamen deprehensus *d.* §. 4. in quo stat. jus differt a jur. civ. per *l.* 1. *c. ubi de crim. agi oport.* nisi deprehensus fuerit vagabundus *d. l.* 1. Duaren. *ad tit. ff. de jud. c.* 14
12. Convenit tamen cum moribus hodiernis, ubivis fere receptis Carpz. *in proc. tit.* 3. *art.* 2. *n.* 39. Zanger. *d. c. n.* 248. Eidem judicio obnoxii quoque sunt illi, qui ob res sub civitatis jurisdictione sitas conveniuntur, sive res sint mobiles sive immobiles, sive depositae sive aliam ob causam alicui commissae *d. c.* §. 5. concordat jus civil. *per l. quod* 38. *ff. de judic. l. fin. c. ubi in rem actio.* Carpzov. *d. tit. art.* 3. tot. 15
Quod non tantum lite inter laicos, sed et inter laicos et clericos, aut solos clericos existente procedit *cap. sane* 3. *cap. si clericus* 5. *c. fin. X. de for. compet.* Non enim persona ecclesiastica, quae ei obligata non est § *omnium* 1. *inst. de act.* trahitur in judicium, sed res ipsa Gail. *l.* 1. *obs.* 37. *n.* 4. Boer. *dec.* 69.
n. 7. convenit jus stat. rig. *d.* §. 5 Eodem in foro 16
creditor fugitivus, aliique forenses vagabundi comparere tenentur *d. c.* 2. §. 3. convenit jus civ. Non enim fugitivus potest de fori incompetentia excipere *arg. l.* 1. *ibi adeat judicem c. in quibus caus. colon. cens. dom. lib.* 11. Coler. *de proc. execut. p.* 2. *c.* 1. *n.* 82.
Nec interdicitur extraneo, coram eodem comparere 17
judicisque jurisdictionem prorogare, licet ad illud jure cogi non possit *d. c.* §. 7. *et* 8. convenit jus civ. *l.* 1. *c. de jurisdict. l.* 18. *ff. d. t.* Obrecht *de jurisdict. l.* 4. *c.* 10. *et* 12. Peretz *in c. de jurisdict. n.* 5. Lite vero 18
semel suscepta et contestata forum illud amplius declinare non potest, sed de necessitate processum ibidem absolvere tenetur. jur. stat. *d.* §. 5. correspondet jus civ. *d. l.* 1. *c. de jurisdict.* Vinn. *de jurisdict. c.* 11. *n.* 3. Michael de Luna *de rat. imperii l.* 2. *c.* 10.
n. 28. Obrecht. *d. l.* 4 *c.* 11. adeo, ut et judici incumbat, si pars altera excipiat, litem in altero jam pendere judicio, partes eo remittere, ut lis in loco, 19
quo mota, decidatur stat. rig. *d. c.* 3. §. 5. Eadem ratione et civi rigensi, si in extero loco quid commisit, permissum, illius loci judici se submittere ejusque jurisdictionem prorogare, cui tamen, si aliqua in parte ibidem gravaretur, suppetias ferre senatus promisit *d. c* 2. §. 9. Civis tamen civem coram ex- 20
traneo judice convenire in vel extra regionem nostram sub poena 10. thaler, prohibetur *d. c.* §. 6. A juris- 21
dictione civitatis vero eximuntur, seu ibi domicilium habeant, seu contrahant, seu delinquant, qui vi reversalium regiae instructionis et resolutionis speciale forum agnoscunt *d. c* 2. §. 1. Concordat jus civil. 22
exigens, ut citatus, privilegio munitus, compareat et privilegium alleget *l.* 2. *ff. si quis in jus vocat. l.* 5. *ff. de jud.* Brunnem. *in proc. civ. c.* 3. *n.* 12. Quamquam 23
hoc privilegium eo non extendendum putemus, si scil. exempli hi ob rem aliquam, sub civitatis jurisdictione sitam, conveniantur, quia ejus in alleg. §. 1. nulla fit mentio; et §. 5. omnes, sive ecclesiastici sive seculares in hoc casu comparere tenentur. Non enim tam persona, quam res in judicium tali casu trahitur, uti jam supra notavimus.

Cum hucusque perlustraverim, quaenam causae co- 24
ram judicio civitatis ventilari possint, jam quoque vi-

debimus, quaenam personae in judicio causas prose-
25 qui possint? Omnibusque viris integrae fidei ac famae illud licere, tam ex jure stat. *l.* 2. *c.* 6. §, 1. quam ex jure civ. *t. t. ff. de postulan.* patet, imo etiam infamia aliqua laborantibus, si suam persequantur causam, jur. stat. *d.* §. 1. convenit jus civ. *in l.* 1. § 6
26 *ff. de postul.* Banno affectos vero ab agendo in judicio statuta plane repellunt. *d.* § 1. Nec gaudent beneficio standi in judicio, ob minorennitatem curatelae adhuc subjecti, tam jure stat. *d.* §. 1. quam jur. civ *l.* 2. *et* 3. *c. qui legit. pers. stand. in jud.* §. *item inviti inst. de curat.* adeo, ut contra hos absque curatore nec sententia ferenda *l. acta* 45. §. 1. *ff. de re jud.*
27 *et l.* 54. *ff. d. t.* Et quamvis II. civiles mulieribus in judicio alieno nomine comparere non concesserint *per l. neque foemina* 54 *ff. de procurat. l. foeminas ff. eod.* eas tamen repellere in totum noluere, sed interdum vel pro parentibus liberisque *per l.* 41. *ff d. t. l. alienam* 18. *c. eod.* vid. Damhoud. *proc. civ. cap.* 94. *n.* 7 vel pro deserto captivoque marito *l.* 3. *ff. de liber. caus.* Gail. *l.* 1. *obs.* 133. *n.* 9. aliisque in causis, eas admisere, v. Brunnem. *in comment. ad d. l* 41. add. Hahn. ad VVesenb. *de procurat. n.* 4. multo magis tamquam procuratrices in propria causa
28 *per l.* 4. *c. d. t.* Hahn. *c. l.* Jura statut. rigens. quod attinet, ea sexus muliebris imbecillitatem exactius ponderantia, viam et facultatem in judicio comparendi mulieribus, cujuscumque sint dignitatis vel aetatis, sive actoribus sive rei personam sustineant, simpliciter praecludunt, et ipsis etiam invitis ex judicis officio pro rei qualitate curatorem *einenk riegischen Vormund* constituunt *d. c.* 6. §. 2.

29 Parum refert, an quis in propria persona, an ob negotia vel aliam ob causam impeditus, per procuratores vel advocatos in judicio compareat, jur. stat. *d. l.* 2. *c.* 7. §. 1. convenit jus civ. *t. t. de procurat.*
30 Modo causa talis sit, quae procuratorem admittat. Sic in criminali causa, si quis ob delictum perpetratum, quod poenam corporis afflictivam meretur, conveniatur, in propria persona comparere et respondere tenetur, non vero per procuratorem jus statut. rig.
31 *d. c.* 6. §. 3. Correspondet jus civ. *per l. penult.* §. *ad crimen* 1. *ff. de public. judic.* Et unanimi consensu interpretes hac lege motos, in criminalibus pro reo procuratorem neutiquam admittendum esse, statuere, asserit, eorumque ingentem numerum adducit
32 Carpzov. *in pr. crim. p.* 3. *qu.* 105. *n.* 25. Ex parte actoris autem procuratorem moribus admitti, patet *ex constit. carol. art.* 12. Rauchbar. *l.* 1. *qu.* 7. *n.* 2. Farin. *in prax. crim. q.* 12. *n.* 53. Gail. *l* 1. de *pace*
33 *publ. c.* 10. *n.* 12. Cum quibus convenire videntur statut. rig. quae tantummodo de reo loqui, colligere est ex alleg. §. 6. verbis ultimis, ubi dicitur: *Sie müssen selbst erscheinen und können durch einen Procuratorem alleine sich nicht verantworten*, quod reo, non autem actori, competit.

34 Constituitur procurator aut advocatus vel apud acta, in praesentia partium oretenus a domino jur. stat. *d. c.* 7. §. 6. *in f. arg. l. ult. c. de pact. convent.* vel per domini, ad litigandum et mandandum habilis, mandatum, *Vollmacht. v. l.* 43. §. 1. *de procurat. l.* 8. *l.* 11. *l.* 13. *c. eod.* vid. Struv. *in syntagm. jur. civ.*
35 *exerc.* 7. *th.* 27. concordant stat. rig. *d. c.* 7. §. 1. Quo mandato procurator si destituatur, a judicio repellitur, nec ad agendum admittitur, *arg. l.* 24. *c. d. t.* etiamsi cautionem de rato offerat *arg. l.* 1. *c. d. t. d. l* 24. add. Hillig. *ad Donell. l* 18. *c.* 12. *lit. d.* Vasquius
36 *controv. l.* 2. *c.* 16. *n.* 3. Convenit jus stat. *d. c.* §. 6. quod nec absentis negotium sine mandato suscipientem admittit, sed eum in mulctam thaleri condemnat; nisi 37 vinculo sanguinis vel conjugii sese obstrictum docere possit, cautionemque de rato praestet *l.* 21. *c. de procurat.* dn. Brunneman. *in comm. ad d. l.* Hahn. *ad Wesenbec. d. t. n.* 4. *l.* 35. *ff. d. t.* imo etiam sine cautione de rato, si ea ab adversa parte non petatur. Mev. *p.* 5. *decis.* 361. Concordant ferme statut. rigens. 38 *d.* §. 6. illud tamen speciale insuper exigentia, ut non tantum conjunctus talis de rato caveat, sed et se obstringat ad legitimum mandatum intra certum tempus pro ducendum *d.* §. 6. Locus quoque et tunc est cautioni 39 de rato, quando incertum ac dubium est mandatum *d. l.* 1. *c. d. t. l.* 39. §. 1. *ff. eod.* Bachov. *in Treutl. vol.* 1. *disp.* 9. *thes.* 7. *lit. h. b.* B. Brunnemann. *in comment. ad d. l.* 39. Convenit jus statut. et quoque hoc in casu legitimum mandatum intra certum tempus, praeter cautionem de rato, exigit *d.* §. 6. Non admit- 40 tuntur autem in judicio omnes procuratores, sed saltem ii, qui jur. civil. habentur idonei, nequaquam personae infames ex sanctione pontificum *in can. infames.* 1. *et seq. c.* 1. *qu.* 7. *et can. ult. ubi glos. c.* 5. *qu.* 3. Cui correspondet jus statut. *d. c.* §. 7. non obstante, 41 quod jure civil. procuratores infamia aliqua laborantes *per* §. *fin. inst. de except.* a quibusdam admittantur, quem §. tamen de infamia dubia, non notoria intelligendum esse, monet dn. Praes. *in n. ad d.* §. *fin.* talesque nec in superioribus judiciis admitti, testatur Gail. *l.* 1. *obs.* 45. *n.* 8. Et quamvis jure civ. omnes 42 procuratores esse possint, qui non speciali lege prohibeantur, de quibus passim dd. In eo tamen recedit 43 jus stat. rig. *d.* §. 7. nullos admittens, quam, si senatui rigensi juramento sese obstrinxerunt, vel speciali permissu facultatem procurandi impetrarunt. Quod quantum commodum afferat, commendat Carpzov. *in proc. tit.* 5 *art.* 1. *n.* 39. Unde illa differentia fluit, quod 44 cum jur. civ. nemo invitus procurator dari, quia non munus publicum *l. filiusfamilias* 8. §. 1. *ff. de procurat. l.* 17. *c. eod.* et nemo invitus ad negotium suscipiendum cogi possit *arg. l.* 11. *c. de contrah. empt.* Jure stat rig. tamen quivis procurator, primo ejus pa- 45 trocinium imploranti, assistere tenetur *d.* §. 7. cum per statuta illud negotium sit quasi publicum factum. No- 46 tanter diximus primo cuivis, hinc adversae parti ejus consilium desideranti id indicare, nec causae narrationem ab ea audire debet; stat. rig. *d. c.* §. 8. convenit jus civil. quod transgressori poenam infamiae dictitat. *arg. l.* 1. *pr. et l.* 4. *ff. de praevaric.* Freher. *de existimat. lib.* 3. *cap.* 14. Altera quoque ex eodem 47 fonte oritur differentia, quod, cum jure civ. juramentum calumniae tantae sit necessitatis, *per l.* 2. §. 4. *c. de jure propt. calumn.* ut non tantum a partibus, sed, quo omnis malitia eviteur, etiam ab ipsis advocatis et procuratoribus juramentum hoc in singulis causis praestandum sit, per *d. l.* 2. *princ. et* §. 4. *d. t. et l. rem non novam.* 14. §. 1. *c. de jud.* Jure stat. 48 rig. tamen procuratores vel advocati, qui semel procuratorium praestitere, ab hoc liberentur *d.* §. 7. Ne an- 49 tem hac ratione interdum ansa detur malitiae, provide cautum *c. l.* ut judici liceat, si aliquam subesse frau-

dis suspicionem animadvertat, illud nihilominus deferre.

50 Praecipiunt quoque jura stat. rig. procuratoribus vel advocatis sub certa mulcta, ne de industria prorogent litem, nec eam cavillis reprobis in longum protrahant *d. c. §. 2. et 5.* quod et jure civ. constitutum *l. 9. §. 2. de offic. procons.* Hillig. in Donell. *l. 18. c. 3. lit. bbb.*

51 Berlich. *p. 1. concl. 19. n. 40.* Inprimis, ne injuriosis se invicem lacessant verbis *d. §. 2.* Convenit jus civ. ubi sub poena infamiae contumeliae advocatorum prohibitae *l. 6. §. 1. c. de postul.* et hinc a judice iis poe-

52 nam extraordinariam dictari posse, asserit Carpzov. *p. 1. const. 1. def. 19.* Cui correspondet jus stat. *d. cap. §. 4.* quod pro rei qualitate tam procuratori et advocato criminanti, quam et recriminanti arbitrariam dic-

53 titat poenam. Nec excusantur procuratores, multo minus a principali poenam erogatam repetere possunt, licet jussu principalis injuriosa scripto inserant verba,

54 stat. rig. *d. c. §. 4.* Secus vero, si ipsimet principales vel oretenus contumeliam effundant, et scripto a procuratore confecto subscripto contumeliosi quid inserant, vel tale quid in scriptis, quae ipsimet conscripsere, exprimant, tunc illi ad poenam exsolvendam obliganturs salva manente laeso injuriarum actione statut. rig.

55 *d. c. §. 4.* Quo igitur eo facilius de criminantis constare possit persona, caute dispouuere jura stat. ut quilibet supplicationem vel scriptum producens eidem nomen suum subscribat *d. cap. §. 3.* Quemadmodum vero

56 procuratori vel advocato incumbit litem susceptam absolvere, omnia dextre ac fideliter agere, et si morbo impediatur, alium substituendo moram evitare statut. rig. *d. c. §. 6.* ita quoque clientis officium est, finito processu, constitutum ipsis in jure statut. rig. *d. c. §. 10.*

57 honorarium exsolvere, in quo a jure civil. differt, quo certum honorarium advocatis statutum non deprehenditur. Lucrum tamen illicitis pactis captare illis tam jur. civ. *per l. 5. et l. 6. §. 3. de postul.* quam jure statut. *d. §. 10.* interdictum.

58 Haec de procuratoribus; de judicis vero persona tam actor quam reus soliciti sint, necesse est; suspectum enim non tantum accusare, sed et plane repellere possunt tam de jure canon. *in cap. suspicionis X. de offic. et potest. jud. deleg. cap. si quis contra. 4. cap. licet. 10. in f. X. de for. compet.* quam de jure civ. *in l. Julianus ait 17. ff. de judic. l. si pariter. 9. de liber. caus. nov. 69. c. 2. §. 1. v. si vero. Auth. consequenter. c. de sentent. et interlocut. omn. jud.* Ex quibus

59 causis autem judices suspecti accusari possint tractat Marant. *in specul. p. 6. de appellat. n. 27. et seqq.* Lancellot. *in tract. de offic. praetor. in caus. civil. sub tit. de except. n. 10. et seq.* Zanger. *de except. p. 2.*

60 *c. 4. n. 18.* Inter quas non minima est cognatio seu affinitas alterius partis *cap. accedens. 4. ut lit. non contest. l. un. vers. illo. c. si quacumque praedit. potest.* Rosbach. *in process. jud. tit. 4. n 59.* Chil. Konig.

61 *in process. p. 1. c. 4. n. 31. et c. 43. n. 23.* Concordant jura rig. *l. 1. §. 3.* ubi non tantum ad instantiam partis adversae, sed et proprio motu, tam agnati, quam cognati usque ad tertium gradum linene aequalis inclusive, imo et in primo genere affinitatis, sub poe-

62 na arbitraria a votis abstinere coguntur senatores. Quod et illi observare debent, qui vel patrocinio uni parti adstitere, vel judices in eadem causa olim fuere stat.

63 rig. *d. §. 3.* Cum praesumptio sit, eos jam causae unius partis favere; judicis vero congreat officio, utriusque partis sermonem et responsa audire, nec ullam opitulari, qui ita justitia cuique, tam diviti quam pauperi, aequaliter administrari possit, stat. rig. *l. 2. c. 1. §. 5.*

Lite dicta ratione coram judice haud suspecto mota, 64
vel ab actore principali vel ejus procuratore, obligatur idem ad cautionem pro rei qualitate praestandam, si reus eam exigat stat. rig. *l. 2. c. 8. §. 1.* correspondet jus civil. *per nov 69. cap. 1.* Zanger. *part. 2. cap. 12. n. 4.* Imo et ipse reus, se scil. in judicio usque ad 65
finem permansurum. et sententiae ferendae adesse velle §. 2. *inst. de satisdat.* B. Brunnem. *in proc. civ. cap. 8. n. 6.* convenit jus stat. *d. 2. §. 2.* Et quamvis cautio- 66
nem de judicato solvendo ab usu recessisse testetur *d. §. 2. inst. de satisdat.* Hering. *de fidejuss. c. 1. n. 108.* Umm. *disp. 9. n. 14.* Illam tamen jure stat. rig. adhuc requiri patet ex verbis fin. alleg. §. 2. A qua cautione praestanda jur. civ. *per l. sciendum. 15. ff. qui satisd. cog.* et jure stat. rig. *per d. c. §. 3.* liberantur rerum immobilium possessores, de qua jam supra quaedam adduximus. Requiritur vero, ut ante litem contestatam 67
cautio haec exigatur per stat. rig. *d. c. §. 1.* Lite enim contestata, haec tamquam exceptio dilatoria amplius opponi nequit *l. exceptionem. 19. c. de probat.* Zang. *p. 2. c. 22. n. 2.*

Quo autem lis legitime mota dici possit, basis to- 68
tius judicii citatio scil. *l. de unoquoque 47. ff. de re jud.* praecedere debet, quae adeo necessaria, ut omnis actus judiciarius contra non citatum celebratus sit nullus Gail. *1. obs. 48. n. 1.* Fit autem citatio, vel pu 69
blica affixione, si scil. citandus sit vagabundus, ita ut commodis mediis in judicium trahi non possit stat. rig. *d. l. 2. c. 9. §. 8.* vel insinuatione in faciem ipsi citato, justo tempore *l. 13. §. 1. ff. de excusat tut.* stat. rig. *d. l. 2. c. 9. §. 1.* vel si ipsius copia haberi non possit *per l. 1. §. 1. de agnosc. et alen. lib.* Mev. *p. 3. decis. 81.* affixa citatione ad domum Scacc. *lib. 1. de judic. c. 45. n. 2.* imo sufficere tali casu, si in domicilio per scripturam experientia testatur, teste Carpzov. *in proc. jur. sax. tit. 7. art. 1. n. 61.* Cui 70
correspondet jus stat. *d. §. 1.* illud insuper exigens, ut simul famulitio, dominum citatum esse, indicetur 71
d. §. 1. Quo autem de modo insinuatae citationis constet, in quovis judicii die nuncius, qua ratione citatio insinuata, in praesentia partium referre debet statut. rigens. *d. §. 1.* Quomodo moribus, de insinuatio- 72
ne relationem nuncius praestet, vid. in b. Brunnem. *proc. civ. c. 3. n. 37.* Cujus relationem fidem facere, et vim habere ex consuetudine testatur Mevius *part. 4. d. 328. n. 8.* Et licet tanta diebus festis, praecipue 73
vero diei dominicae per ll. justinianeas stabilita veneratio, ut penitus silere debeat horrida vox praeconis *per l. ult. c. de fer.* Attamen in statut. rigens. *d.* 74
c. 9. §. 3. dispositum videmus, ut non tantum eodem die scil ante horam 12. citationes insinuari, imo si res moram non patiantur, eodem et aliis diebus festis arresta imponi, appellationes interponi, et hospitum iter facientium querelae audiri et decidi possint *d. l. c. 10. §. 2.* In quo juri civ. correspondet jus statut. 75
ubi et dictis casibus actus in diebus feriatis expeditus substinetur *l. 1. c. de fer.* B. Brunnemannus *in repet. parat. ad Wesenbec. tit. de fer. qu. 6.* Quaenam 76
feriae singulares magistratui rigens. competant, videri possunt *d. c. 10. §. 2.*

Citatione legitime facta jur. civ. scil. si reus tribus citatus sit vicibus, per intervallum 10. dierum *l. ad peremptorium* 68. *et seq. ff. de jud.* vel una citatione peremptoria, quae tempus tribus istis citationibus destinatum continet *l. nonnunquam* 72. *ff. de judic. et l. consentaneum* 8. *c. quomodo et quando judex*, eademque insinuata, si reus non compareat, contra eum tamquam contumacem, procedi potest *l. contumaciam.* 53. § 1. *ff. de re jud.* modo de certitudine insinuationis
78 constet Mev. *part.* 3. *decis.* 222. *et decis.* 266. Quod jus. stat. rig. attinet, distinguendum: an civis ad instantiam civis; an alius seu peregrinus, seu in civium numerum nondum receptus, ad instantiam civis et vice
79 versa citetur: priori casu civis ter citandus *d. c.* §. 4. posteriori casu, seu civis seu exterus sit, ad primam citationem comparere tenetur *d. c.* §. 5. *et* 6. in quo
80 a jure civ. recedit. Si autem priori casu civis ter citatus haud compareat, usque ad legitima impedimenta, *biss auff die Ehehafften*, in contumaciam condemnatur, et ipsi terminus peremptorius de novo praefigitur. Quodsi et ad quartam citationem non compareat, neque contumaciam purget, concessere jur. statut. judici facultatem, facta prius ab actore summaria petitionis deductione, et nuncii, de insinuata citatione, relatione, sententiam ferendi, et contumacis bona exe-
82 quendi. Imo ob contumaciam judicio quoque pignus quoddam reservandi. Quo processu durante, omnes
83 citationes peremptoriae sint, necesse est *d. c.* §. 4. Eodem fere modo in posteriori casu, si citatus ad primam citationem non compareat, procedendum vid. statuta
84 *d.* §. 5. et 6. Cum vero hi modo allegati §. 4. 5. 6. quoad contumaciam rei tam a jure civ. ex quo regulariter contumax in causa principali, ob solam contumaciam ad rei amissionem et juris privationem non condemnatur. Brunnemann. *in proc. civ. d. cap. num.* 20. quam a jure can. recedant, illudque nimis prolixum foret hic deducere, nos remittimus ad h. Brun-
85 nemann. *proc. civ. cap.* 4. §. 8. *seqq.* Convenire vero videntur statuta hac in parte cum jure saxon. vid.
86 Carpzov. *in proc. tit.* 8. *art.* 2. *n.* 3. Quod contumaciam actoris attinet, illa quamvis rarior, non tamen immunis est, et nec hoc in casu jura stat. sequuntur
87 dispositionem juris civ. Jure civ. enim si actor non compareat, reus ab istantia absolvitur *l. properandum.* 13. §. 2. *c. de jud.* actorque ad expensas reo restituendas condemnatur *d. l.* 13. §. 2. Zanger. *part.* 2. *cap.* 9 *n.* 2. *et seq.* et si audire rursus petat, cautionem praestare debet, se in termino fideliter compa-
88 riturum *cap.* 1. *x. de dolo contum*: quod si autem actor in primo compareat, libellum exhibeat et in alio termino rursus emaneat, reus litem negative contestari, et probatione legitime facta, in causa obtinere potest, actorique tunc perpetuum imponitur silentium, v. Brunn. *d. c.* §. 3. et 4. Carpz. *tit.* 12. *art.* 1. *tot.* Jur.
89 stat. rig. si in primo termino se non sistat, XV. mareas, si nec in secunda, XX. mareas una cum restitutione expensarum actor solvit, si nec in tertio, in eamdem poenam et contumaciam condemnatur, et ante exsolutam poenam et allegata impedimenta non auditur stat. rig. *d. c.* §. 7. contumaci quippe, nonnisi purgata mora, audientia danda. Francisc. Marc. *decis. tom.* 1. *qu.* 15. *n.* 3.
90 et 5. Si nec in quarto termino compareat, omnis ipsi
91 denegatur audientia *d. c.* §. 7. Cumque jure civ. inter coercitionem contumaciae captura personarum refera-

tur *arg. l.* 8. *quomodo c. et quando judex*, illa et jure statut. rig. obtinet, non tamen indistincte, sed ut contumaces, pro qualitate tamen rei et personae, et famuli etiam non citati, in judicium trahi possint *d. c.* §. 9. Contumaciae vero poenam, sive actor sit sive reus 92
non incurrit, si absens in alia regione versetur, quo casu pro distantia loci terminus citationis extendendus vid. stat. rig. *d. c.* §. 10. Brunnem. *in proc. c.* 3. *n.* 28. *seqq.* Sic in statut. rig. c. l. tres, quatuor, sex septima-
narum vel etiam sex mensium spatium conceditur. Ne- 93
que tenetur ad poenam citatus, si in termino praefinito ob diem festum, ei non liceat comparere, citatio tamen facta nihilominus subsistit, sequentique die comparendi necessitatem imponit, statut. rig. *d. c.* §. 11. Semper enim subintelligitur clausula illa adjecta: si dies illa non fuerit juridica, compareas sequenti. Gail. *l.* 2. *obs.* 53. *n.* 2.

Actore et reo in judicio comparente, judicum prima 94
cura erit, ut litem per transactionem sopire studeant. *cap.* 1. *x. de mut. petit. cap. ult. X. de transact. cap. querelam* 15. *X. de simon.* Wesenb. *p.* t. *consil.* 21. *num.* 1. *recess. noviss.* §. *zweytens soll der Richter*, 95
quod idem jus statut. nostrum *d. l.* 2. *cap.* 3. §. 3. Judicibus injungit, in causis scil. civilibus quae famam non laedunt. Illaque, quae hac ratione per transactionem sive judicialiter sive extrajudicialiter componuntur, pro sopitis et irrevocabilibus habentur tam jure stat. rig. *l.* 3. *c.* 5. §. 2. quam jur. civ. *l. sub praetextu* 19. *c. de transact.* adeo, ut jura statut. c. l. contra transactionem de novo aliquid molientem, judiciali poenae subjiciendum esse velint. Tentata hac ratione amicabi- 96
li compositione, si eam partes acceptare nolint, causa ordinario processui committenda: quo in casu cautelam reis commendant nonnulli, ut scil. protestentur, quod in ordinario processu ipsis nocere non debeat, si quid intuitu amicabilis compositionis de jure suo remiserint, vel coram judice, litem per transactionem sopire volente, confessi fuerint. vid. dn. Praes. *in processu priv. proposito cap.* 2. §. 17. Jure stat. rig. hac cautela non indigent rei, cum ipso jure toti *per d. c.* §. 4.

Ne autem amicabili compositione sublata, causaque 97
ad ordinarium processum delata, justam litigandi causam foventes ex defectu sumptuum interdum jus suum persequi impediantur, et ita pauperes indefensi relinquantur judex sumptus litis ex fisco subministrare, et advocatis pauperum causam illam demandare tenetur vid. Hart. Pistor. *part.* 1. *quaest.* 19. *n.* 6. Coler. *de proc. execut. part.* 2. *c.* 2. *n.* 129. Cz. *in proc. tit.* 24. *art.* 1. *n.* 86. *et seqq.* Quae beneficia tamen pauperibus 98
non concedenda, antequam fidem fecerint de paupertate, et juramentum paupertatis vulgo *den Armen-Eyd* praestiterint. *p. statutum* §. *insuper X. de rescript. in* 6to. Carpzov. *tit.* 12. *art.* 5. *n.* 52. *et seqq.* Jure statut. 99
rig. quamvis non exprimatur, ut juramentum paupertatis praestetur, requiritur tamen, ut beneficium hoc implorantes in ea sint conditione, ut, si quae in processum impenderent, ea de victu sibi detraherent: quo casu obligantur secretarii, cancellistae, procuratores et nuncii ipsis gratuito inservire *d. l.* 2. *cap.* 11. §. 1. Qui 100
tamen, si in processu obtineant ipsisque aliquid adjudicetur, ex eo juxta judicis moderationem iis satisfacere tenentur *d. c.* §. 2.

Processum ipsum quod attinet, est ille vel ordina- 101
rius, in quo omnia plene et solemniter ventilantur; vel

summarius in quo de simplici et plano procedilur, de
102 utroque vid. prolixe Carpz. *in proc. tit.* 1. *art.* 1. Et licet generaliter omnis causa praesumatur ordinaria, plenamque requirat cognitionem, Mar. Giurb. *decis.* 49. *n.* 3. Dantur tamen casus, in quibus summarius obtinet processus, quos longo ordine recenset Zang. *de except. part.* 1. *cap.* 1. *n.* 60. Carpzov. *tit.* 1. *art.* 1. *n.* 48. *et*
103 *seqq.* Inter eos referuntur instrumenta guarentigionata, paratam executionem habentia et liquida, Joh. Baptist. Asin. *in pr. judic. civ.* §. 3. *c.* 31. *n.* 13. *et* 14. Marant. *in speculo part.* 4. *distinct.* 9. *n.* 175. Matth. de Afflictis *decis.* 346. *n.* 7. Convenit jus stat. rig. *d. l* 2. *c.* 12.
104 §. 3. ubi debita intra promissum tempus non exsoluta *überstandene Schulden* instrumentaque liquida summario processu intra 14. dies expedienda, et hospitibus quoque ob jus hospitii, in quantum res patitur, hoc
105 processu succurrendum. Gaudet praeterea beneficio summarii processus novi operis nunciatio, de qua *in tit. ff. et c. de op. nov. nuntiat.* concordant stat. rig. *l.* 3. *c.*
106 15. *in f.* quae celeri negotio eam expediri volunt. In ipsa denunciatione vero jus civ. et statut. differunt: jure civ. enim fit denunciatio vel per nunciationem verbalem *lib.* 5. §. 10. *ff. de novi oper. nunciat.* vel per praetorem *lib.* 16. *d. t.* vel per lapilli jactum seu quamvis ligni partem *d. l. b.* Brunnem. *ad Wesenb. in paratit. d.*
107 *tit. quaest.* 7. Jure statut. rig. autem per solum praetorem, dum aedificanti ob commodum civitatis cessare jubetur, donec a dominis camerariis res decisa *d. c.* 15.
108 Si tamen, non attenta denunciatione, novum opus continuet, non tantum ad illud destruendum, sed et in certam mulctam condemnatur *d. c.* 15. Jur. civ. tantum modo ad destruendum suis sumptibus obligatur *l.* 20.
109 *princ. d. t.* Summario processu quoque expediendae causae mercatorum Bart. *in l. fidejussor.* §. *quaedam ff. mand.* Marant. *d. distinct.* 9. *n.* 48. Causae miserabilium personarum, viduarum et pupillorum. In genere res, quae moram non patiuntur. Johan. Baptist. *in pr. jud. civ. c.* 31. *n.* 29. Marant. *d distinct.* Convenit jus statut. *c.* 12. §. 4. Et cum in tali processu
110 tantum ea observanda, quae de jure gentium ad subsistentiam requiruntur Zanger. *de except. part.* 2. *c.* 2. *fere tot.* Mindan. *de proc. cam. imper. l.* 2. *cap.* 47. *seq.* Carpzov. *tit.* 1. *art.* 1. *n.* 30. *et seq.* omniaque celeriter peragenda stat. rig. *d. c.* §. 4. Actor cautus sit, ut querelam breviter proponat, et probationem vel in-
111 strumenta in promptu habeat. Stat. rig. *d. c.* §. 1. Reus vero litem vel affirmative vel negative contestetur, exceptiones et probationes proferat, ac in causa concludat *d. c.* §. 2. Quibus omnibus et advocati in tali ca-
112 su litigantium personam sustinentes instructi, omni prolixitate abstinere debent; ad quam impediendam judex ex officio obligatur, quo in prima, secunda, vel ad summum in tertia sessione concludi sententiaque fieri possit, stat. rig. *d. c.* §. 5. in quibus omnibus, cum jur. civ. correspondeat jus statut. nos hic non detinebimus.

E contrario in ordinario processu causae pleno pro-
113 cessu ventilantur, Umm. *disp.* 1. *de proc. judic. th.* 2. *n.* 7. ita ut jure civ. ad quadruplicam usque licest pro-
114 cedere §. 2. *inst. de replic.* Jure stat. rig. si ordinario processu, et quidem in scriptis causa ventilanda, rei qualitate exigente, querela breviter proponenda, nec ultra duplicam procedendum, illudque insuper observandum, ne scripti contenta unum, vel si res ardua, ad summum duo folia excedant *d. l.* 2. 13. §. 1. Et 115
cum tam partium litigantium, quam reip. interest, processum abbreviari litemque subito finiri *per l.* 2. *c. de re jud. lib.* 10. *cap. de transact.* Carpzov. *tit.* 1. *art.* 6. *num.* 11. provide disposuere jura statut. ne partes in ultimo demum scripto probationes et documenta sua, multo minus nova quaedam proferant sub poena, quod judex in conceptione sententiae ea adducta attendere non teneatur *d. cap.* §. 2. Quamvis vero 116
jure civil. si una pars in causa concludat, et altera praetendat, sibi alleganda, quaedam superesse, ipsi mensis spatium assignetur, post illum mensem alius indulgeatur, deinde tertius, et si in isto non concludat, causa pro conclusa habeatur *nov.* 115. *cap.* 2. Donell. *l.* 24. *c.* 6. Ummius *disp.* 19. *n.* 8. Quod hodie non observari, et judicem partibus auditis concludere 117
posse, tradit Brunnemann. *in proc. cap.* 16. *n.* 4. Jure stat. rig. tamen, si pars appellans libellum justificatio- 118
nis offerat, et reus vel appellatus in scriptis respondere nolit, sed in causa concludat, appellanti causam suam in scriptis ulterius deducendi facultas denegatur *d. c.* §. 2. Quod si autem quis eo, quod in causa non procedat, processum protrahere velit, jus stat. rig. constituit, ut, 119
si in termino peremptorio non continuet, in contumaciam ad mulctam, et alteri parti in sumptus retardati processus condemnetur; et si in secundo termino legale impedimentum non proferat, poenam judici et sumptus parti in continenti praestet, nec prius audiatur, et ad proximum respondere sub poena praeclusi ipsi injungatur. Quo termino si contumaciam non purget, parti alteri licitum est in causa concludere, eamque judex pro 120
conclusa habere, et sententiam ferre debet. *d. c.* §. 3. Jur. civ. lite contestata emanente actore, si de causa liquere 121
judici possit, itidem sententia ferri potest, vel pro reo vel contra reum, actore tamen semper in expensas condemnato *l. properandum* 13. §. 1. *ibique ddr. c. de judic. l. et post edictum* 73. *ff. eod.* Zanger. *part.* 2. *cap.* 9. *num.* 6. Brunnem. *c.* 5. *num.* 5. Carpzov. *tit.* 8. *art.* 1. *n.* 65.

Cum vero non raro contingat, ut pars adversa qui- 122
dem compareat, sed contra actorem *reconventionem* instituat, paucis de ea agemus. Quod ad hanc jure sta- 123
tut. rigens. duplex diversitas notabilis a jure comm. existit. Licet enim jur. civ. diversae quoque causae in judicio conventionis et reconventionis agitari queant *l. praeses* 1. §. *ult. de var. et extr. cogn.* Jure statut. nostro 124
tamen reconventio restricta tantummodo ad easdem vel connexas causas *lib.* 2. *cap.* 14. §. 1. diversae vero causae quae ex se invicem non oriuntur, nec dependent, distincte coram uno quoque ordinario judice agitandae *d. cap.* §. 2. Praeterea et haec quoque in reconventione 125
subest differentia, quod jure communi ambo judicia conventionis et reconventionis pari passu agitentur ac determinentur, *cap. ex literis* 1 *in f. x. de mutat. petit.* Schulz. *observat.* 30. *n.* 1. Giesebertus *de reconventione cap.* 4. *n.* 3. Jure statut. nostro vero non ad- 126
mittitur reconventio, nisi post finitam conventionem, sicuti id verba *d. cap.* 14. §. 1. *er sey denn zuvor von ihme mit Recht entschieden* indigitant. Convenit tamen jus saxon. vid. Carpzov. *tit.* 6. *art.* 7. *n.* 18. *et seqq.* Co- 127
ler. *part.* 1. *decis.* 10. Quod si autem instituta conven- 128
tione ex actionis natura et qualitate quaedam proferantur, quae ulterius partis famam quodammodo laedant, ipsi haud permittitur, reconventionem quoad illatas

injurias instituere, nisi conventione, ex qua injuriae ortae, finita, statut. rig. *d. cap.* 14. §. 3.

129 Ordinem statutorum nostrorum observaturi, jam ad processum *aresti* Germ. *Kummer Klag* nos conferimus.

130 Impetrari aresta possunt non solum in diebus juridicis, sed etiam feriatis, et non tantummodo de die, sed etiam de nocte Petr. Peck. *de jur. sist. cap.* 10. *n.* 2. concor-

131 dant stat. rigens. *l.* 2. *cap.* 1. §. 2. Omnes enim actus, in quibus periculum in mora, diebus feriatis expediri posse, patet *ex cap. significaverunt* 21. §. *verum pars altera x. de jud.* vid. plur. Carpzov. *tit.* 21. *art.* 3. *n.*

132 11. *et seqq.* et illa, quae superius jam adduximus. Quod competentiam fori attinet, quamvis Mev. *p.* 1. *dec.* 238. *et* 239. *n.* 6. *et p.* 3. *decis.* 56. *n.* 12. arestum fa-

133 cere forum, asserat: distinguit tamen Carpzov. *d. art. n.* 45. an bona mobilia, an immobilia arestanda: illo casu, arestum impetrari debet in loco domicilii debitoris, sive ibi sint, sive alibi reperiantur, quamvis et extra locum domicilii ea, ubi reperiuntur, arestari pos-

134 se asserat *n.* 50. Hoc casu arestum praecise eo in loco, in quo sita bona immobilia, petendum Berlich. *part.*

135 *conclus.* 14. Carpzov. *c. l. n.* 55. Jure statut. nostro generaliter disponitur, arestum decerni non posse, nisi creditor probaverit, arestandum vel jurisdictioni civitatis subjectum, vel vi contractus aut alio modo eidem se adstrinxisse *d. l. cap.* 15. §. 1. *et* 6. Justificat quippe

136 arestum locus contractus Mev. *p.* 7. *dec.* 329. Circa petitionem et admissionem tamen judex caute observare tenetur, ne arestum decernat, priusquam creditor, ad hoc remedium confugiens, creditum suum probaverit, et liquidum reddiderit Mev. *p.* 3. *dec.* 135. *n.* 5. *et p.* 8. *d.*

137 183. *n.* 4. Non enim arestum impetrari potest propter debitum illiquidum et incertum Berlich. *p.* 1. *concl.* 74. *n.* 83. Coler. *p.* 3. *c.* 1. *n.* 32. convenit jus stat. *c.*

138 15. §. 1. Non tamen exacta requiritur probatio, sed sufficit crediti fidem facere, vel per instrumenta vel per productionem testium, qui contractui aut numerationi interfuerunt Gail. *l.* 2. *observ.* 44. *n.* 8. Scacc. *de judic. l.* 1. *c.* 38. *n.* 27. aut per aliam qualemcumque demonstrationem Berlich. *p.* 1. *conclus.* 107. Car-

139 pzov. *tit.* 21. *art.* 1. *n.* 30. Concordat jus stat. rig cujus expressa verba sunt: *etzlicher massen beglaeu*

140 *biget*. Imo, si in mora periculum, et creditor probationem tam cito offerre non posset, praestita sufficienti cautione, arestum nihilominus decernere judex vale-

141 ret. stat. rig. *d. c.* §. 1. Praeterea et illud quoque in decernendo aresto judicem attendere oportet, ut prius creditor reddatur, debitorem aere alieno obrutum amplius solvendo non esse, quo non probato ab arestante, arestum neutiquam impetrari, nec a judice decerni potest. Koppen *decis.* 80. *n.* 16 *et seqq* Berlich. *part* 1. *concl.* 47. *n.* 48. *et* 108. Gail. *l.* 2. *observ.* 44. n.

142 5. *et seqq.* Carpz. *d. art. n.* 42. *et seq.* Nam nonnisi in subsidium, et ubi juris copia ordinaria via facile capi

143 nequit, locum habet Mev. *p.* 3. *dec.* 315. *n.* 5. Correspondent jura stat. *d.* §. 1. maxime prohibentia, ne cujusquam bona vel pecunia aresto graventur, si sub civitatis jurisdictione bona mobilia et haereditaria possideat, nisi creditor actionem realem, seu jus in re in bonis illis sibi competere, et bona immobilia aere

144 alieno gravata docere possit. *d. c.* §. 8. Requisitis hisce legitime probatis, et a judice aresto decreto, illud hospiti, penes quem bona arestata reperiuntur, oblata schedula arestatoria, sub poena solvendi totius debiti vel arbitraria in casum restitutionis priori domino, intimandum. Statut. rig. *d. c.* §. 2. *et* 10. vid. Mev. *p.* 6. *dec.* 99. *et p.* 9. *dec.* 177. Qui si fidejus- 145
sionem offerat, bonaque ejus sufficiant, tollitur arestum. statut. rigens. *d.* §. 2. Mev. *p.* 1. *dec.* 148. *p.* 3. *dec.* 76. *et part.* 2. *dec.* 299. secus perdurat, et arestans cum arestato coram judice comparere, ibique causae decisionem expectare tenetur. stat. rig. *d.* §. 2. Coram judice autem arestans intra octo dierum spa 146
tium se sistere, processum aresti exhibitione documentorum aliarumque probationum prosequi, partem adversam citare, et licet nec arestatus, nec ille, penes quem bona arestata sunt, in judicio compareant, ni- 147
hilominus intra praefixum terminum octiduum sc. arestum confirmare debet *d. c.* §. 3. *et* 4. In qua prose- 148
cutione terminus aresti a momento, in quo impetra- 149
tum, in momentum computandus. stat. rig. *d.* §. 3. In quo recedunt a jur. sax., secundum quod arestum jam impetratum, de una quaterdena in alias bis renovandum. Rauchbar. *part.* 1. *quaes.* 3. *n.* 1. Coler. *p.* 1. *c.* 2. *n.* 185. *et* 188. Nec currit illa renovatio bodie 150
amplius a momento in momentum, sed totus dies 14. renovationi destinatus Carpz. *tit.* 21. *art.* 4. *n.* 20. Intra quod tempus, si aresti prosecutio non fiat, are- 151
stum exspirat, Mev. *p.* 5. *dec.* 286. non enim sufficit imponi, sed oportet etiam arestantem illud prosequi. Mev. *d. p.* 5. *dec.* 112. *n.* 7. Quod si autem jure stat. 152
arestatus non in civitate, sed in vicina vel alia regione subsistat, arestans in continenti per scriptam citationem, trium quaterdenarum spatium continentem, eum citare, intra quod tempus, sive compareat sive non, probata citationis insinuatione, absque omni mora prosequi debet: si autem extra regionem arestatus versetur, dimidii anni spatium conceditur. Cui tamen 153
si citatio insinuata non fuerit, tollitur arestum ipso jure, et petentibus partibus impensae restituuntur, *d. c.* §. 4. Absque citationis enim insinuatione contra citatum procedi non posse, jam supra notavimus. Inter 154
praefinitum spatium vero permittitur cuivis, arestatum absentem, vel ejus bona defendere, incontinenti judicem adire, et quae ad relaxandum arestum faciunt, allegare. jus statut. *d. c.* §. 5. In quo correspondet ju- 155
ri civ. quod itidem unicuique absentem defendendi facultatem concedit, §. 5. *inst. de satisdat.* cum publice eos defendi intersit, *l.* 33. *ff. de procurat.* Si 156
autem debitori nimium obaerato, praesenti tamen, arestum insinuetur, ipseque fuga sibi consulat, denuo citandus, ejusque bona in commodum creditorum ad sex menses custodienda, desuperque inventarium judicialiter conficiendum ac curatores dandi sunt, qui, ne quid alienetur, observent. jur statut. rig. *d. c.* §. 9. Intra quem terminum si non revertatur, creditoribus 157
conceditur facultas, ex iis bonis judicialiter sibi satisfaciendi *d.* §. 9. Aliud tamen obtinet, si arestatus inte- 158
rim fato fungatur, tunc enim alienatio bonorum in alios sex menses differenda. Intra quos creditores, credita non repetentes, postea excluduntur, bonaque arestata vigilantibus addicuntur *d. c.* §. 9. Arestanti tamen in- 159
terim neutiquam licet bona arestata propria auctoritate occupare, sub poena arbitraria et restituendorum ablatorum in loco e quo sublata statut. rigens. *d.* e §. 10. In quo differt a jure civ., ubi creditor rem propria 160
auctoritate occupans, non tantum ad restitutionem tenetur, sed et insuper toto debito privatur. per *l. extat.*

13. *ff. quod metus caus. l. si quis in tantum* 7. *c. unde vi, add.* b. Brunnemann. *in comment. ad d. ll.*

161 Processu legitime inchoato actioneque instituta, reo incumbit, exceptiones peremptorias vel dilatorias, si quas habet, proponere, quibus si destituatur, litem vel affirmative vel negative contestari. Stat. rigens. *d. l.* 2. *c.*

162 16. §. 1. Brunnemann. *in proc. civ. c.* 14. *n.* 8. Post litem contestatam vero, si reus vel actor secedat, haud constituto procuratore, jura stat. contra eum tamquam mere contumacem sententia et executione procedendum esse

163 volunt. *d. c.* §. 2. Et quamvis jure civ. exceptiones peremptoriae, lite demum contestata, opponantur, imo usque ad conclusionem in causa, Cujac. *l.* 18. *observ.* 34. Coler. *in cap. cum venerabilis* 6. *X. de except. n.* 63. Vultej. *lib.* 2. *jurispr. rom. cap.* 30. *n.* 61. Gail. *l.* 1.

164 *obs.* 24. *n.* 13. Schultz. *observat.* 7. *n.* 6. *et seq.* Jure nostro stat. rigensi tamen secus observatur; ubi ante litem contestatam eae opponendae *d. cap.* 16. §. 1. Hae vero sub conditione, ut, si ad rem pertinentes probatoque faciles, judex eas audiat, reumque ab instantia absolvat; si autem probatio tractum temporis requirat, judex reo litis contestationem injungat, reservatis eidem exceptionibus, in quantum valere possunt *d. cap.*

165 17. §. 1. *et* 2. In quo ultimo convenire videntur statuta cum jur. civ. vi cujus exceptiones peremptoriae quidem ante litem contestatam opponi possunt, sed probatio earumdem in tempus post contestatam differtur, *l.* 8. *et* 9. *c. de except.* Mynsing. *cent. obs.* 24. Wurmser. *l.* 1. *obs. tit.* 18. *obs.* 5. u. 1. Hillig. *in Donell. lib.* 22. *c.* 8. *lit. H.* Zanger. *de except. p.* 3. *c.* 26. *n.* 26. *seq.*

167 Accidit non raro, ut lite suscepta, quo probationis difficultas evitetur, litisque finis eo citius obtineatur, pars parti juramentum deferat; imo et actor reo. Carpzov. *t.* 11. *n.* 85. stat. rig. *d. l.* 2. *cap.* 18. §. 1.

168 Ne autem is, cui juramentum delatum, existimet, se praecise, nisi causa cadere velit, obstrictum esse ad illud praestandum, concessere ipsi jura medium, quo declinare juramenti praestationem possit, retorquendo scil. actum jurandi in deferentem, eique juramentum delatum referendo *l. jusjurandum* 34. §. 7. *de jurjur. l.* 38. *d.* t. Faber. *in cod. l.* 4. *tit.* 1. *def.* 9. et insuper juramentum calumniae exigendo *d. l.* 34. §. 4. *et* l. 9. *c.*

169 *de reb. cred.* Qui eo casu duplex juramentum et calumniae et decisorium praestare tenetur Zobel. *part.* 1. *differ.* 24. *n.* 2. Carpzov. *p.* 2. *const.* 14. *def.* 5. Schneidewin. *ad* §. *item si quis postulante* 11. *n.* 44. *inst. de*

170 *action.* concordat jus stat. *d. l.* 2. *cap.* 18. §. 1. Reo autem, cui ab actore delatum juramentum calumniae exigere, eoque praestito, conscientiam suam testibus vel

171 documentis purgare permittitur. Non enim videtur turpiter facere, qui religione magis, quam conscientia motus tam facile jurare recusat *l. quae sub cond.* 8. *ff. de condit. instit.* Carpzov. *p.* 2. *const.* 14. *def.* 14. *et lib.* 3. *resp.* 80. *n.* 4. Rauchbar. *part.* 2. *quaest.* 3. *n.*

172 19. Concordant stat. nostra *d. cap.* §. 2. Sed acriter inter ddr. controvertitur, an tali casu actor ad reprobatio-

173 nem admittendus? Negat Franzk. *ad ff. d. t. n.* 121. Carpz. *tit.* 11. *art.* 1. *n.* 26. Affirmat b. Brunn. *in proc.*

174 *civ. cap.* 23. *n.* 14. *et seqq.* Jure stat. rig. pro negativa expresse deciditur, et actor ad reprobandum non admit-

175 titur *d.* §. 2. Ad juramentum delatum praestandum tamen, reus admittitur, si in probatione deficiat stat. rig. *d. c.* §. 3. Brunnem. *alleg. cap. n.* 14. Rauchbar. *p.* 2 *qu.* 3. n. 29. Coler. *part.* 1. *decis.* 123. *n.* 122. Aliud 176
vero obtinet, si reus actori juramentum delatum referat, qui nec tunc admittitur ad probandam intentionem suam, cum praecise jurare obligetur. *l. pen.* §. 1. *c. de r. c.* Carpzov. *d. p. const.* 38. *def.* 4. Berlich. *part.* 1. *conclus.* 33. *n.* 11. Concordant stat. rig. *d. c.* §. 4. Praestat 177
autem quis juramentum prout delatum vel relatum, 178
stat. rig. *d. c.* §. 5. Juramentum enim ex forma delationis formam suam recipit, ut hinc aliter praestari non possit, quam quomodo delatum *arg. l.* 3. §. *ult. de jurej.* Wesenb. *p.* 3. *cons.* 3. *n.* 50. Et insuper idem 179
de termino solicitus esse debet, ne praeterlapso eo, jusjurandum pro deserto habeatur ac declaretur, Carpz. *d. tit. art.* 3. §. 1. Concordant stat. rig. *d. c.* § 8. in 180
genere disponentia, ut quoties ab actore juramentum delatum vel a reo relatum, illudque justo tempore h. e. sequenti die judiciali non praestitum, pars terminum negligens non amplius audiatur, pro convicta habeatur, et causa cadat. Sic si reus in termino se 181
non offerat, nec actorem citari faciat, et hac ratione terminus praeterlapsus, postea non amplius auditur, sed condemnatur *d. c.* §. 7. Secus vero, si reo ter- 182
minus assignatus, et actor, facta citatione, non compareat, vel juramentum calumniae praestare recuset, tunc reus a praestando juramento et toto processu liberatur stat. rig. *d. c.* §. 6. Quod et jur. civ. consti- 183
tutum et recusantis jurare nec referentis poena expressa, ut causa cadat et pro confesso et convicto habeatur Zoes. *ad ff. h. t. n.* 33. Carpzov. *lib.* 6. *resp.* 120. Donell. *lib.* 24. *c.* 23. accedente tamen judicis sententia, Mev. *part.* 6. *decis.* 165. Conveniunt stat. rig. quod *ex verb. fin.* §. 7. *Losgesprochen et* §. 8. *auf die Klage vertheilet* patet. Cessat autem relatio 184
juramenti, si ille, cui refertur, rei notitiam non habeat *l.* 11. §. *ult. ff. de act. rer. amot.* vel, si tantummodo ex rumore aliqualem notitiam adeptus sit. Illi enim solum, qui rei notitiam ex sensu aliquo 185
corporeo habet, juramentum referendum. Mynsing. *cent.* 1. *observ.* 13. Beust. *ad l. admonendi n.* 174. *et* 215. Menoch. *l.* 2. *a. q. eas.* 190. *n.* 5. *et seq.* Selser. *de juram. lib.* 4. *cap.* 13. *n.* 7. *et. c.* 10. *n.* 17. Conveniunt stat. rig. *d. c.* §. 10. Hinc actor de- 186
functi haeredibus referre nequit, sed oportet eum probationibus actionem suam dilucidare: Statut. rigens. *d. c.* §. 11. vid. *d. l.* 11. §. 2. *ff. de act. rer. amot.*

Praestito juramento intra praefixum terminum, sen- 187
tentia secundum acta ferenda, eidemque simpliciter standum, nec, etiamsi actor vel reus, contra quem juratum, aliud probationibus demonstrare velit, retractanda, sed causa jurejurando decisa, suo vigori relinquenda Moller *ad constit. elector.* 15. *n.* 3. *et seq. p.* 1. Rauchbar. *part.* 2. *quaest.* 3. *n.* 32. Et hoc est, 188
quod vulgo dicitur, praestito juramento non amplius quaeri, quam an juratum sit §. 11. *inst. de act. l. non erit* 5. *et* 2. *ff. de jurej. l.* 11. §. 3. *l.* 26. *l.* 28. §. *ult. ff. eod. l. adversus* 15. *ff. de except.* Id quod 189
et jur. stat. rig. ita decisum *in d. c.* 18. §. 9. *et* 13. 190
Juramenti quoque vim habet juramentum acceptatum quidem, sed, morte inveniente, non praestitum. Berlich. *part.* 1. *concl.* 55. *n.* 14. Carpz. *lib.* 6. *resp.* 120. Quod multo magis ita obtinebit, si facto adver- 191
sarii moram scil. facientis in praestando juramento calumniae, impediatur acceptans, illeque in fata concedat Mev. *p.* 4. *d.* 262. Conveniunt stat. rig. *d. c.* §. 12.

192 Defertur quoque a judice juramentum litigantibus absque partis adversae speciali delatione, ubi causa dubia est et inopia probationum laborat *l. admonendi* 31. *ff. h. t.* Setser. *l.* 4. *c.* 12. Berlich. *part.* 1. *concl.* 53. et exceptiones instrumentaque ita non probata, ut iis judex conscientiam suam fundare, et pro quo sententia ferenda colligere possit stat. rig. *d. cap.* §. 16. Probationem tamen ad minimum semiplenam requirit Mynsing. *cent.* 1. *observ.* 68. *n.* 5. Beust. *ad l. admo-*
193 *nendi n.* 178. Concordant. stat. rigens. *d. cap.* §. 14. Tam actori quam reo *per c. ult. X. de jurej.* Berlich. *p.*
194 1. *concl.* 13. *n.* 13. Fachin. *l.* 1. *controvers.* 18. Quod tamen arbitrio ac discretioni judicis committendum
195 Carpzov. *in proc. tit.* 12. *art.* 2. *n.* 38. Concordant stat. rig. *d.* 14. *et* 15.

196 Est et aliud juramentum probatorium innocentiae, quod purgatorium dicitur in jure canon. et purgatio ca-
197 nonica vocatur. Quod deferri potest tam in civilibus Carpzov. *tit.* 21. *art.* 5. *n.* 21. quam in criminalibus, ubi ad poenam corporis afflictivam non perveniri, nec tortura locum habere potest Carpzov. *part.* 1. *const.* 22.
198 *def.* 1. Concordant jura stat. quae, si reus quoad partem ab accusatione se purgavit, ei hoc juramentum, deferendum esse constituunt *d. c.* 18. §. *ult.*

199 Consideratis speciebus juramentorum, quibus utplurimum actores, aliis destituti probationibus, fundamentum intentionis suae corroborare nituntur, pro-
200 gredimur ad *probationes* ipsas. Et quamvis regulariter tam jur. comm. quam jur. statut. *d. l.* 2. *cap.*
201 19. §. 1. probationem ante litem contestatam nemo suscipere, nec per sententiam ad id condemnari possit; nihilominus tamen datur testium examen anomalum, ante litem contestatam, imo etiam ante motam expediendum. B. Brunnem. *proc. civ.* 20. *n.* 85.
202 Et dicitur *examen ad perpetuam rei memoriam.* Con-
203 cordant stat. rig. *d. cap.* §. 2. Quod quidem actori indistincte haud permittitur, nisi certa quaedam prius probaverit requisita Mev. *part.* 6. *decis.* 304. *n.* 3. scil. aetatem testis decrepitam, absentiam diuturnam aut morbum *cap. quoniam frequenter x. ut lite non contest.* Carpzov. *part.* 1. *const.* 16. *def.* 35. *n.* 2. Dn. Praeses *in tract. de jure sens. dissert.* 8. *c.* 2.
204 *n.* 12. Concordant stat. rig. *d.* §. 2. quod ex copula
205 disjunctiva *vel Oder* facile colligi potest. Quot annis vero dicta aetas decrepita circumscribenda, inter se
206 haud conveniunt ddr. dum alii a quadragesimo, alii a quinquagesimo, alii a septuagesimo anno computant, alii judicis arbitrio illud relinquendum esse censent, sicut hoc deduxit dn. Praes. *d. tract. cit. loc. n.* 14.
207 Jus statut. rigens. controversam hanc quaestionem decidit, et ad minimum 50. exigit annum *d.* §. 2.
208 Quamquam tempore pestis praescriptus aetatis annus non adeo de necessitate requiratur *d.* §. 2. Ruland. *d.*
209 *tract. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 7. Quo examine impetrato ex jur. stat. dispositione obstringitur actor, intra annum ab eo tempore, quo processum inchoare potuit, computandum, processum inchoare *d. cap.* §. 3.

210 Reum quod attinet, illi indistincte, etiam causam nullam allegare valenti, examen hoc concedendum, cum in potestate ejus non sit, agere quando velit *l. pure* 5. §. *f. de dol. mal. et met. except. et l.* 2. *c de dilation. l.* 42. *in f. de r. i.* concordant stat. rig.
211 *d. c.* §. 4. Petendum vero hoc examen a judice, qui futurus est actionis judex competens Schrader. *de feud. part.* 2. *part. prim. princip. n.* 111. Ruland. *d. lib.* 1. *c.* 2. *n.* 4. Conveniunt statuta *d. c.* §. 5. Nisi periculum 212
in mora, si scil. testis alibi graviter decumbat, tunc judicem etiam incompetentem adiri posse, tradit Ruland. *d. c.* 2. *n.* 10. Mev. *p.* 2. *decis.* 160. *et part.* 8. *decis.* 281. quod et jura stat. tali casu permisere *d. c.* §. 5.

Examinatis legitime testibus, praevia tamen com- 213
municatione articulorum parti adversae, ad formanda interrogatoria stat. rig. *d. c.* §. 2. et partium citatione facta Gail. *l.* 1. *obs.* 94. *n.* 4. Schrad. *de feud. part.* 2. *partis* 9. *princ. sect.* 13. *n.* 3. Stat. rig. *d.* §. 2. ad acta depositiones testium referuntur, ut ita omnis ansa vel oblivionis vel interitus adimatur dn. Praeses *d. tr. de jur. sens. c. dissert. et cap. n.* 21. Statut. rig. *d. c.* §. 6. Et quamvis publicatio attestato- 214
rum differenda post litem contestatam, ne alteri via praecludatur alios testes producendi Gail. *lib.* 1. *obs.* 94. Hartmann. Pistor. *lib.* 1. *qu.* 39. *n.* 1. nec ad unius instantiam publicatio decernenda sit, nisi etiam altera pars audiatur Mev. *part.* 2. *decis.* 70. Brunneman. *in process. civ. cap.* 20. *n.* 98. Illud tamen jure 215
nostro statut. ita simpliciter haud obtinet, licet post litem contestatam publicationem differendam esse velit *d. c.* §. 6. Si enim ante eam attestata publicentur, non 216
in totum corruit depositio testium, sed ex parte rei subsistit, ex parte actoris vero annullatur *alleg.* §. 6. An autem hoc examen ad perpetuam rei memoriam 217
tantum in civilibus locum habeat, hic non immerito disquirendum venit? Ejus affirmativam tuetur Ruland. 218
d. l. 1. *cap.* 22. *n.* 4. Carpzov. *in proc. tit.* 13. *art.* 7. *n.* 6. *et seqq.* 11. eoque omnes ddr. convenire testatur dn. Praes. *in d. tract. alleg. cap. n.* 24. Quod si tamen 219
de crimine et civiliter et criminaliter agatur, hoc examen admitti quoque potest, vid. Med. *part.* 4. *decis.* 238. Graeven. *lib.* 1. *conclus.* 92. *consid.* 3. *n.* 3. Carpz. *in proc. d. tit.* 13. *art.* 2. *n.* 16. Imo et tunc, si 220
reus defensionem ac innocentiam suam probare velit, Gail. *lib.* 1. *obs.* 92. *n.* 15. idque ob favorem defensionis; propter quam multa admittuntur, quae regulis juris contrariari videntur. Muller. *ad constit. elector.* 23. *n.* 17. *part.* 4. Hyppol. de Marsil. *in l.* 1. §. *si quis ultro. n.* 98. *et seqq. ff. de quaest.* Concordant statuta, 221
quae indistincte tam in civilibus, quam in criminalibus reo hoc beneficium concedunt *d. c.* 19. §. 4.

Probationes ordinarias quod attinet, quamvis regu- 222
lariter actori incumbat probatio §. 4. *inst. de leg. l. ante omnia.* 23. *ff. de robat. l.* 21. *in f. ff. eod.* ita ut actore non probante reus absolvatur *l. qui accusare.* 4. *c. de edendo. d. l.* 23. *de probat.* nihilominus inficias iri non potest, tam actorem quam reum onere probandi gravandum, pro qualitate negotii in judicium deducti Carpzov. *tit.* 13. *art.* 1. *n.* 1. Concordant sta- 223
tuta rigensia, quae per sententiam uni litigantium probationem injungendam esse volunt *d. lib.* 2. *cap.* 20. §. 1. Et qui primus ad testium depositionem con- 224
fugit, primo quoque testes producere debet stat. rig. *d. c.* §. 16. quos tamen omnes simul nominet, necesse est *d. cap.* §. 14. Intra quem terminum vero lite con- 225
testata, ille, cui probatio injuncta, articulos suos offerre, et ut certus terminus ad examen testium constituatur, petere debeat, de jur. comm. nihil certi praescriptum est, sed pro qualitate causae ac personarum, nec non ratione distantiae locorum, judicantis

illud commissum est arbitrio *l.* 1. *c. de dilat. can. induciae.* 4. §. *spacium. c.* 3. *qu.* 3. Gail. *l.* 1. *obs.* 53.
226 *n.* 20. Coler. *part.* 1. *decis.* 121. *n.* 2. Imo per *recess. imp. novis.* §. *ohne Verstattung sonderer terminen* cautum, ne ad positiones offerendas certus petatur terminus, sed, ut quam primum fieri possit, offerantur. Jure sax. tamen terminus saxon. constitutus Car-
227 pzov. *d. tit. art.* 1. *n.* 47. Jus stat. rig. intra 14. dies probationem fieri debere praecipit *d. c.* §. 1. Termino computato ab eo tempore, quo sententia vim rei judicatae est consecuta, *c. l.* in quo correspondet juri sax. vid. Coler. *part.* 1. *dec.* 121. *n.* 2. Chil. Konig.
228 *in proc. cap.* 71. Quo elapso amplius ad probationem quis non admittitur, sed tota causa cadit Rauchhar. *part.* 2. *qu.* 24. *n.* 23. Zobel. *part.* 1. *def.* 51. concordant stat. rig. *d. c.* §. 12. nisi dilationem impetraverit *c. l.*

229 Quo vero ad hos articulos reus interrogatoria sua dirigere, suasque objectiones contra personas testium eorumque depositionem postea opponere possit, arti culi ei communicandi statut. rigens. *d. c.* §. 2. Brun-
230 nemann. *in proc. civ. cap.* 20. *n.* 49. Quibus factis, judex vel commissarius a praesentibus testibus juramentum testium exigit, quod est de substantia testimonii *l. jurisjur.* 9. *c. de test. cap.* 39. *et* 51. *x. d. t.* adeo, ut ante depositionem id fieri necesse sit *d.*
231 *l.* 9. concordant stat. rig. *d. c.* §. 3. Quamvis in eo differre videantur, quod a producente testes intra terminum producendi ad praestandum juramentum *c. l.*
232 Insuper exigitur et citatio partis adversae, contra quam testes producuntur, adeo, ut ea omissa examen testium sit nullum *arg. l. si quando.* 19. *c. de test.*
233 B. Brunnemann. *ad l. n.* 8. stat. rig. *d. c.* §. 13. Qui tamen sive compareant, sive non, testes nihilominus examinandi statut. rigens. *d.* §. 13. Ruland. *de commiss. l.* 2. *c.* 3. *n.* 19. modo causa citationis, scil. productio testium, expresse citationi inserta. Ruland. *c. l.* Brunnem. *d. c.* 20. *n.* 50.

234 Nequaquam vero existimet probationem suscipiens, confuse eam esse expediendam, testesque productos tumultuarie examinandos, sed potius secundum formam jure praescriptam singula instituat, necesse est, ita, ut non unicuivis testi singulares articulos praescribat, sed totum negotium certis includat articulis, eosque una cum nominibus testium, et certa consignatione, super quibusnam unus vel alter testium examinari debeat, quam vulgo appellitant directorium, in judicio offerat: veluti patet ex statut. nostris *d. c.* §. 4. Conf. de jure saxon. Carpzov. *d. tit. art.* 4. *n.*
235 1. Articulos quod attinet, illi ita formandi, ut in praxi semper incipiant per verba affirmativa *Wahr*, praesertim, si factum proprium ponentis concernant, si factum alienum, *Glaube wahr, recess. noviss.* §. *zu welchem Ende.* 49. Concordant statuta rigens. *d. c.* §. 5. Et cum articuli ex libello et natura actionis vel exceptionis formandi, Scacc. *de judic. lib.* 2. *cap.*
236 7. *qu.* 7. *n.* 45. necesse est, ut sint pertinentes et relevantes, h. e. tales, ex quibus effectus sequi potest. Baldus *in l. sive possidetis.* 16. et ibi Bartol. *in summ.*
237 *c. de probat.* Gravett. *lib.* 1. *consil.* 15. *n.* 18. Impertinentes vero, seu qui ex causa principali non o-
238 riuntur Gail. *lib.* 1. *obs.* 82. *n.* 4. *seq.* et plura continentes, quam in libello expressa, rejiciendi statut. rigens. *d. c.* §. 6. Brunnem. *cap.* 17. *n.* 8. De quorum admissibilitate tamen judex non concedat, ut invicem disputent, sed ipse litem dirimat, monet Brunnemannus *d. l.* Quod et jure nostro statut. provisum, 239
dum judicem ad tales impertinentes rejiciendos obligat *d.* §. 6. Quemadmodum vero articuli pertinentes 240
esse debent, ita quoque interrogatoria, quae ex articulis necessario formanda, adeo, ut si quae alia contineant, illa a judice rejicienda. statut. rig. *d. c.* §. 7. Ruland. *d. l.* 2. *c.* 10. *n.* 3. *et l.* 1. *c.* 12. Tessaur. *decis.* 261. Borell. *part.* 2. *decis. tit.* 17. *n.* 28.

Priusquam vero ad examen judices descendant, of- 241
ficii eorum ratio exigit, quemlibet testium pro qualitate personarum serio admonere, ne temere jurent,
statut. rigens. *d. c.* §. 8. In quo recedere videntur a 242
moribus, qui exigunt, ut haec admonitio juramento, non autem examini testium praecedat Ruland. *d. lib.* 2. *c.* 12. *n.* 11. *et seq.* Brunnemann. *d. c.* 20. *n.* 64.
Testium depositiones quod concernit, eae ordinario 243
rotulo inserendae et custodiendae, donec utraque pars ad publicationem citata statut. rigens. *d. c.* §. 10. in quo convenire videntur cum *recess. noviss.* §. *im übrigen.* Ante publicationem tamen producenti non dene- 244
gatur facultas alios testes producendi et suam intentionem probandi. Carpzov. *part.* 1. *const.* 21. *def.* 2.
Concordant jura stat. *d. c.* §. 9. Sed post tertiam pro- 245
ductionem quarta haud concedenda est, quia producens tunc praesumitur didicisse attestata *auth. at qui semel c. de probat. c.* 15. *c.* 36. *et penult. x. de test.* nisi juraverit, se non didicisse attestata, et dolose nihil petere, nam tunc et quarta ipsi conceditur productio per *d. auth.* Hilliger. *in Donell. lib.* 25. *cap. ult.* Gilken. *in dict. auth.* Jur. statut. rigens. illud
arbitrio judicis committitur. *d.* §. 9. Sicuti autem pro- 246
batio inter legitimos terminos perficienda, ita quoque *reprobatio*, h. e. probatio contraria seu elisiva intra eosdem terminos (quod jure communi secus, ubi, sufficit ante publicatam probationem reprobationem fieri) jur. statut. rigens. suscipienda, et una cum pro-
batione publicanda. Qua facta nulli parti, sive didi- 247
cerit testium attestata, sive non, regulariter conceditur ulteriorem allegare probationem. statut. rigens. *d. c.* §. 11. b. Brunnemann. *ad Wesenbec. quaest.* 48. *de test.* Struv. *in synt. jur. civ. exerc.* 28. *th.* 47. Carpz. *d. tit. art.* 2. Diximus jur. stat. testes intra legitimum 248
terminum producendos esse, nisi causa cadere velint, quod tamen vix procedit, si testes extra civitatis jurisdictionem constituti, alibi degant, ubi pro loci distantia interdum VI. mensium, VI. septimanarum spatium conceditur stat. rig. *d. c.* §. 13. Testis enim absentia non sinit labi terminum probatorium. Mev. *p.* 3. *decis.* 347.

Probandi quoque vi nititur signum, vel alia res, 249
qua merces signatae, et ad eum, cujus signum est, merces signatas quoque pertinere, praesumptionem facit; nisi a parte adversa contrarium probari possit
statut. rig. *d. c.* §. 15. Tandem quoque plenissimam 250
probationem faciunt testimonia senatorum, ad certum negotium vel ab ipsis partibus electorum, vel ab amplissimo senatu deputatorum ita ut id, quod illi bona fide referunt, simpliciter subsistere debeat, statut.
rigens. *d. cap.* §. 17. Semper enim personarum ju- 251
ramento obstrictarum testimonio creditur, quoties de officio seu negotio sibi commisso deponunt statut. rigens. *c. l.* Angl. Celsus *d.* 28. *n.* 1. *et d.* 158. *n.* 3.

Mandosa *cons.* 96. *n.* 10. cum harum fides dependeat ex electa fide et religione jurisjurandi, quo judici sunt obstrictae. Mevius *p.* 4. *decis.* 348.

252 Non autem quivis ad testimonium dicendum admittitur, cum nonnulli inhabiles ipso jure declarentur, ad quod quoque se refert jus stat. *d. lib.* 2. *c.* 21.

253 §. 1. Quinam vero repellendi ipso jure sint, exhibet b. Brunnemann. *cap.* 20. *n.* 2. *et seqq.* et ddr. *ad tit. ff. de test.* Carpzov. *ad tit. art.* 5. ad quae me brevitatis amore remitto. Exigit tamen jus stat. nostr.

254 *d. c.* §. 2. ut causae illae, ob quas testes repelluntur, tempore depositionis adsint, illae enim, quae postea oriuntur, eorum depositionem invalidare nequeunt.

255 Ad idoneitatem testis enim semper inspiciendum est tempus, quo testimonium latum. Ferd. Ar. de Mesa

256 *variar. resol. l.* 3. *c.* 4. *n.* 9. Nullo vero modo ad testimonium ferendum admittuntur, quorum fidei pars altera causam commisit, eorumque patrocinium desideravit. Statut. rigens. *d.* §. 2. Carpzov. *d. tit. art.*

257 55. *n.* 44. Mevius *part.* 8. *decis.* 56. *n.* 1. *et seqq.* Et quamvis jur. civ. etiam post publicata attestata reprobatio personarum et dictorum inhabilium personarum permittatur. Zoes. *ad ff. tit. de test. n.* 19. Brunnemann. *in repet. paratit. ad Wesenbec. quaest.* 48.

258 *d. t.* Illud tamen jure statut. rig. secus, ubi reprobaturus testium personam, per alios testes statim peracto examine reprobatorios testes probatoriorum producere tenetur, nec expectare, donec eorum didicerit attestata, utrum palato suo respondeant *d. l.* 2. *c.* 22.

259 §. 1. Per quos reprobatorios testes si demonstraverit, priores falsa deposuisse, hi obligantur ad expensas et damnum ei, contra quem deposuere, restituendum, insuper infamia notantur, judiciique poenae ob perjurium subjacent *d. c.* §. 2. in quo statuta rig. jus

260 civil. correspondere jam supra notavimus. Finito examine testium in causis civilibus, utraque pars ad publicationem attestatorum citanda, eaque in eorum praesentia judicialiter publicanda. Brunnemann. *proc.*

261 *civ. d. c.* 20. *n.* 82. Tusch. *conclus.* 295. *lit. f.* Concordant stat. rig. illud insuper speciale exigentia, ut ante publicationem parties renuncient beneficio ulterius

262 testes producendi, illudque actis inseratur *d. l.* Qua publicatione facta pars altera solet in scripto contrario oppugnare dictorum fidem, altera autem ea defendere Carpz. *d. tit. art.* 4. *n.* 47. Concordant stat. rig.

263 *d. l.* 2. 23. §. 1. Eo casu tamen, quo testium dicta heterogenea, horum declaratio etiam post factam publicationem peti potest stat. rig. *d.* §. 2.

264 Haec de probationibus per testes. Expeditior vero probandi via est per *instrumenta*; his enim deficientibus demum ad testium confugiendum depositiones.

265 Inter illa vero plenissima tribuitur fides ac probatio actis publicis, protocollo, nec non instrumentis coram judice seu magistratu confectis, vel ab eo saltem confirmatis. Felin. *in c. cum causam* 13. *X. de probat. n.* 7. Koppen. *decis.* 46. *n.* 16. *l. is apud quem* 2. *c. de edend. auth. adhaec. c. de fid. instrum.* Angl.

266 Celsus *d.* 191. *n.* 14. Judicis enim auctoritas omnem defectum supplet. *l. omnium* 19. *c. de testam. cap.* 1. *X. de transact.* Concordant statut. rig. *d. l.* 2. *c.* 24. §. 1. ita, ut contra talia nec disputationem nec te-

267 stium allegationem statuta nostra permittant *c. l.* Et quamvis in imperio rom. germ. sub actis publicis comprehendantur instrumenta a notario publico legitime confecta, ipsaque fidem mereantur, et plene probent, Bald. *in l. comparitiones. n.* 12. *c. de fid. instrum.* Paul. de Castr. *in auth. adhaec. c. eod.* Gail. *l.* 1. *obs.* 1. *n.* 13. Matth. Stephan. *de jurisd. l.* 2. *part.* 2. *c.* 5. *in princ.* ob auctoritatem ipsis ab imperat. Maximiliano concessam *in const. Maximil. de notat. in recess. imper. colon. d. anno* 1512. Illud 268
tamen secus jur. stat. rig. in quo omnis contractus, pacta dotalia, testamenta, instrumenta, si actorum publicorum fidem mereri velint, a civitatis secretariis conscribenda *d. c.* §. 24. §. 1. *et d. l.* 2. *c.* 5. §. 3. In genere enim notarius publicus in causis illis, quae 269
in judicio et a judicii secretario exercendae, adhiberi non potest. *d. c.* 5. §. 5.

Parilem fidem merentur, imo vim rei judicatae et 270
promptissimam executionem habent *instrumenta guarentigionata*, in quibus quis coram notario et testibus debitum fatetur, et ad solutionem se adstringit. stat. rig. *d. c* 24. §. 2. In quo discrepat jus statut. 271
nostr. a jure civil. quod tantum in quibusdam casibus paratam concedit executionem. vid. Brunnemann. *in repet. parat. ad Wesenbec. quaest.* 30. *tit. de fid. instrum.* Convenit vero cum jure saxon. vid. Carpzov. *in process. tit.* 1. *art.* 3. *n.* 14. *seqq.* Probandi quo- 272
que vi gaudent instrumenta et signa nulla prohibita pacta vel conventiones continentia, nec usurariam pravitatem sapientia. statut. rig. *d. c.* §. 3. B. Brunnemann. *in proc. civ. cap.* 19. *n.* 3. Si tamen instru- 273
mentis unum vel alterum ex memoratis insit vitium, utile per inutile non vitiandum, et pars adversa ad id, ad quod *de* jure tenetur, condemnanda. statut. rig. *d. cap.* §. 3. Nec destituitur instrumentum vi sua 274
probandi, si pars adversa manum quidem recognoscat, sigillum autem praeter suam voluntatem adjectum esse excipiat. stat. rig. *d. c.* §. 7.

Libros mercatorum vero plene haud probare expe- 275
ditum, quia scriptura privata pro scribente fidem non facit *cap.* 2. *X. de fid. instrum. l. publia.* 23. §. 2. *in f. ff. deposit.* Semiplena tamen iis a dd. commu- 276
niter tribuitur probatio in causis ad commercia et negotia spectantibus; Gail. *lib.* 2. *observat.* 20. *n.* 8. quod et observantia ubique receptum esse testatur. Hering. *de fidejuss. cap.* 20. §. 1. *n.* 71. Ruland. *de commiss. part.* 2. *lib.* 5. *cap.* 13. *n.* 9. Modo mer- 277
cator sit spectatae et integrae fidei, ejusque liber data et accepta contineat, Angl. Celsus *d.* 280. *n.* 16. accedatque ipsius juramentum suppletorium, de quo Mascard. *conclus.* 976. Hoppen. *decis.* 46. *n.* 55. Surdus *decis.* 199. Carpzov. *part.* 1. *const.* 17. *def.* 35. Nicol. de Passerib. *de scriptura privata. lib.* 4. *tit. de lib. mercat. n.* 16. jur. stat. rig. distinguendum, utrum 278
in vivis adhuc existente mercatore, utrum eo mortuo, libri fidem facere debeant; illo casu, si causam 279
debendi simul contineant, in mercatura, rationibus, expensis et acceptis inter mercatores sine uramento semiplene probant: hoc vero casu scil. post mortem 280
mercatoris plene, tam pro mortuo, quam pro ejus haeredibus probant *d. cap.* 24. §. 4. Est enim mors 281
instar juramenti, ejusque vim ac efficaciam in probando obtinet, cum verosimile non sit, morientem reliquisse falsam scripturam, *l. ult. c. ad l. jul. repetund.* Zas. *vol.* 1. *cons.* 5. Contra ipsum mercatorem 282
vero seu scribentem quocumque tempore plenam facit probationem. stat. rig. *d. c.* §. 4. Convenit cum jur.

civ. *c.* 2. *X. de fid. instrum. d. l.* 26. §. 2. *in f. ff. depos.*

283 Et quamvis communiter ddr. tantum mercatorum libris hanc semiplene probandi facultatem adscribant,
284 jus stat. rig. tamen et aliorum virorum integrae fidei ac famae libris post mortem eorum plenam fidem tribuit; iis vero adhuc superstitibus, si eorum libri ab adversa parte impugnentur, juramento eos verificari
285 tenentur. statut. rig. *d. cap.* §. 5. Plenissimam quoque fidem faciunt jur. stat. rigens. *d. c.* §. 6. proxenetarum libri, in quibus omnes contractus diligenter, quo die et dato initi, annotati sunt, si partibus desiderantibus eos juramento confirmaverint. Jure civ.
286 ob lucrum ex conventione speratum et affectione ad rem vix ad testimonium dicendum admittuntur, nisi
287 utraque parte consentiente. *nov.* 90. *cap.* 8. Quo casu etiam inviti ad testandum cogi possunt *d. nov.* Gail. *d. l. obs.* 100. *n.* 7. vel nisi contra eum producantur, cujus negotia expedivere Hottomann. *lib.* 10. *observ.* 15. *cons.* 43. *n.* 6. Donell. *ad tit. de test.*
288 *ca*. 10. Recensita vero instrumenta vel libri quo probationem faciant, requiritur, ut ipsum originale, non exemplum producatur, cum exempla regulariter non probent. *l.* 2. *ff. l.* 7. *c. de fid. instrum. c.* 1. X. *eod.*
289 Concordat jus statut. *d. cap.* §. 8. In rationibus tamen reddendis, non totus liber, sed tantum ea capitula, quae impugantur, exhibenda. stat. rig. *d. c.* §. 9, ne plura litigia occasione totius instrumenti producti oriantur Brunnem. *in rubr. ff. de novi oper. nunc.* Panormit. *in c.* 5. *X. de instrum.*

290 Omnium probationum liquidissima est *adversarii confessio*, Knichen. *in enciclopaed. cap.* 2. *n.* 1. et parit executionem, si reus monitorio impetitus, fatendo respondeat. Carpzov. *d. tit. art.* 3. *n.* 32. et
291 confessus ad appellandum non admittitur *l.* 2. *quor. appellat. non recip.* Quamvis non desint modi, quibus confessio facta rursus impugnari possit, quos vid.
292 apud Brunnemann. *in proc. cap.* 21. *n.* 8. quo me brevitatis amore remitto. Jure stat. rig. si confessus vel judicialiter vel extrajudicialiter in facto erraverit, erroremque commissum probaverit, confessio facta ipsi non nocet *d. l.* 2. *cap.* 25.

293 Probationibus, reprobationibus, deductioneque legitime exhibita, et tandem facta conclusione in causa
294 finis processui per *sententiam* imponitur. Requirit tamen jus stat. priusquam ad sententiam deveniatur, ut ab utraque parte acta suppleantur, et suppleta ro-
295 tulentur *d. l.* 2. c. 26. Deinceps utrique parti terminus ad audiendam sententiam praevia citatione praefigatur, ipsaque sententia in praesentia, partium publicetur. jus stat. *d. c.* 26. Quae citatio et jure civ.
296 necessaria *l. ea quae c. quom. et qu. jud.* Gail. *lib.* 1. *obs.* 109. cum assignatione certae diei, Vantius *de nullit. ex defect. process. n.* 56. Carpzov. *in process. tit.* 16. *art.* 3. *n.* 16. alias sententia non valet. Mynsing. *cent.* 3. *obs.* 71. Camill. Borell. *tom.* 2. *decis. tit.* 28.
297 Tusch. *concl.* 152. Si autem pars altera vel utraque contumaciter emaneat, nihilominus audita relatione nuncii, sententia publicanda jur. stat. *d. l. c.* 26. quod et multis judicii ordin. observari testatur. Br. *in process. c.* 27. *n.* 45.

298 Contingit non raro, ut, lata sententia, pars una vel altera ejus declarationem exigat, quae declaratio tam jur. stat. *d. l. c.* 27. quam jur. civil. permissa, per *l. ab executore. 4. et ibi gl. ff. de appellat.* Declaratio tamen 299
haec fieri debet ab eodem judice, qui sententiam tulit, *arg. l.* 20. *et* 21. *pr. ff. de except. rei jud.* Menoch. *consil.* 159. *n.* 9. Et quidem tantum in cir- 300
cumstantialibus, non in substantialibus, Pruckm. *vol.* 1. *consil.* 14. *n.* 118. Tusch. *concl.* 123. *lit. s.* seu quatenus verba obscura et ambigua explicationem exigunt; concordant stat. rig. *d. cap.* 27. §. 1. quo §. 301
illis, qui rationes decidendi perstringunt, ob illatam torturam sententiae gravem poenam infligendam esse statuiter. Qua declaratione pendente jur. civil. non 302
currunt fatalia Mev. *part.* 8. *dec.* 10. et non opus est appellare ante declarationem Mev. *p.* 8. *dec.* 127. quod secus jur. stat. rig. *d. cap.* §. 2. in quo petita declara- 303
tio fatalia appellationis non amplius suspendit, nec judici ea prorogandi facultas concessa est, ipsaque declaratio intra decendium petenda. *d.* §. 2.

Non autem mox ea lata, publicata et declarata sen- 304
tentia ille, cui res adjudicata, victoriam sibi pollicori potest, nisi ea vim rei judicatae consecuta fuerit. Quod, ut ab adversa parte impediatur, varie soliciti 305
sunt causarum patroni, variaque remedia et ab ipso jure civil. praescripta. Inter alia sententia gravatus 306
gaudet remedio appellationis, vi cujus sententiae virtutem et effectum suspendit, Angl. Cels. *dec*, 15. *n.* 21. *et* 230. *n.* 4. et singula in pristinum quasi constituit statum, ita ut nondum allegata allegare, nondum probata probare ei licest, *l. per hanc c. de temp. appellat.* Et quamvis de jure civ. ab interlocutoria 307
sententia, nisi vim definitivae habeat, appellare non licest, *l.* 2. *ff. de appellat. recip.* Scacc. *de appellat. qu.* 17. *lim.* 4. *membr.* 1. *n.* 176. Jure canonico tamen de omni sententia, quae gravamen infert, appel- 308
latio permissa *c.* 10. *et* 12. *X. de appell.* Cui correspondet jus stat. nost. *d. l.* 2. *c.* 18. §. 1. ubi in prima instantia a judice inferiori gravati indistincte ad senatum per appellationem causam transferre possunt. Circa modum appellandi solemnem inprimis 309
nosse oportet, quod fatalia appellationis, quorum hodie tria recensentur, fatale interponendae, introducendae et justificandae appellationis, Gail. *l.* 1. *obs.* 39. *in princ* Graev. *l.* 1. *concl.* 39. *et seqq.* caute observanda. Fatale interponendae appellationis est 10. 310
dierum a die ipsoque momento publicatae sententiae, et currit a momento in momentum, eoque sententia transit in rem judicatam, nec appellatio ulterius admittitur. *Auth. hodie c. de appell. cap. quoad consultationem.* X. *de sentent. et re jud.* Gail. *lib.* 1. *obs.* 139. *n.* 5. Menoch. *lib.* 2. *praes.* 95. *n.* 6. Concor- 311
dat stat. rig. *d.* §. 5. Nec interest, an viva voce, an scriptis interponatur appellatio *l.* 2. *ff. de appell. l.* 6. §. *pen. l. litigatoribus.* 14. *auth. hodie c. de appell.* Con- 312
veniunt stat. rig. *d.* §. 1. illud tamen speciale exigentia, ut appellans semper appellationis offerat solidum *d. l.* Interposita appellatione, eadem apud judicem ad 313
quem introducenda *nov.* 119. *c.* 4. *auth. si appell. c. de temp. appell.* et apostoli offerendi *l. un. ff. de dimiss. libell.* quod et jura statut. *dd.* disponunt, apostolorum tamen nulla facta mentione. Tempus intro- 314
ducendae appellationis jur. civ. certum non est, sed in arbitrio judicis a quo consistit *per l.* 5. *c. de appell. c.* 4. *X. d. t.* Differt jus stat. rig. *c. t* ubi itidem appellatio intra 10. dies a facta interpositione 315
in judicio superiori introducenda. Terminus justifi- 316

candae appellationis vero, a judice ad quem constituitur, intra quam tum fatalia tum materialia appellationis justificare appellans tenetur *l. ult. §. ult. ff.*
317 *de appell.* Terminus iste est vel longior vel brevior pro rei qualitate Mev. *p.* 2. *dec.* 366. *c.* 5. *et* 57. X.
318 *de appell.* Vel si certus terminus a judice non assignatus, tunc jure comm. appellatio inter annum justificanda et ad finem perducenda *l. fin. §. 4. c. de temp. appell.* Zanger. *de except. p.* 1. *c.* 1. *n.* 68.
319 Gail. *l.* 1. *observ.* 141. *in princ.* Recedit et quoad hoc fatale jus stat. rig. *c. l.* constituens, ut appellans introducta appellatione, die sequenti veneris, facta citatione partis adversae, appellationem tam in mate-
320 rialibus quam in formalibus prosequatur. Vel, si in materialibus ipsi non licuit, impedimenta legalia alleget, et sequenti die veneris justificationem in ma-
321 terialibus offerat *c. l.* Quem terminum si negligat, vel si allegata excusatio non sufficiat, appellatio, contumaciam accusante adversa parte, pro deserta habenda, et appellans in expensas condemnandus, statut. rigens. *cit. loc.* Gail. *d. observ.* 141. *in princ auth. et qui, et l. ult. §. 4. c. de temp. appellat.* Carpzov. *tit.* 18. *art.* 5. *n.* 54. Angl. Cels. *dec.* 141. *n.* 2.

322 Et quamvis *juxta recess. noviss.* concedantur 30. dies post interpositam appellationem ad petendam ac-
323 torum editionem; id tamen jur. statut. rigens. non attenditur, ubi statim in ipsa introductione curare debet patronus causae, ut acta prioris instantiae, prout in inferiori judicio rotulata, a secretario illius judicii superiori judicio exhibeantur, quo iis advocati, quocumque tempore ea requirerent, uti et perlustrare pos-
324 sint. statut. rigens. *c. l.* Causae vero, quae in prima instantia summarie tractantur, eae quoque in secunda, nempe appellatione, ita tractandae, ut uno libello exhibito ab utraque parte in causa concludatur statut.
325 rigens. *d. l.* 2. *c.* 13. §. 4. Et quamvis partes in causa concludant, non tamen mox sententia res deciditur, sed prius a syndico civitatis relatio momenta causae exhibens conficienda, de qua vid. jus statut. *d. l.* 2.
326 *c.* 19. Quae relationes, utut sublatae videantur per *auth. novo jure c. de relat.* hoc tamen ad relationes, quae post appellationem fiunt, non extendendum. d. Brunnem. *ad d. auth.*

327 Relatione partibus communicata et senatui exhibita,
328 decisive fertur sententia. Cui si pars acquiescere nolit, conceditur ipsi facultas vel ad summum tribunal regium Stockholmiae appellationem instituendi, vel per modum aut querelam extraordinariae appellationis eo confugiendi, vel revisionem actorum coram am-
329 plissimo senatu petendi; hoc tamen electo, appellationi ad summum tribunal regium seu extraordinariae seu ordinariae renunciasse praesumitur, et omnis appellatio ipsi denegatur. stat. rig. *d. l.* 2. *c.* 30.

330 In dicta vero revisione impetranda coram amplissimo senatu rigensi paulisper recedit jus statut. nostrum ab *imp. rec. noviss. §. nach Berathschlagung*
331 *des puncti appellationis.* Vi hujus enim revisio non suspendit executionem, sed sententia executioni traditur, modo victor cautionem sufficientem praestet de restituendo in casum succumbentiae, cujus executionis tamen jus statut. non meminit, et simpliciter parti revisionem concedit *d. l.* 2. *c.* 20. Exigit praeterea *recessus d.* §. ut intra quatuor menses electori
332 Moguntino revisionis schedula insinuetur, quod jur. statut. secus, ubi intra 10. dies impetranda *d. c.* 30. *ex recess.* si causa sit revisibilis, necesse est, tum 333
ratione qualitatis, tum ratione naturae suae, ut sit appellabilis. Brunnem. *c.* 28. *n.* 119. Jus statut. rigens. hoc non attendit et revisionem indistincte concedit *c. l.* Concordare tamen in plerisque statut. rigens. cum *d. recessu* quoad revisionem coram serenis- 334
sim. majest. Sueciae impetrandam *n.* 345. *et seqq.* 335
subjiciemus illud praeterea in revisione observandum, ut pars unaquaeque unico libello omnia merita causae pertractet, nec nova quaedam adducant Brunnemann. *d. c.* n. 122. Concordant statut. rigens. *cit. loc.* Et 336
ne unicuivis litigandi animo liceat revisionem petere, introduxere statut. rigens. ut revisionem expetens eodem termino 100. marcas vel 20. floren. polon. in judicio deponat. Quorum, si sententia nec in totum 337
nec pro parte reformetur, jacturam facit, et alteri parti in expensas retardati processus condemnatur *d. cap.* 30. in quo concordant statut. cum *recess. d.* §. quamvis ibidem sportularum summa non expressa.

Hanc revisionem qui respuunt, ab ampliss. sena- 338
tus sententia ad summum tribunal regium Stockolmiae provocare possunt. Jus statut. *d. l.* 2. *c.* 31. modo causa sit appellabilis *d. c.* 31. §. 1. *et* 5. Et obliga- 339
tur tunc appellans ex tempore delatae appellationis intra 14. dies privilegio civitatis in puncto praestandi juramenti satisfacere, ad quod juramentum, si sententia lata ipsius famae laesionem concernat, non tenetur *d. c.* §. 6. Et si sub civitatis jurisdictione bona immobilia non possideat, nec ob reconventionem et expensas in prima instantia cautionem praestiterit, eam praestare statut. rig. *d. c.* §. 2. Qua praestita, relatio 340
pront a partibus subscripta, una cum apostolis reverentialibus senatus sigillo munita Stockholmiam transmittenda *d. c.* §. 3. Recedit jus statut. a jure civ. quod jur. 341
civ. acta sint transmittenda, hic vero tantum relatio *d.* §. 3. Tempus, intra quod appellatio introducenda, jur. 342
civ. certum constitutum haud esse, jam in praeced. notavimus, jur. statut. rigens. appellatio ad tribunal re- 343
gium intra praefixum terminum sc. 12. septimanas, si tantum temporis spatium a die latae sententiae ad diem judicialem Stockholmiae habendam supersit, ibidem introducenda, alias ad sequentem diem judicialem introductio remittenda *d. l.* 2. *c.* 31. §. 4. Ubi semper se- 344
cundum statut. rig. et consuetudines, hisque deficientibus, secundum jus civil. causae decidendae *d. c.* §. 4.

Quamvis vero in praecedent. dixerimus, omnem 345
appellationem intra decendium interponendam; fallit tamen hoc in extraordinaria appellatione ad serenissim. reg. majest. ubi in continenti, vel ad summum intra octiduum a die latae sententiae pars gravata, coram magistratu in praesentia partis adversae, vel ab ea constituti procuratoris, mentem suam de appellando declarare debet. *vid. alleg.* Reg. Majest. *re-*
sol. §. 1. Ne vero calumniandi et litem protelandi 346
animo eam impetrare quis videatur, tenetur tam pars adversa, quam ejus procurator prius juramentum malitiae praestare *d. c.* 31. §. 7. In quo respondent
statut. *recess. imper. noviss.* §. *in fuellen.* Quoad insi- 347
nuationem vero stat. rig. et recessus differunt: vi hujus intra 4. menses insinuatio facienda, vi stat. intra sex menses. In qua insinuatione simul expe- 348
tenda citatio partis adversae, apostolique compulso-

riales ad senatum de edendis actis, in quibus si appellans quaedam negligat, appellandi beneficio privatur. v. *d. resol.* §. 2. In eo autem haec ordinaria appellatio ab extraordinaria differt, quod haec executionem differat, ut in praeced. dictum, illa vero secus, sed sententia prior executioni mandatur; modo victor cautionem sufficientem de restituendo in casum succumbentiae praestet per *recess. noviss.* §. *nach beratschlagen*. Concordat *d. resolut.* §. 3. ita, ut si magistratus rig. cautionem sufficientem, tam quoad ea, quae parti appellanti adjudicari possunt, quam quoad sortem non exegerit, ipse teneatur *d.* §. 3. E contrario quoque pars appellans parti adversae realem cautionem quoad expensas et reliqua, priusquam editionem actorem petit, offerre tenetur, *d. resolut.* §. 4. de quo *in recess. noviss.* nihil constitutum. Cognoscendum tamen in hac extraordinaria appellatione de justitia sententiae prioris ex iisdem actis, nec nova admittuntur documenta. Brunn. *c.* 28. *n.* 118. concordat *d. resolut.* §. 5. Nisi pars nova documenta proferens demonstrare possit, ea demum inventa et eo tempore, quo causa Rigae ventilabatur, produci non potuisse *d.* §. 5. Quo autem quis revisionem impetrare possit, requiritur, ut causa sit revisibilis tum ratione quantitatis, tum ratione naturae *per recess. nov. in d. resolut.* prioris nulla fit mentio, posterioris autem quidam casus exprimuntur, qui videri possunt *in d. resol.* §. 6.

Ultimus tandem actus, quem omnes in processu litigantes intendunt, est *executio*, qua nihil aliud restat, postquam sententia vim rei judicatae obtinuit, quo ita satisfiat judicato, et sententia pariter ac condemnatio in effectum deducatur *arg. l.* 1. *et* 2. *c. de pignorat. act. auth. hoc jus porrectum c. de sstis eccles.* In qua tamen aliter in realibus, aliter in personalibus progredi II. jubent. Nam in realibus jubent, ut reus statim sententiae pareat, §. *Etsi in rem j. de offic. jud.* Coler. *de proc. exec. part.* 3. *c.* 6. *n.* 14. Umm. *disp. ult. n.* 17. et si parere nolit, ut manu militari jussu judicis res ab eo auferatur *l. qui restituere* 68. *ff. d. r. v.* nec audiatur possessor, licet pretium justum offerat Mev. *p.* 2. *d.* 271. Diversum obtinet jure stat. rig. quod condemnato hoc casu ad partitionem et restitutionem concedit sex septimanas, ita, ut ter de una quaterdana in aliam sententiae parere admoneatur, quod si respuat, per realem immissionem creditor possessionem consequitur. statut. rig. *d. l.* 2. *c.* 32. §. 1. In actionibus vero personalibus magis favent reo II. civiles, tempus quadrimestre ad solvendum ipsi constituentes, priusquam ad executionem deveniatur *l. intra dies* 7. *ff. de re jud. l. eos qui condemnati* 2. *c. de usur. rei jud.* A quo rursus recedit jus stat. rig. eumdem terminum, quem in realibus, vi. septimanas sc. debitori concedens *d. c.* §. 1. Imo etiam breviorem, et sane brevissimum, duas noctes sc. in jure hospitii, ut si civis exteo vel vice versa, vel exterus extero quid debeat, praeterlapsis tantummodo duabus noctibus ab eo tempore, quo sententia vim rei judicatae consecuta, executio decernatur *d. c.* 32. §. 5. In ipsa executione vero minime negligenda dispositio *l. a divo Pio* 15. *ff. de re jud.* ut primo bona mobilia seu se moventia, postea immobilia capiantur, quibus deficientibus, in jura et actiones debitorum executio decernatur, et tandem ipse debitor carceri mancipetur *d. l.* §. 2. Initium ergo faciendum a mobilibus, specul. *in tit. de execut. sent.* §. *sequitur n.* 3. Coler. *de process. p.* 3. *c.* 9. *n.* 20. concordant stat. rig. *d.* §. 1. Quae bona tamen per bimestre spatium *l. debitoribus* 31. *ff. de re jud.* in judicio deposita conservantur, et nisi redimantur, postea venduntur publice, vel, emptore non reperto, victori in solutum adjudicantur *d. l.* 15. §. 3. Donell. *l.* 27. *c.* 3. *lit. aa.* Correspondent stat. d. *c.* 32. §. quamvis in eo differre videantur, quod breviorem terminum sc. 14. dies ad conservanda bona praefigant, bona ea sine ulla subhastatione, facta judiciali taxatione, victori adjudicent, reservata creditori actione quoad residuum si bona non sufficiant, ea vero, quae ex adjudicatis supersunt, debitori restituant stat. rig. *d. c.* 32. §. 2. Ab hac executione immunia tamen sunt instrumenta rustica seu agriculturae *per l. executores* 1. *c. quae res pign.* quod et stat. rig. introduxere *d.* §. 4. Quae et instrumenta opificum, vel, quae ad quotidianum domus usum pertinent, imo et debitoris ejusque uxoris vestes hoc privilegio donant. *d.* §. 4. Quamquam moribus in subsidium etiam in instrumentis executionem fieri posse testentur Coler. *part.* 2. *c.* 3. *num.* 189. Zas. *in d. l.* 15. §. 2. *n.* 11. *ff. de re jud.* Brunnemann. *in proc. c.* 29. *n.* 28.

Deficientibus mobilibus, immobilia executioni subjacent *d. l.* 15. stat. rig. *d. c.* §. 6. quae eodem fere modo, quo mobilia, parti victrici adjudicantur. Quod jus stat. rig. attinet, illud in hoc casu valde recedit a jure civ. et maximas ambages requirit. Obligatur quippe creditor, praeterlapsis 8. septimanis: si non existentibus mobilibus et semoventibus immobilia aggredi velit, unica facta denunciatione et impetrata judicis concessione, bona immobilia, in publicis judicii diebus coram judicio inferiori per tres octodenas licitare *auffbiethen d. c.* §. 6. Qua terna licitatione, et denunciatione ad licendum pignus debitori per nuncium facta, actoris seu creditoris officium est, in publicis judicii diebus coram toto senatu comparere, licitationem et denunciationem ex inferioris judicii protocollis docere, immobilia licitare, immissionemque ex primo decreto petere, quae a senatu ipsi in specie decernenda, et quo effectui detur, ad praetorem remittendus *d. c.* §. 7. Fit illa immissio a judicibus et secretario vid. stat. §. 8. factaque traditione *des Thurklappers* creditori pignus, constituitur. Quod et jur. civ. constitutum, ut victor ex immissione pignus consequatur, si scil. realiter immissus *l. non est mirum* 26. *de pignorat. act.* Modest. Pist. *part.* 4. *quaest.* 165. *n.* 2. Carpz. *p.* 1. *c.* 28. *def.* 139. *et in proc. tit.* 25. *art.* 1. *n.* 8. Olivar. *decis.* 937. *n.* 2.

Facta vero licitatio durat per integrum annum ab eo die, quo immissio impetrata, usque ad eumdem sequentis anni publici judicii diem. Intra quod temporis spatium quivis creditor obstringitur creditum suum denunciare, rem immobilem licitare et majus offerre pretium, quamvis et ea licitatio unicuivis permissa *d. cap.* §. 9. Anno autem praeterlapso, plus offerenti ex secundo decreto bona ea decernuntur, eorumque dominium, praeterlapso de novo VI. septimanarum spatio, irrevocabiliter adjudicatur *d. cap.* 10. Et vel ab ipso debitore, vel eo renuente, a dominis camerariis ipsi publice ea bona assignantur, assignatioque actis inseritur *d. c.* §. 11. Translatio enim dominii, quam judex facit, ab ipso de-

380 bitore facta videtur v. Marescot. *var. resol. l. 2. c. 34. n. 2.* Dixi-
mus, creditorem praeterlapsis VI. septimanis domi-
381 nium rei irrevocabiliter adipisci; intra hoc enim spatium creditori vel ejus agnatis (si facta immissione ex secundo decreto jus protimiseos sibi reservavere) permissum, eodem oblato pretio bona ea reluere *d. §. 10.* modo juramento asseverare possit, se illa sibi non aliis emere *d. §.*

382 Tandem executio quoque decernenda in jura, nomina et actiones debitoris statut. rigens. *d. cap. §. 22. l. divo Pio 15. l. 2. et pen. c. quando fiscus vel privat.*
383 illisque deficientibus in persona debitoris. De qua executione *praeced. cap.* quaedam notavimus et cum de executione pignorum in praeced. quoque jam egimus, ea brevitatis amore nos remittimus.

384 Contingit non raro, ut sententiam executione mandatam tertius quidam interveniendo impediat. Non enim
385 interest, an ante, an post litem contestatam quis interveniat, sive ante conclusionem litis seu post, imo etiam post sententiam. Gail. *l. 1. obs. 70. n. 10.* Zang. *p. 3. cap. 26. n. 138.* Franc. Marc. *d. t. 2. q. 538. n. 1.*
386 *et seq.* Quod et statut. rigens. interveniente concessa
387 *d. l. 2. cap. 33. §. 1.* Executioni sententiae quoque, quae in rem judicatam transiit, jur. civ. interveniens se opponere potest *l. 15. ff. de re jud. l. 29. c. de jur. dot.* Coler. *de proc. execut. part. 2. cap. 3. n.*
388 25. Menoch. *lib. 2. praesumpt. 47.* Jur. statut. vero sub certa distinctione, ut prius consideretur, an actio
389 instituta realis, an personalis: hoc casu quivis tertius etiam executione se opponere potest, modo non per proclama publicatum fuerit, ut quivis creditor intra praefixum terminum contra debitorem actionem insti-
390 tuat *d. cap. §. 3.* Illo vero, si res illa, in quam executio decreta, nondum occupata, interveniens audiendus, modo non scienter tacuerit, et quasi cum reo colludens jus sibi non reservaverit; dolose enim tacens jus suum amittit. Mev. *part. 3. decis. 98.* Afflict. *de-*
cis. 235. Gail. *lib. 1. observ. 71. n. 14.* Nec executio 391
differenda, si interveniens judicem jus suum in continenti docere non possit. *d. cap. §. 4.*

Ne vero cuivis tam interveniendo quam agendo li- 392
centia detur, temerarie litem movendi, caute disposuere tam jura civ. quam statut. ut victus victori regulariter teneatur in expensas, *l. eum quem temere 79. ff. de jud. auth. post justjurand. c. d. t. l. 4. c. de fruct. et lit. expens. l. ult. c. quando provocare non est necess. add. dd. ab* Hillig. *lib. 26. cap. 3. lit. h.* citat. jus
statut. *d. lib. 2. cap. 34. §. 1.* Nisi altera pars justam 393
ac probabilem litigandi causam habuerit, ubi ab utraque parte expensae compensantur, Gail. *lib. 1. n. 152.*
Carpzov. *lib. 1. const. 31. def. 26.* Hillig. *cit. loc.* quam 394
limitationem et jus statut. nostrum agnoscit *d. cap. §.*
1. *et ult.* Insuper exigens, ut tali casu expensarum 395
compensatio expresse sententiae inseratur, non vero silentio praetereatur, ulteriores lites et processus abbreviandi causa *d. §. ult.* Quod ipsas expensas victor gene 396
raliter earum designationem exhibet, exhibitas liquidat, liquidatas judex moderatur et aliquando victori juramentum expensarum defert. Graev. *p. 2. conclus. 151. n. 3.* Carpzov. *p. 1. const. 31. def. 8.* Quibus et statut. 397
rigens. adstipulantur *d. lib. 2. cap. 34. §. 2. et 3.*

His filum abrumpo: et quamvis omnia exacte con- 398
ferre materiarum copia et ingenii mei imbecillitas non permiserint: cum tamen fecerim, quod potuerim, ea- 399
dem fiducia, qua praesentem tractationem suscepi, eidem colophonem impono: te b. l. mihi propositum censorem et erratorum condonatorem promittens, et exoptans, tuaeque benevolentiae ea, quae forsan irrepsere corrigenda committens. Quod superest: quo duce primas 400
lineolas ducere cepi, eodem quoque ultimas adjiciam: s. sanctae Trinitati pro concessis viribus et benignissima assistentia, in debita humilitate gratias persolvens immortales.

TANTUM.

DISPUTATIO DUODECIMA

DE EO QUOD FIT IPSO JURE,

ANNO MDCLXXXV.

PRO LICENTIA

ADAM EBERT.

Illud, quod fit *ipso jure*, opponitur vel facto juris ministri, vel facto juris subditi. Juris minister praetor est. Subditus, qui juri paret. Utriusque factum vel judiciale est vel extrajudiciale. Per haec membra singulatim doctrinam ejus quod fit *ipso jure* perlustrare juvat.

MEMBRUM I. SECT. I.

De facto ipsius juris opposito facto juris ministri extrajudiciali.

SUMMARIA

I. Elementa juris civilis ex c. tacito politica paraphrasi recensentur.

II. Definitio ipsius juris.
1. *Ejus veritas probata.*
2. *Ratio pronominis quaeritur examinaturque Donelli derivatio.*

3. *Expromitur tandem vera.*

III. Instituitur progressus ad exempla.

1. *Explicatur l. usufr.* 9. §. 1. Usufructuarius, quemadm. cav. *et disquiritur, quaenam sint usufructus praetorii species.*

2. *An usufructus fideicommisso traditus sit juris praetorii?*

3. *Investigatis praetorii usufructus speciebus, concluduntur species usufructus ipsius juris.*

4. *An usufructus praescriptione quaesitus, sit ipsius juris?*

IV. Explicatur lex 29. *ff. de usu et usuf. legato.*

V. An ipso jure fiat haeres cui praetor. honor. possessionem dedit?

6. *Consideratur lex* 1. §. 1. *ff. famil. ercisc.*

VII. Explicatur l. 8. *pr. ff. de rebus eor. qui sub tutel. sunt.*

VIII. Explicatur §. 3. *i. de acquisit. per arrogat.*

IX. Explicat. l. 19. *ff. de testam. militar.*

X. Explicat. §. 5. *i. de exception.*

XI. Progressus ulterior ad ipsius juris effectum.

1. *Unde directa actio? unde utilis sic appelletur?*

2. *An prudentes actiones introduxerint? Neg.*

3. *Respondetur ad objectionem ex* §. *fin. i. de lege aquil.*

4. *Quatenus responsa prudentum jus fecerint?*

5. *An principes actiones utiles introduxerint?*

6. *An actio directa juris sit effectus et an utilis praetorii?*

XII. An actio ipsius juris formularum solemnitate indiguerit?

XIII. Quae ratio, quod olim perpetuae actiones, post temporales redditae?

1. *An praetoris actiones ultra annum jurisdictionis ipsius durantis extendi potuerint?*

2. *Qua occasione evenerit, ut praetoris actio rem persequens perpetua facta?*

3. *Cur vero poenalis praetoria manserit annalis?*

4. *Actiones praetorias rem persequentes perpetuas esse defenditur contra objectionem, et declaratur sc. quod secus sit, si contra jus civile dentur, idque multis exemplis probatur.*

XIV. An verum praetorias actiones poenales esse annales?

§. 1. Romani nominis conditor et urbis Romulus extitit. Sed suadente ratione celeris regni promiscuos cives, ignota adhuc indole et indigentia civitatis coalitae, leges, ut perpetuae, non licuere. Promulgari potuissent eventui quadraturae cuicumque, ni altior cura propugnandi invisam vicinis potentiam pauca et per se nota se posuisset: itaque arbitria hactenus valuere. *Vid. Tacitum l.* 3. *cap.* 26. *et seqq.* Dein Numa religionibus et divino jure populum devinxit, repertaque a Tullo quaedam et Anco. Sed praecipuus Servius Tullius legum sanctior fuit, quibus et reges obtemperarent. Pulso inermi Tarquinio, ne qua ullibi honesta regum occurreret memoria, regale jus obliteratum. *l.* 2. §. 3. *ff. d. o. i.* Caeterum patres non reipublicae, sed sibi reges ejectos volucrant. Hinc affectante quolibet ex vicissitudine regiminis emolumenta, et existente talium praereptore incerto, tunc unanimes; mox parte contraria superata et ad intentionem singulis nitentibus, discordes evasere universi. *Vid. Dionys. Halicarnas. lib.* 5. Interim proculcandi plebem mansit consensus. Contra has factiones multa populus paravit tuendae libertatis et firmandae concordiae. Creatique decemviri, horum legatione, postquam abolendi aemulationem patriciorum et plebis circa potestatem statuendi juris, invecta jura graecorum, compositae *duodecim tabulae*, primordium jur. civ. Sed opus indigestae *lib.* 2. §. 5. *ff. d. o. i.* huic compilationi, disputationes, et casibus sequentibus, argumenta. Utreque postquam defuncti sine scripto, juris civilis tamen novo nomine at auctoritate, *prudentes*, accessit alterum incrementum, plebea voluntas. Extorserat plebs famosa illa secessione tribunos, ut suos consules, illisque curam suae legis remiserat; sed reservata sibi *scientia* et approbatione, constitutiones, tamquam *propria plebiscitorum* nomine appellavit. At duo sic in uno corpore imperia, quae cum una conciliandi republica, ob defectum suffragii universalis, quia lex dici non merebantur, vim tantam lege hortensia per totam civitatem nacta. Rogavere quoque in utilitatem status populi suffragia patres; sed arbitrantibus tribunis, patriciis et senatoribus, hinc singulis nomen non audentibus, mansit suspicium universis, et *senatus consulta* prodierunt. Obtrusa deinde reipublicae, per arma, dominatione, Caesares ob legem regiam et praesentes exercitus summo imperio praevalidi; verum liberae antea civitati quaecumque tyrannorum imperata perpetuo invisa; et aderat odium senatus, amoti ab emolumentis et auctoritate gubernandi. Igitur quo olim cives, jam subditi, specie pristinae urbis observante placarentur, retenta nomina reipublicae, *princeps et senatus*, *vid. Vellej. Paterc. lib.* 2. *cap.* 43. *Livium lib.* 27. *cap.* 13. *Gellium lib.* 4. *c.* 10. Et quo *senatus consulta* perseverarent, detulere principes *jam decreta* ad senatum, spe et metu in quaecumque obsequia edoctum, veterique titulo publicaverunt. Dolorem amissae reipublicae adhuc magis consolandi concessione auctoritatis innoxiae, ac grassantem praetoris licentiam fraenandi, *vid. div. Cassius qui lib.* 48. *p.* 383. *refert uno anno sexaginta septem praetores fuisse, aliis subinde in aliorum locum surrogatis.* Divus Augustus voluit, ut *responsa prudentum* s. juris interpretationes, necessitatem imponerent judici, quae antea per modum consilii saltem suscepta. Seneca *epist.* 94. *Sveton. in Caligola* §. 3. 4. §. 8. *i. de jure nat. et cent.* Postremo sive ex abusu auctoritatis istius, sive opi suae subditorum quotidianam devinciendi necessitatem, jus tractandi sibi quoque sumpserunt imperatores, ac rescriptis *constitutionum* indiderunt nomen, idemque communicatum epistolis et sententiis causarum, quas imperialis majestas examinaverat.

§. 2. Jus hoc per intervalla sua recensitum, in universum *jus civile* appellatur. Ubi vero confertur cum illo jure, quod praetores ediderunt, *ipsum jus* praedicatur. Referret, leges istas recensere omnes, quae collationem juris utriusque complectuntur, ac postmodum convincere, per *ipsum jus* oppositum ibidem necessario intelligendum *jus civile*, *quia decisio ista ex juris civilis principiis consequens*; sed quoniam inferius suscipienda enumeratio *ejus quod fit ipso jure*, et pro eodem explicando necessaria, quae requirantur ad probandum, jus civile sortiri pronomen *ipsum*, ubi distinctum a jure praetorio, acta reiterare nolo, debitamque rationem praelicta exsolvam

tractatione. Unum tamen praemittam argumentum, quod validissime demonstrabit, esse jus civile, quod appellatione *ipsius juris* juri praetorio opponitur. *Ex l. 7. ff. de j. et j.* constat, jus nostrum duplex esse, civile et praetorium; et quoniam jurium fructus sunt actiones, has omnes *lex* 25. §. *fin. ff. de o. et a.* sit esse vel civiles vel honorarias. Necesse igitur, ut quod praetorium non est, jus tamen dicitur, civile sit. Illud vero quod *ipsum jus* appellatur, jus esse dicitur, sed non praetorium, quia praetorio opponitur; ergo oportet, ut juris civilis sit, quod *ipsum jus* appellatur. Unde imperator daturus tempora durantium actionum, titulo *j. de perpet. et temporal. action.* actiones omnes §. 1. dividit in *ipsius juris* actiones et praetorias. Oportet ergo, ut juris civilis actiones intellexerit, quascumque non praetoriae. Idemque manifestum praebet argumentum contra Brissonium, arbitrantem, per ipsum jus oppositum juri praetorio intelligendam l. XII. tabb. vid. Brissonium *in Lexico juris* de v. s. voc. *ipso jure.* Nam acturus imperat. *d. tit.* sine dubio de *omnibus* actionibus easdem dividendo in ipsius juris et praetorias, oportet, ut *ipso jure* complexus fuerit non saltem profluentes lege XII. tabb. sed et senatus consulta, plebiscita, principumque constitutiones. Equidem inficiari non ausim, *legem XII. tabb.* ut *eminentiorem* partem juris civilis contradistinctam fuisse senatus consulto §. 6. *i. de fideicommiss. haereditate*, ipsisque constitutionibus principum. *l.* 33. *pr. ff. de cond. et demonstr.* Interim tamen omnes partes juris civilis sunt, uti apparet *l. 7. pr. ff. de j. et j.* et debetur universis juribus *d. l.* 7. nominatis *ipsius juris* nomen, cum juri honorario opposita. Nam competunt ex iisdem actiones, quae si non praetoriae, *ipsius juris* in *d.* §. 1. appellantur. Ratio autem rationis, cur juri civili pronomen istud praebeatur, a Donello *ad* §. 10. *j. de actionibus.* et ante ipsum *a Duareno ipsius praeceptore*, sequens allegatur: jus civile multo eminentius aestimatum, habito respectu ad jus praetoris. Eminentissimum vero habito ad humillima respectu, pronomine illo dignatur. Sic cum Pythagoras quid statuisset, praedicabant id discipuli ejus eodem pronomine, *ipse dixit.* At enim quoniam, ut ego conjecto, Pythagoras isto praedicato ideo allegatus, quo significaretur indubium assertum, tamquam Dei; jus civile autem oppositum juri praetorio, *ab eodem corrigatur*, uti ex multis locis *inferius* tractandis videbitur, si dicatur, jus civile oppositum juri praetorio illa ratione, pronomine isto eminere, quae subest, cum refertur regem ipsum quid dixisse, ubi non *infallibilitatem* sed *praeminentiam* asserit. Jus vero civile multum supra jus praetorium reputatum, exinde concludere licet, quod nec juris nomen tributum fuerit juri praetorio, ubi illud concurrit cum jure civili. Unde *in l.* 1. *pr. ff. quib. mod. usufructus amit.* dicitur: sive jure sit constitutus ususfructus, sive per tuitionem praetoris. Aliud autem jus intelligi non potest, quam jus civile (uti jam demonstrabitur) nec alia, denegatae edicto praetorio appellationis istius causa, quam quod eadem judicatum fuerit indignum, utpote non universali auspicio conditum, sed unius saltem personae. Ex hoc vilipendio forte evenit (1) quod jus praetorium appellatum fuerit *honorarium.* Illudens quippe comparatio rei majestatis, cum affectione subditi. Jus vero majestatis est, *honoris* vocabulum, subditi proprietas. Ridiculum itaque *jus subditi.* (2) Quod album, cui jurisdictionis perpetuae causa quid inscriptum, frequenter dolo corruptum, ut mulcta dictanda fuerit divitibus, inopi autem tormenta. Sed ultimum argumentum imbecille judico, qua corruptum potius album, ut suspensum quid, ac albedine sua irritans petulantiam, quam contemnendi praetoris. Nam nec leges duodecim tabularum nec senatus consulta, aeneis tabulis publice affixa, licet juris civilis, ab injuria ista extiterunt immunia, vid. *lib.* 8. §. 1. *ff. ad l. juliam peculat.* Qui §. 1. si de catastro intelligendus, praedicta tamen ratio contra argumentum militabit. Potuit quis praeterea corrumpere album, non animo illudendi praetoriis, sed praetori, i. e non aestimatione juris civilis, sed ulciscendi offensionem privatam certi cujusdam praetoris corruptione edicti ipsius. Causam elati juris civilis supra jus praetorium hanc etiam quis suspicari posset, quod jus civile a majestate ex publicis et omnium deliberationibus profectum; praetorium vero unius auctoritate *tamquam* privata, singulis nil contribuentibus et aliena non aestimantibus. Sed non immerito quis hic objiceret et interpretationes prudentum partem esse juris civilis, cum tamen a privatis editae, per *l. 7. pr. ff. d. j. et j. juncto* §. 6. *j. d. j. n. et g.* nec magis, sed potius minus publica quam edicta praetorum publice intimata ab illo, qui sella curuli, insignibusque magnificus. Apparet itaque *non omnem* juris civilis partem praedicta ex causa eminere super solemnitates juris praetorii; ergo nec universaliter pronomine illo dignum.

Praedicta ullo modo Donelli et Duareni opinionem salvandi proponere debui, quae tamen nunc lectoris judicio relinquo. Caeterum sequenti ex ratione jus civile isto pronomine appellatum mihi videtur. Quibusdam antiquitus Glossae Accursii adeo jus videbantur, ut anathemate dignos crediderint, qui iisdem maximam auctoritatem denegaverint. Cum ergo quid allegarunt ex jure, dicere potuerunt *ipso jure* ita sanctum esse, non opus Glossae evolutione. Et hoc licet Glossa pariter jus sit; illudque non ob aliam eminentiam, quam relatione *textus ad explicationem.* Ad eumdem modum dicitur *Wesenbecium* ipsum id monuisse, altero forte putante a *Bachovio* illud in commentario tractatum Non quod eminentior Wesenbecius credatur ab illo, qui eumdem pronomine isto efferi, sed quo *principale* separet ab *accessorio.* Ex eodem fundamento provenisse arbitror, ut jus civile pronomen istud acceperit, cum appositum juri praetorio, quia jus civile *textus* creditur, jus praetorium ejusdem *commentarius.* Unde jus praetorium viva vox juris civilis appellatur, ubi nimirum jus *civile adjuvat, supplet, nec non ubi ejus consequentias corrigit l. 7. §. 1. et l.* 8. (ibi *nam*, testatur legem hanc 8. declarare praecedentem) *ff. d. j. et j.* Apparet itaque non eminentia pythagorea jus civile se habere erga jus praetorium, sed illa, quae est inter principale et accessorium. Non eminentius, quatenus jus, sed quatenus principale.

§. III. Tradita sic definitione et derivatione appellationis definiti, pandere ampliorem doctrinam definiti, ordinis ratione admoneor. Recensebo itaque *quae fiant ipso jure*, et qualiscumque eorum *effectus* ad-

1 versus jura praetoris. Quod prius spectat, considerandus. (1) *l. si usufr.* 9. §. 1. *usufr. quemadmodum caveat*, ubi talia habentur verba: *illud sciendum est sive* jure ipso *quis usumfructum habeat, sive etiam per tuitionem praetoris, nihilominus cogendum esse fructuarium cavere, aut actiones suscipere.* Asseritur hic, usumfructum alium esse ipsius juris, alium juris praetorii: idque *l.* 1. §. *fin. ff. de superficie*: confirmat. Praetorii species si omnes investigabuntur, ex reliquis conspicientur illae, quae sunt ipsius juris. Nullibi in jure nominatim expressae sunt species usufructus, qui tuitione praetoria sustineantur. Sed dd. arbitrantur, illas obliique propositas fuisse in *l.* 1. *pr. ff. quibus modis usufr. amitt. ibi* haec verba: *parvi refert, utrum jure sit constitutus usufructus, an vero tuitione praetoris: proinde traditus quoque usufructus item in fundo vectigali vel superficie non jure constitutus, capitis minutione amittitur.* Hoc ut cognoscatur necesse erit aspicere exempla ista, qualia sint, an ex doctrina juris praetorii orientur. Dicitur *in superficie vel in fundo vectigali constitutus usufructus, aut traditus usufructus.* Quoad usumfructum in superficie constitutum, res certa est *l.* 1. §. *fin. ff. de superficie* quod subsistat jure praetorio, cujus illa ratio, quod superficiarius nec superficiei, nec areae dominus sit *l. ult. ff. de superfic.* usumfr. vero jur. civ. constituturus oportet, ut sit dominus. Eadem ratio facit, ut nec emphyteuta usumfr. concedere possit *l.* 1. §. 1. *ff. si ager vectigal.* Si vero nihilominus usufructus ille valet (valet vero. alias capitis diminutione non interiret nondum constitutus *l.* 1. §. 1. *ff. quibus modis usufruct. amitt.*) oportet ut jure praetorio firmetur, cum a jure civili rejectus. Certum proinde duas istas species esse juris praetorii; difficultas omnis in verbis, *traditus quoque usufructus etc.* Traditur usufructus etiam qui jure civili constitutus; sed tradendus quoque ille, qui fideicommissus est. Unde *Ant. Faber. ad d. l.* 1. *quibus modis usufr. etc.* pro *quoque* legendum putat *quomodocumque* quasi, studio scribendi contractius dictiones longiores antiqui amanuenses id peccaverint, mentemque *Ulpiani d. l.* 1. esse, capitis diminutione tolli usumfructum, sive traditus ex causa legati, venditionis aliaque civili; verum cum indubitabile sit, capitis diminutionem tollere usumfr. *civili* ex causa profectum, nec leges condantur, quas nulla dubitatio lacessebat, non video, cur textus correctio audenda. Apertius nihil mihi videtur, quam Ulpianum per *traditum* usumfructum non alium respexisse, quam *fidei-*
2 *commisso* allatum. An hic juris civilis sit, an praetorii, convincetur, ubi discursum, num fideicommissi valor ex jure praetorio dependeat. Contrarium asseri videtur vulgari dd. observatione, *fideicommissum natum esse sub Augusto* §. 1. *j. de fideicommiss. her. altum et educatum sub Claudio l.* 2. §. 32. *vers. post deind. de o. i. confirmatum sub Nerone* §. 4. *j. d. fideicommiss. haered. reformatum et interpolatum a Justiniano.* His *ll.* refertur fideicommissi jus constitutionibus principum promanasse, et ex multis locis tit. ff. ad sc. Trebell. apparet, prudentes quoque non exiguam partem interpretationibus suis adjecisse, quae utraque partem juris civilis constituunt. Patescit quidem ex §. 1. *j. de fideicommiss. haeredit. et ex l.* 2. *ff. de o. j.* praetores fuisse creatos fideicommissorum gratia; sed additur jus dicendi causa *i. e. administrandi jus constitutum* auctoritate Augusti ac consuetudine, uti patet ex *d.* §. 1. *j. d. fideicomm. haered.* non *novum introducendi.* Accedit, quod ubicumque in jure praetoris fideicommissarii allegatio, illa tantum facta referat juris administrati, non ab eodem constituti, uti apparebit *ex l.* 2. *c. qui pot. in pign. l.* 78. §. *pen. de legat.* 3. *l. pen. in fin. quibus ad libertat. proclamare licet. l.* 92. *prin. de cond. et demonstrat.* Tria haec argumenta convincere videntur, jus fideicommissorum non ex praetore aestimandum, sed ex elementis juris civilis, qualia quoque senatus consulta et constitutiones, prudentumque responsa existunt. At enim illis non obstantibus perspicue, ex legibus claresci, jura fideicommissorum, licet a senatu, aut principe solo, aut a prudentibus composita, attamen aestimatione juris praetorii habita fuisse. Testatur hoc *l.* 19. *pr. in fin. ff. de testam. militis*, qua illud, quod in §. 1. 4. *i. de fideicommiss. haereditat.* a senatu principibusque quoad fideicommissa introductum, opponitur *ipsi juri.* Verba legis sequentia: *apparet, eum non ipso jure valere voluisse, sed magis per fideicommissum.* Probatum vero initio §. *praecedentis ex* §. 1. *j. de divers. et temporal.* quod si statutum ipsius juris statuto alterius juris opponatur, hoc sit juris praetorii, ipsum jus enim complectitur illa, quae *l.* 7. *pr. ff. d. j. et j.* recensentur. Ergo si aliud jus adducitur, oportet ut idem sit jus praetorium. Nam nonnisi duo jura habemus, specifice considerata. Ad haec *in l.* 20. *ff. de usu et usufr. leg.* Ei quod praetori a Cajo Jcto in sustinendo fideicommisso suadetur, opponitur pariter *ipsum jus.* Ergo jus istud a prudente propositum non retinuit reputationem originis, alias idem non ipsi juri potuisset opponi, cum paria paribus non contradistinguantur. Nec jus civile *ipsum jus* appellari *d. l.* 29. potuisset, nisi, quod eidem oppositum, habuisset pro jure praetorio. Ulpianus praeterea *tit.* 25. *pr. corporis sui* expresse dicit, quod fideicommissarium jus non sit juris civilis; ergo sit praetoris, quia aliud jus non datur praeter civile. Postremo clarus textus est in *l.* 24. *ff. famil. herciscundae* a dd. non observatus, tradentibus originem juris fideicommissorum. Hic fideicommissa expresse juri honorario annumerantur. Valde obstat quidem *l.* 178. §. 2. *et fin.* de *v. s.* Sed huic *infr.* §. 12. respondebitur. Quoniam igitur doctrina fideicommissaria juris praetorii habita, dicere licet, tres esse species usufructus praetorii, constitutum nempe ab emphyteuta, a superficiario et fideicommisso relictum. Quibus addit *Accursius* ad d. *l.* 9. §. 1. illum, qui relictus testamento, jure praetorio suffulto. Extra hos casus, cum nulla alterior usufructus species jure praetorio consistat, sequitur, reliquos usufructus constituendi modos esse juris civilis. Hi sunt, vel ubi usufructus ex testamento, quod jure civili validum obvenit, vel si contractu constituatur. Quibus et accensendus ille, quem judex constituit, cum uni fundum et alteri ejusdem usumfructum adjudicat; detrectante utroque communionem rei indivisibilis. Tres 3
itaque usufructus species, quae ipso jure subsistunt, idque indubium, quia *d. lex.* 1. eosdem sic appellat; sed etiamsi in d. l. id non expressum, attamen si probavero ex jure civili provenire, quod illi usufructus subsistant, probatum quoque erit *ipsius juris* eos-

dem appellandos, si praetoris opponantur. Hoc quoad usumfructum, testamento jure civili valido relictum indubium; nam expresse dicitur in ll. XII. tab. *uti-cumque quis rem suam legassit* (legati vocabulo generaliter sumpto) *ita jus esto.* et apud Ciceronem *invent. lib.* 2. paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave, ita jus esto, vid. Balduin. *ad ll. XII. tabb. c.* 29. *et cap.* 30. Idem si legato relictus, nam et legati origo ex jure civili promanat *arg. pr. i. de fideicommiss. haereditat.* Ususfructus vero pacto constitutus, ideo juris civilis est; quia pacto non alio eumdem constituere licet, quam stipulationis, aut si simplex, traditioni aut contractui adjecto. Utrumque vero juris civilis, quam nullibi legitur praetorium. Quod usumfructum attinet constitutum a magistratu necessitate dirimendi communionem rei indivisibilis, sciendum, quod, cum judex ex praecepto juris civilis quid agit, jus civile ipsum id effecisse habeatur. Judex enim juris istius vox est, quod in judicando secutus. Doctrina vero judicii communi dividundo juris civilis, quia nunquam apparet juris praetorii. Nec obstat, quod praetor jus civile interpretando, juris praetorii faciat interpretationem istam *vid. pr. de bonor. possessione.* praetoris enim interpretatio novum quid est; judicis vero tale quid, quod jam ante expressum, ergo veteri origine censendum. Applicatio proprie non est interpretatio. Postremo quaerendum, *an ususfructus praescriptione decennii acquisitus, ipso jure possit dici obtentus?* Hoc noscendi opus erit disquirere, an jure civili praescriptio constituendi usufructus effectum habeat. *Respond.* Si secundum eodicis jus res aestimanda, praescriptio illam efficaciam juri civili debebit, ideo quia imp. Justinianus *l. ult. in fin. c. de praescript. longi tempor.* ex possessione decennii exceptionem et actionem dat. Et imperatorum rescripta juri civili accenseantur *l.* 7. §. 7. *ff. de j. et j.* §. 6. *j. de j. n. et g.* Sed jure digestorum res controversa, opinantibus dd. vim actionis praescriptionem debuisse juri praetorio. Certe *Raevardus, cap.* 8. *triboniani*, movetur ad assertionem illam *l.* 10. *pr. ff. si servitus vindicetur et l.* 1. §. *fin. ff. de aqua et aquae pluviae arc.* ubi dici ait, *praetorio jure utilibus actionibus uti posse, qui per modum et tempus possessionem servitutis obtinuit;* verum ne verbum in dd. ll. de jure praetorio habetur. Puto tamen *Raevardum* ideo juri praetorio interpretatum verba *utiles actiones*, quia actiones ex jure praetorio prodeuntes utiles appellantur. At enim notum est, quod actiones utiles non aliter praetoribus tribuendae, nisi ubi ex aliis juris locis expresse constat, praetorem actionem vi sua donasse. Nam infra, ubi *effectum ejus, quod sit ipso jure opposito juri praetorio*, perpendemus, probabitur, et prudentes ac imperatores actiones utiles introduxisse; ac utiles actiones non minus juris civilis esse ac praetorii affectiones. Igitur, cum nullibi, quantum mihi constat, praetorem quidnam pro impertienda vi possessioni servilutis operatum appareat, et imperatorum prudentumque sancita ad jus civile pertineant, possessionis istius qualificatae effectum uni eorumdem relinquemus. His ita certis concludere licebit, et quatuor illas ususfructus species *ipsius juris* esse, ubi opponuntur illis, quae ex jure praetorio fluunt.

§. IV. *L.* 20. *ff. d. usufr. legato*, hic dicitur, si alicui ususfructus legatus, sed eumdem jussus restituere deduxerit fideicommissarium in possessionem fundi istius, ad postmodum decesserit, usumfructum quidem exptrasse, *quia ipso jure* acquisitus fuerit legatario; praetorem tamen jurisdictione sua id agere debere, ut idem servetur quod futurum esset, si ei cui ex fideicommisso restitutus esset, legati jure acquisitus fuisset. Sensus horum verborum magis expressus *l. 4. ff. quibus modis ususfructus amittatur*, nempe interire usumfructum, non morte fiduciarii, sed fideicommissarii, cui restitutus. Sed dubium excitant verba: *quia ipso jure acquisitus fuerit legatario.* Paragrapho enim praecedenti probatum, omnia quae in materia fideicommissoria juris, esse juris praetorii: hoc vero non *ipsum jus* dici, sed *ipsi juri* opponi. Hoc non obstante *d. l.* 29. asseritur, ex ipso jure esse, quod legatarius fiduciarius usumfructum acquisiverit. *Respond.* Quod in *d. l.* 29. ipso jure dicitur fieri, juris civilis effectus est. Dicitur quippe, legatarium, cui restitutio ususfructus legati injuncta, *ipso jure* eumdem acquisivisse, *et si eumdem jam restituerit.* Hoc non ex doctrina juris praetorii dependet; sed contrarium *d. l.* 29. potius asseritur, nempe dominium et acquisitionem rei restitutioni obnoxiae finiri quamprimum restituta, et transire ad fideicommissarium. Potest itaque in jure praetorio quid contingere, quod est *ipsius juris*, invalidum tamen. Interpretandum igitur illud ex jure civili et perspiciendum, an non ibi talis prodita sit doctrina, quae confirmet usumfructum legatum et subjectum restitutioni ex ratione juris civilis acquisitum esse legatario. Jus civile dicitat, quod legato relicto non officiat si clausula, quae non obligat, adjecta. At ubi ususfructus legatus, idemque jussus restitui, valide legatum est; sed adjectio inutilis jure civili, *quo nemo rogationi alterius obstringitur parere* §. 1. *j. de fideicommissar. haered.* Quoniam igitur juris civilis est, ut legatario non noceat rogatio quoad acquisitionem fideicommissi, sequitur dici posse, fieri illud *ipso jure*, ubi opponitur illi, quod postea contrarium in *d. l.* 29. facere praetor jubeatur. Sed juste quis objiceret, praedicta tantum testari acquisitum usumfructum *ante* restitutionem, sed in *d. l.* 29. illum aestimandum tamquam adhuc retentus esset, etiam post restitutionem. Alias enim effectu juris civilis i. e. *ipsius juris* non posset morte ejus finiri, quod ipsius non fuerat, contra ac *d. l.* 29. asseritur. Probandum itaque etiam post restitutionem jus civile i. e. *ipsum jus* reputare usumfructum, licet restitutum mansisse legatarii. Alias enim *ipso jure* acquisitus quamvis jam restitutus, dici non merebitur. *Respond.* Usumfructum jure civili acquisitum, si restituit legatarius, quoniam jus civile secundum quod hic judicandum, translationem seu abdicationem ignorat, non aliud facit, quam qui eumdem alii cedit. Tunc vero cedens detentione cessionarii possidere habetur *l.* 38. *ff. de usufructu et l.* 29. *ff. quibus mod. usufr. amitt.* Hinc fit quod Cajus in *d. l.* 29. dicat, ipso jure fiduciarii morte intercidere debere usumfr.; sed vult, ut praetor ex persona fideicommissarii restitutum metiatur, praetorii autem commendati juris contra jus civile haec ratio, quod nempe jus ordinarium cessi ususfructus non debeat attendi ubi testator restitui usumfructum alii disposuit.

§. V. *Principio institut. de bonorum possessionibus*

dicitur haeredem *ipso jure* non fieri, cui praetor bonorum dederit possessionem. Cum jam constat jus civile ipsum jus appellari, ubi praetorio oppositum, idem hic evenisse probatum erit, si demonstravero juri civili repugnare, ut bonorum possessor sit haeres. Hoc facile est: jure civili enim illi haeredes, qui testamento jure civili subsistente scripti, vel sui, vel alia civili consanguinitate conjuncti. Tales cum non sint, qui bonorum possessione haereditatis redditi capaces, sequitur illos tales esse eo jure praetorio. Nam aliud jus extra civile non habemus, idque manifesto refertur §. 1. *instit. de perp. et temp. act.*

§. VI. *L.* 1. §. 1. *ff. famil. hercisc.* haec habentur verba: *actio familiae herciscundae ei quoque* ipso jure *competit, qui suam partem non possidet; sed si is qui possidet, neget sibi eum esse cohaeredem, potest eum excludere per hanc exceptionem, si in ea re qua de agitur, praejudicium haereditati non fiat.* Judicare arduum, cui facto Cajus Jctus opposuerit ipsum jus. Nam sive factum juris ministri judiciale, sive factum subditi judiciale aut extrajudiciale considero *nullibi invenio ullum ex illis intervenire solitum in tribuendo familiae herciscundae judicio.* Ergo nec tale quid respectum, ubi jus extra factum istud, isti qui non possidet, actionem familiae hercisc. concedit. Nec de facto juris ministri extrajudiciali certi quicquam asserere licet. Si tamen conjecturae locus, huic facto ipsum jus *d.* §. 1. oppositum crederem, quia in *principio* praecedenti dictam l. 1. dicitur *ex ll. XII. tabul.* provenire, ut cohaeredes communionis possint petere sublationem. Et post §. 1. subjiciuntur haec verba, *ei quoque ipso jure competit haec actio qui non possidet, dummodo haeres agnoscatur.* Ob conj. *quoque* praesumere licet, Cajum significare voluisse ejusdem originis esse jus §. 1. Cujus fuerat jus *principii* praecedentis, nempe *ll. XII. tabb.* Hoc vero jus vocatur ipsum jus. Sed diceres jus civile, cujus pars est l. XII. tabb. non aliter pronomine isto affici, quam ubi opponitur juri praetorio. Nihil vero jus praetorium statuisse in materia judicii familiae herciscundae, et licet *l.* 2. §. 1. *ff. famil. hercisc.* bonorum possessori utilis actio dari dicatur, et jura omnia bonorum possessionis a praetore introducta, *vid. Faber. ad* §. 1. *l.* 2. *et treutl. disp.* 19. *lit. e. immerito a Bachovio reprehensus*; attamen in casu §. 1. *d. l.* 1. nihil tale occurrit. Nec aliud quidquam quod causam suspicandi dare potuisset Cajo jus *d.* §. 1. creditum iri praetorium. Non igitur credendum Jctum de tradenda juris istius origine, de dubio praeveniendo, fuisse sollicitum. Suspicor fuisse forte disceptationem inter Jctos, *an actio utilis*, quae *quamplurimum* praetoriae originis, danda veniat illi, qui non possidet *an directa s. juris civilis*, istaque expressione Jctum dubio consuulisse. Nec conjectare absurdum, Jctum *d. l.* docere voluisse jus ipsum actori consuulisse quoad judicium *famil. hercisc.* non adhibito facto arreptae possessionis. Quo posteriori casu *d. l.* 1. *ad sect.* 2. *membr.* 2. deferenda.

§. VII. *l.* 8. *pr. ff. de rebus eorum, quae sub tutela sunt, fine decr. et* haec habentur verba: *qui neque tutores sunt ipso jure, neque curatores, sed pro tutore negotia gerunt, eos non posse distrahere res pupillorum nulla dubitatio est.* Hic per tutorem ipsius juris verus tutor intelligitur, seu qui talis, quod creatio ejus requisita juris habuerit. Appellatur vero tutor ipso jure, quia opponitur illi, qui jure praetorio talis est, seu qui pro tutore vel curatore negotia gerit. In hunc enim quoniam praetor dedit actionem *pro tutelae* directam, ipsi vero contrariam, uti apparet ex *l.* 1. *pr. ff. de eo qui pro tutore*, haberi quadamtenus meruit pro praetorio, vel si mavis cum Ulpian. *tit.* 11. *de tutelis* §. 24. pro Praetoriano. Proprie alias praetor tutorem non facit, sed quem facit dicitur *pro tutore* esse. Vid. *l.* 1. *inf. de tutelis add.* Bart. *in l.* 26. §. 1. *ff. de test. tutel.*

§. VIII. *In* §. 3. *j. de acquisitione per arrogationem*, arrogans patrem familias non teneri dicitur ipso jure ad id, quod paterfamilias ante capitis diminutionem, quae fit per adoptionem illam, debuerat. Ratio pronominis iterum, quia jus civile oppositum praetorio. Nam quod quis non obligetur in id, quod alter debet, juris civilis dogma est. Licet enim alias jus civile aliquem subjiciat obligationibus ejus cui succedit, et acquisitio per arrogationem sit successionis, et universalis quoque species, attamen expresse habetur *in d.* §. 3. *j. d. acquisit. per arrogat.* repugnare juri civili, ut in hac successionis specie arrogans teneatur ex obligatione filii adoptivi. Cui valde videtur obstare *pr.* 1. *dict. tit.* ubi non ex juri civili dicitur esse doctrina acquisitionis ex arrogatione, sed ex moribus; quomodo ergo illud dici potest disposuisse, ne teneretur arrogans ex obligatione arrogati. *Respond.* jus civile specialiter quidem nihil disponit, quod successionem illam spectaret; verum quoniam sanxit alterum alterius obligatione non teneri, nec agnovit illam successionis universalis speciem, stabitur regulae juris civilis. Caeterum quod restitutio actionis detur, ex jure praetorio est *l.* 2. §. *ff. de capite minutis.* Dicitur quidem *pr. j. de acquisit. per arrogat.* acquisitionem hanc nec a praetore introductam; verum diversa sunt acquisitio ista, et restitutio actionum in capite diminutos. Istius origo hujus origine non complectitur, uti *ex d. l.* 2. apparet. Dicendum igitur, rei moribus primum introductae, ex postfacto praetorem sua ampliatione se immiscuisse, eique *d.* §. 3. jus civile negativum oppositum.

§. IX. *L.* 19. *ff. de testament. militis*, dicitur, si quis fidei haeredis commiserit, apparere, eum non ipso jure voluntatem suam valere voluisse, sed magis per fideicommissum. Ratio pronominis non alia, quam quod institutio directa sit juris civilis, et obliqua seu fideicommissaria a praetore introducta, uti §. 2. hujus sect. dictum.

§. X. *Paragrapho* 5. *j. d. exception.* dicitur, quod si judicatum fuerit actionem non extinctam esse, sed durare adhuc et per consequens agi posse, addita ratione, quia actio pristina etiam post rem judicatam ipso jure duraret; sed aequum esse, ut exceptione rei judicatae contra litis restaurationem denuo conventus juvetur. Pronominis ibi non aliam credo esse rationem, quam quod jus civile actioni perseverantiam etiam post rem judicatam concedat, et praetor exceptionis istius auctor extiterit qua denuo conventus, se tuetur. Ex jure civili esse, quod actio pristina adhuc duret etiam post rem judicatam, inde probari puto; jus civile certos modos, qui tit. *j. quib. mod. oblig. tol.* praecipue recensentur, perimendae obligationis introduxit, inter quos nullibi *sententia judicis* apparet. Remansurum itaque jure civili actioni pristinum ro-

bar, donec *solutione* aut alio juris civilis tollendae actionis modo victo priori judicio satisfiat. Quod exceptionem, quae iterum convento opitulatur, attinet, non quidem in jure, quantum mihi conspicere licuit, expressum, an a praetore introducta fuerit; quoniam tamen illud jus, quod hic juri isti, cujus beneficio, denuo conventus, liberatus, *jus ipsum* appellatur, et jus civile nullibi pronomine isto gaudeat, quam ubi oppositum juri praetorio §. 1. *j. de perpet. et tempor.* ex praetorio jure exceptioni rei judicatae origo erit ducenda. Accedit, quod plurimae exceptiones, quibus actiones competentes amoventur, a praetore conspiciantur introductae. Unde *jure praetorio* non debere, et *per exceptionem* non debere, paria *l.* 3. §. 1. *ff. de const. pecun.* Invalidum vero quis petiturus esset argumentum exinde, quod maxima pars *legum* quibus *titulus. ff. de except. rei judic.* compositus videatur ex libris Jctorum, qui ad *edictum* scripserunt; nam si quis evolverit *titt. ff. dd. sc. Macedon. et Vellej.* apparebit, jura materiarum istarum crebro esse collecta ex commentariis Jctorum edictum non minus spectantibus, quamvis *dd. setorum* exceptiones jure civili indubio descenderint. Incidenter tamen hic monere liceat, versari dd. quosdam in opinione, rem judicatam penitus actionem aboluisse, si eadem innotuit, *nullum actionis jus unquam isti fuisse, contra quem judicatum*. Ut si quis decem ex mutuo petierit, sed non probaverit, unquam se mutuo quid dedisse illi, quem judicialiter ob id convenit. Addi hic meretur *Cujacius lib.* 22. *obs.* 18. Sed illud tunc intelligendum de naturali actione in futurum intentanda, non de praeterita *juridica*, seu de praeterito jure agendi, quippe quod nunquam extitit.

§. XI. Complendae doctrinae ipsius juris opposito facto praetoris extrajudiciali subjungere restat, quid intersit, numquid *ipso jure* fiat, an facto ejus ministri extrajudiciali. Primo differentia haec communiter statuitur, quod jus agendi competens ipso jure seu civili appelletur, *actio directa*; illud vero quod praetor tribuit, *actio utilis* §. 4. 1. de action. *l.* 26. §. 2. *et* 4. *ff. de nox. act.* Et superficiaria *utilis l.* 16. §. *ult. de pign. act.* et si ex verbis edicti *l.* 1. *pr. de superf.* derivandae utriusque appellationis causa, dicunt *directam* appellari, quia verba legis in illam facti speciem directa; utilem vel ab utendo vel quod utilitatis causa introducta *l.* 8. §. 9. *ff. de constit. pecun. l.* 7. §. 1. *ff. de j. et j.* Sed ex *d. l.* 8. non alia probatio depromenda quam *utilitatem* causam esse actionis introductae, non vero ejusdem nominis. At actio in factum quoque a *praetore* introducta dicitur, quod utilitas legis id exigat, non tamen *utilis* appellata *l.* 11. *ff. d. praescript. verb.* Adhaec *l. pen. c. ad exhib. l.* 20. *pr. ff. de tut. et rat. distrah.* et alibi ob *aequitatis rationem* actio utilis legitur introducta. In hac appellandi et derivandi varietate, de expressi nominandi proposito non constat; interim verba ista licitam reddunt conjecturam, maxime cum quamplurimum actiones praetoriae legantur *utilitatis* intentione introductae. Caeterum non immerito falsum videri potest, actiones civiles *directas* appellandas, cum multae actiones utiles appellentur, quae tamen civiles. Sic actio legis aquiliae civilis est, quia plebiscitum, dantur tamen ejusdem actiones utiles; quae expresse a jure consultis introductae conspiciuntur, in *l.* 11. §. *fin. l.* 27. §. 32. *ff. ad l. aquil.* Jure consulti vero quid egerunt circa jus civile, si approbatum manet civile, *l.* 7. *pr. de j. et j.* (Sed hic extra oleas paululum evagari licet). Solemnis quaestio esto, an prudentibus, seu jure consultis utiles actiones introducere licuerit, adeo ut eaedem nulla reipublicae approbatione indiguerint? Neg. quia nullibi ipsis tantum majestatis legitur concessum, quantum alias periclitata fuisset respublica, si actionem directo jura negatam privatis et nundinaturis hominibus introducere licuisset. Add. Bachov. *in primam partem t. p.* 59. *et seq.* Non obstat (1.) quod dd. ll. et multis aliis Jcti dicantur actionem utilem sancire. Nam stante praedicta ratione, judicandum *Jctos consilium ibi et admonitionem dedisse praetoribus*, rescripturisque imperatoribus horumque consiliariis, quo actionem utilem impertirent imposterum, eademque proponerent edicto. Nam post Hadrianum cessasse edicta praetorum, improbabile; quod actio de *albo corrupto* diu postea adhuc viguit *l.* 7. *ff. de jurisd.* Et imperatores quoque actiones utiles praebuisse docet *l.* 1. §. 13. *ff. de tut. et ration. distrah. l.* 1. *c. d. o. et a.* 1. 8. *et* 7. *c. de haered. et action. vend.* et nullibi legetur, quod jurisconsultus dicat *actionem do, sed puto dandam*. Nec (2.) quod actionem l. aquiliae utilem introduxerint prudentes seu jure consulti, et praetor introduxerit actionem in factum §. *fin. i. d. l. aquil.* quae non pretoria *l.* 11. *et l.* 16. §. *fin. ff. de praescrips. verb.* diceretur, si utilis a praetore esset introducta. Ejusdem quippe originis jura sibi non opponi, uti contingit *d.* §. *fin.* inter utilem l. aquiliae, et actionem in factum. Ergo diversae esse originis. *Respond.* in d. §. fin. Ne verbo dici, utilem leg. aquiliae actionem introductam esse a prudentibus. Nec facit ratio, quod ejusdem originis jura non a se invicem distinguantur; ejusdem enim originis jura sibi non opponuntur, ubi consideratio versatur *circa utriusque originem, aliud si agatur de diversis eorumdem dispositionibus*, circa circumstantias diversorum factorum. Ultimum vero accidit in *d.* §. *fin. i. de l. a.* ubi diversum, quod actio in factum detur, ubi neque corpore neque in corpus damnum datum sed alio modo, ab eo quod actio utilis detur, non corpore corpori damno illato. Si actum fuisset de origine juris utriusque actionis, tunc si praetoria opposita fuisset utili, forte conjectandum, quod utilis civilis sit, et altera a praetore sancita v. g. Si imperator traditurus originem actionum damnum persequentium dixisset, *actio l. aquilia ex jure civili descendit, directa istud damnum persequitur, utilis hoc. actio in factum vero, quae a praetore introducta, aliud*. Tunc enim appareret imp. juxta doctrinam actionum, de origine quoque earumdem agere voluisse. Sed quando *d.* §. *fin.* ait, actionem *directam* l. aquiliae dari, ubi corpore corpori nocitum, *utilem* ubi non corpore corpus afflictum, *in factum* vero, ubi neutro modo damnum datum et ultima alio loco, nempe *d. l.* 11. a praetore introducta refertur, quis nullo modo mens l. aquiliae ad illam facti speciem extendi poterat, aperte conspicitur, imp. *in d.* §. *fin.* de origine istarum actionum, non tractasse; ergo nec illi conjecturae locum esse. Licet praeterea *d.* §. *fin.* Imperat. dixisset, actionem *utilem* a prudentibus inventam; inde tamen asserere non auderem, prudentibus competiisse jus

actionis introducendae, *ut non opus fuerit receptione reipubl. sed crederem ejus aequitatem aut praetoribus aut imp. compilaturo, aut rescripturo ostentatam fuisse*. Quoniam enim ratio ab initio dicta obstat, conjectura illuc dirigenda, ubi eadem non adversatur. Obiter tamen noto, ideo forte actionem quam praetor dat, ubi neque corpore neque in corpus, sed alio modo damnum datum, appellatam fuisse in factum et non utilem, quia damni forma ob quod actio in factum a praetore prodita, *nimium quantum discrepat a forma damni originaria quod lex aquilia vindicat*. Utilium vero actionum objecta multa sui parte similia sunt circumstantiis objecti actionis directae. Nec (3.) quod responsa prudentum jus fecerint eademque in jus civile relata *l.* 2. §. *fin. ff. de o. j.* §. 8. *i. de jure n. g. et c.* sueton. *in Caligula* §. 34. Seneca *epist.* 94. *respond.* Responsa prudentum nihil aliud fuisse, quam cum hodie collegium juridicum academiae consultum, sententiam suam de re controversa prodit. Quod maxime confirmatur *l.* 2. *ff. d. o. j.* ubi Pomponius dicit prudentes consultos, scripto complexos illud, quod sibi videretur de casu controverso ipsisque proposito, signata sic responsa transmisisse, per litigantes ad judicem. Quod non aliud extitit, ac si hodie litigantes praejudicium seu informationem ab academia petitam judici exhibeant. In eo differentia, quod illa necessitaverint, uti patet *ex* §. 8. *j. d. j. n. et g. vid. Raevard. cap.* 14. *de auctoritate prudentum*. Nihil aliud itaque fuerunt prudentum responsa, quam interpretationes juris veteris, non introductiones novi et applicationes. Nec (4) quod actiones utiles forte ab illis prudentibus dari potuissent, qui ll. XII. tabb. disputationibus interpretati. Horum forte majorem fuisse potestatem, quam illorum qui auctoritate Augusti Caesaris invalueranf. *respond.* Probabilius illud posse asseri de bis primitivis, quam de illis, qui temporibus Hadriani tardiores, quia auspicio reipublicae paucae leges nec plebiscita nec acta nec imperatoriae sanctiones cognita; attamen quoniam et hi saltem disputasse de jure et illud interpretati leguntur *l.* 2. §. 5. *ff. de o. j.* Jus jam constitutum ipsis solummodo permissum fuisse declarare, non vero constituere novum, quale exposcunt actiones utiles. Hoc est, licitum ipsis fuit in lucem exhibere principia l. XII. tabul. eorumdemque rationem applicare circumstantiis similibus, idque exemplo declarabo: lege XII. tabularum datur actio de pauperie, si quadrupes nocuit feritate extraordinaria commota. Licuit prudentibus disputationibus suis aut interpretando id extendere ad casum, ubi bos plaustro alligatus commotaque feritate ista rotis nocuit, uti apparet ex *l.* 1. §. 9. quia hic eadem ratio ac cum animal corpore nocuisset. At ubi actio de pauperie danda damna a bipede illata persequentibus, prudentibus id non licuit, quia l. XII. tabb. restricta erat ad quadrupedes, uti est *in lib.* 1. §. 2. *ff. d. t.* Ergo utilis danda fuit a praetore, uti apparet ex *l. pen. ff. d. t.* Interpretatio enim et disputatio vetera saltem explicant, non nova addncunt, quale quid est, ubi de damno bipedis actio danda. Ex his quae hactenus tractata, constat valoris universalis causa opus fuisse tam *responsis* quam actionibus utilibus *suasoriis* expressa approbatione imperatoris. Eaque extat *l. unic. c. theodos. de responsis prudent.* ipsam respexit Justinianus imperator §. 8. *l. de jure nat. gent. et civ. cum sententias et opiniones.* Prudentum inter elementa juris civ. in specie sic dicti reponit. Praeterea actionem *directam* non propriam esse juris civ. inde probatur, quod et praetoriae *directae* appellentur. Sic datur utilis neg. gest. actio, protutelae directa et utilis et directa, quae tamen actiones omnes sunt praetoriae. Ex quibus apparet, non universale esse, ut actio civilis solummodo appelletur *directa, et utilis* praetorii sit effectus; sed directam appellari quia mens omnium requisitorum legis in illam facti speciem directa deprehenditur, cui directa actio applicanda. Utilem vero, non quod praetore introducta, sed quod ob utilitatem ad casum non multo dissimilem a mente legis indulgeatur. Hinc fit, ut utilis quoque appelletur, quae ab impp. introducta, *l.* 2. 3. *c. de donat. quae submod.* quando scil. extenditur effectus actionis originariae ad casum paululum dissimilem. Hinc fit ut praetoria actio appelletur directa, quando applicanda casui subsistenti requisitis, quae praetor edicto expressit, et appelletur utilis actio quae ad casum paulo dissimilem edicto praetoris extenso. Convincunt id exempla negot. gestor. actio directa et utilis. *l.* 47. *d. neg. gest. l.* 17. *c. eod. et* institoriae talis *l.* 19. *pr. ff. de institor. action. et l. fin. c. eod.* Protutelae talis *l.* 1. §. 2. *ff. de eo, qui pro tutore.* quae omnes praetoriae, uti ex edictis ubique insertis patet. Ex iis quae hactenus diffuse disserui, constat actionem directam, tali cognomine non gaudere, quod *juris civilis*; itaque nec inter ejusdem effectus meretur reponi. Merita enim juris civilis, *qua tale* et quatenus praetorio juri opponitur, nobis tantum perpendenda sunt. Tractandum alias fuisset, directam dici non semper ob oppositionem utilis. Sed et cum contrariae, cum ad exhibendum, cum noxali opponitur; de quo *vid. Bachov. ad* §. 16. *ff. d. l. aquil.* Disentiendum quoque foret, an utili actione experiens (uti procurator in rem suam, cessionarius) teneatur cavere, ut alius procurator, de judicato solvendo. Quae cautio, uti notum, continet tria 1. judicatum solvendi 2. defensionem seu reconventionem se susceptorum 3. Dolum malum abfuturum *vid. tamen. Anton. Faber.* 12. *conject.* 10. An utili actione conventus poenam inficiationis incurrat? An eadem infamet? An directa morte mandantis extinguatur? aliaque; sed ut dixi declarationem talium doctrina ejus quod fit ipso jure in prima oppositione, non desiderat. Pete ista, et plura alia ex *Forcat. dialog.* 63. *latius Joh. Vando lib.* 1. *q.* 42. *It ex Cajo et Paulo apud Forcat. dialog.* 65.

§. 12. Videndum an verior differentia ex *l.* 47. §. 1. *ff. de neg. gest.* cujus verba referam: *actio negotiorum gestorum illi datur, cujus interest hoc judicio experiri. Nec refert, directa quis an utili actione agat, vel conveniatur,* (quia, in extraordinariis judiciis ubi conceptio formularum non observatur, haec subtilitas non observetur) *maxime cum utraque actio ejusdem potestatis sit eumdemque habeat effectum*. A Triboniano verba ista parenthesi inclusa judicat *Ant. Faber. lib.* 4. *cap.* 7. *conject. n.* 6. 7. nec manifestius Tribonianae temeritatis judicium quam hunc locum. Quia neque cum praecedentibus cohaeret; neque cum consequentibus. Verum connexio mihi satis conspicua. Quis enim non videt Jctum tradere voluisse rationem

cur nihil interierit. An directa an utili agat? nempe quia in universum conceptis formulis actiones extraordinariae non proponerentur, ergo uni effectum actionis utiles et directas ordinarias distinguentium locum esse non posse. Nec praeterea quoad utramque actionem, etiamsi formula proposita una earumdem et altera, non, *in effectu* quid interesse, quia in utriusque judicio secundum merita causae tandem judicatur. Nec obstat quod *Anton. Faber* potissimum urget, neg. gest. judicium non appellari potuisse extraordinarium, quia neg. gestorum judicium non tantum in d. l. 47. sed et in aliis legibus d. tit. appellatur *actio*. Extraordinariis vero judiciis nomen *actionis* non convenire *l.* 178. *de v. s.* sed *persecutionis*. *Respond.* actionis verbum speciale esse *et generale*, uti dicitur *d. l.* 178. §. 2. posteriorem locutionem convenire et judiciis extraordinariis, seu *persecutionibus l.* 34. *ff. de v. s. l.* 178. §. *fin. eod.* Hoc certo cadit argumentum *Fabri*. Vindicatis sic legis verbis, colligi exinde posse videtur, quod ordinaria judicia formula peracta, extraordinaria vero non. Differentia tamen *priori* judicii genere fuit inter utiles et directas, una saltem earumdem formula indigente. Ex textu *d. l.* 47. vero licet non appareat, quaenam illa fuerit; ex §. *fin.* tamen *i. d. interdictis* apparet, utilem absque formula peractum fuisse, quae solemnitas observandae formulae fuerit, ex *Brissonio* potissimum, deinde ex *Raevardi*, *Poletti*, *Alciati*, *Pancirolli*, *Cujacii* aliorumque criticorum juris operibus tibi polliceris doctrinam; sed confusa adeo illi, ut nihil certi hodie de magna illa re sciri posse, non erubescam asserere; sed cuncta saltem probabilia. Add. *Tabor ad lib.* 1. *tit.* 2. *colleg. argentor.* Balduinus *ad* §. *fin. institut. de interdictis*, quicquid sit. Ex hac ordinarii et extraordinarii judicii differentia concludunt dd. actiones juris civilis si directae, formula celebrales fuisse, juris praetorii vero non. Ordinarium enim jus esse jus civile, extraordinarium vero a praetore introductum. Ultimum probant, quod omnia quae in jure *extraordinaria* conspiciantur, praetoriae originis existant. Sic fideicommissarium jus extraordinarium judicium appellatur *d. l.* 178. §. 2. Idemque superius §. 3. *p.* 19. ex *l.* 24. *ff. famil. hercisc.* Praetoriae originis probavi. Cui tamen multum obstare postmodum obstare perspexi *d. l.* 178. §. 2. *et fin.* ubi haec verba: *persecutionis* verbo *extraordinarias persecutiones puto contineri* ut puta fideicommissorum. *Hoc verbum* debuit *omnem omnino actionem comprehendere intelligitur, sive civilis, sive honoraria, sive fideicommissi fuit persecutio.* Quae lex Ulpiani declarata l. 10. ejusdem auctoris *ff. de v. s.* durius obstare videtur, ubi dicitur triplici ex jure quid deberi, vel *jure civili vel honorario vel extraordinario*. Hic triplex juris origo statuitur et fideicommissa extraordinario derivantur jure, contradistincto, ut videtur, juri praetorio, cum tamen ego *d.* §. 3. asseruerim, quoniam non nisi jus civile et honorarium, et Ulpianus dicat *d. tit.* 25. *pr. corp. sui* fideicommissa non ex jure civili esse, concludendum, eadem praetorii esse juris; idque aperte *d. l.* 24. probatum. *Respond.* extraordinarium jus non esse tertiae originis distinctae a jure civili et praetorio seu honorario; sed diversi tantum esse processus quoad formam sc. judicii, contradistinctam juri praetorio, simplicem tamen aetatique nostrae incognitam. Nam a quonam quaeso introductum esset jus extraordinarium, si juris civilis et honorarii seponas conditores. Statuendum itaque ob claram *l.* 24. *ff. fam. hercisc.* Ulpianum *d. l.* 178. §. *fin.* non tradere voluisse originem fideicommiss. diversam a jure civili et honorario, sed declarare saltem, et fideicommisso convenire *debiti* vocabulum. Credo praeterea Jctum in *l.* 10. *it. l.* 178. generi speciem, quod non infrequens est, surrogasse, adeo ut jus honorarium ibi genus sit, verba vero in *l* 10. *vel extraordinario* et in *l.* 178. *sive fideicommissi* speciem significent. Firmum igitur manet, fideicommissa juris praetorii habita fuisse uti clarescit *d. l.* 24. quae legem *d.* 178. §. *f. de v. s.* explicat. Et inde primum exemplum, praetoria quaevis esse extraordinaria. Restitutio in integrum praeterea sine dubio praetoria est, et *l.* 16. *ff. de minor.* Extraordinarium judicium appellatur. Sic interdicta a praetore introducta *pr. j. d. interdictis* appellantur extraordinaria judicia *rubr. ff. de interd.* Actio quoque negot. gestor. Praetoria est, et *d. l.* 47. Extraordinarium judicium appellatur. Ex quatuor hisce exemplis concludendum esse videtur, extraordinarium judicium esse consequens praetorii juris, certamque differentiam, jus civile formula pertractatum, praetorium non. Verum si judicia praetoria extraordinaria exstiterunt, et extraordinarius ille processus in eo constiterit, quod absque formula lis transacta, unde evenit, quod interdicta, quae praetoriae originis sine dubio formulis peracta legantur, *pr. j. de interdictis*, eaedemque postmodum processui interdictorum detractae §. *fin. j. d. interdict. et l.* 3. *c. eod.* Cur restitutio in integr. per pedaneum legitur peracta *l.* 3. *c. ubi et apud quem restitut.* cum pedanei interventus secundum omnes dd. nota judicii ordinarii fuerit. Hic enim formulae obstrictus fuisse fertur, non ordinarius. Quod formulas interdictorum attinet *respond.* distinguendum inter formulam quam ipse praetor jubebat quid fieri, et illam qua judicari praetor pedaneo praescribebat. Haec posterior erat effectus judicii ordinarii, s. civilis, qua praetoriae actiones per pedaneum tractandae, non indigebant. Hujus observatione gravabantur et partes; illa vero praetores soli laborabant. Ad dubium posterius ex *d. l.* 3. ortum regero, quoniam ex aliis causis praetoriis constat easdem formula non indiguisse, *d. l.* 3. probari pedaneum restitutioni intervenientem hoc casu formulae non subditum fuisse et causam restitutionis, cujus olim tenax solus praetor, pedaneum hac ratione sortitum fuisse, quod tempore Justiniani, qui *d. l.* 3. auctor, usus formularum exolverit. Unde licet jure pandectarum jus ipsum ab honorario formulae distinctum necessitate. Constat tamen praeter *d. l.* 47. ex §. *fin. d. interd.* omnia judicia hodie esse extraordinaria, formulasque foro abactas.

§. XIII. Verae itaque et hodierni usus differentiae *ipsius juris* et praetorii enucleandae. Primaevis temporibus Romanorum, litibus plerisque (quaedam enim temporales fuerunt *l.* 3. verbis, *non illae c. de praescr.* 30. *vel* 40. *annorum*) perpetuum patebat forum. *pr. i. de perp. et tempor. action.* Succedente posthaec aetate reprobante immortalia jura, quod crebrior materia litium, *ac intercidissent praesentibus commoda antiquae acceptionis aut convincendi monumenta contrarium*, terminata fuit actio. Retinuere nihilominus ejus fatalia antiquum perpetuitatis nomen: temporis tamen non amplius perpetui, sed jam decem,

viginti, triginta, centum annorum encomium. Sed hoc quoad actiones rei persecutorias ex jure civili orientes universale: diversi juris actiones rei persecutoriae, quas praetoria jurisdictio concessit. Hae enim universaliter non sunt *perpetuae* i. e. usque ad triginta annos non durant; sed si contra jus civile dantur
1 *annales*, uti colligunt dd. ex *l.* 35. *pr. ff. de o. et a. et pr. j. de perpet. ac temp. act.* Verum isti dd. opinioni obstat (1) quod omnes actiones rei persecutoriae, si praetoriae, debeant esse annales sive jus civile relinquant, sive idem evertant, quia praetoris jurisdictio annua fuit; effectum non longius durare posse sua causa, eamque rationem allegari *d. pr. j.* cum disquiritur, cur praetoriae *poenales* sint annales. Movet hoc dubium Bachov. *ad d. pr. j. et ad treutl. vol.* 2. *d.* 30. *th.* 7. *lit. e. f.* Sed nullibi eidem solide ac perspicue medetur. Ego hoc decisioni conducere arbitror: nunquam actio praetoria tam annalis fuit, ut praetoris annua jurisdictione finita, pariter exspiraverit. Praeterquam enim, quod annus continuus, quo durabant, plures dies complexus quam 365. Oportuisset ut omnes contractus eodem die, quo praetor annuam jurisdictionem capessebat, celebrati fuerint, si legis praetoriae emolumenti compos fieri quis desiderasset. Tali autem puncto adstringere contracturos non patiebatur conditio speculantium opportunitatem lucrandi. Haec cum consideravit sine dubio respublica romana (cujus potestas certo tempori non obnoxia) juris civilis administrationem praetoribus demandans non praesumenda, praetori concessa juris condendi potestate illudere voluisse, sed quo valeret ut posset. Concessit proinde annum (uti constat ex Ciceroue *act.* 3. *in Verrem*, ubi edictum praetoris *lex annua* vocatur) a die competentis et notae potentiae agendi computandum. Non vero quod praetoris potestas non annum ultra duraret, *sed ad instar potestatis* durantis. Alias et senatus consulta anno exspirassent, quia consulum annuum erat imperium, qui tamen pars fuerant constituentium. *Dices* reipublicae praefuisse consules, rempublicam vero aeternam esse per successores. *Respond.* praetores justitiae praefuisse, quae pariter aeterna. Illud declarat verba imperatoris *d. pr. i. de perp. et temp.* ubi praetoriae actiones poenales ad annum durare dicuntur, *quia praetoris annuum fuerit imperium*: scilicet quo ad *exemplum* potestatis praetoriae terminus actionis dirigatur; non quod effectus durare non potuerit longius sua causa. Sic ad testamentum olim quinque testes requirebantur, quod fiebat per aes et libram. Sed repudiata solemnitate, praelataque testium securitate, loco libripendis et emptoris familiae surrogati jure novo duo testes; constitit igitur fides testamenti septem testibus, non quod isto numero opus, sed quo instar numeri personarum pristinarum videretur; ad eumdum modum annus praescriptus actioni praetoriae, non quod isto tempore opus, sed quod *ad instar* seu *ad exemplum* praetoriae perseverantiae acti determinaretur. Originaliter ergo actio praetoria annalis fuit. Sed quoniam perpetuum edictum Hadrianus condidit, quo etiam secuti obstringerentur praetores, et non amplius libitis eorumdem pateret, antecessorum edicta suo quoque conservare tempore aut eadem iidem eximere, perpetua etiam
3 haec evasit actio, si jure civili non repugnaverit. Quod tamen ad poenalia, ut odiosa, non extensem, mansitque annalis praescriptio *d. pr. j. de divers. ac tempor.* (2.) Obstat ei, quod dixi, actiones praetorias rem persequentes perpetuas esse, quod, *d. l.* 35. *pr. ff. d. o. et a. actio doli*, et interdictum *unde vi*, annales dicantur, quae tamen sine dubio praetoriae et persequuntur rem, quae patrimonio nobis abest. Nemo forte dicit, id ideo fieri, quia contra jus civile dentur; nam neque actio doli, neque interdicta jure suo impugnant jura civilia. Alias omnia praetoria essent annalia, quia per consequentiam omnia juri civili contrariantur; a praetore tamen adjuvandi potius jus civile data. Sed vera ratio haec. Actio doli et interdicta, *quatenus annalia*, (ita enim discursus ad jus pandect. dirigendus, quo anno utraque finiebatur, nam jure codicis biennium suppositum) *poenalia sunt*; illa ob comitantem infamiam; haec ob constitutionem Zenonianam *l. si quando.* 9. *c. unde vi.* (De quo juramento Zenoniano late A. Faber. *dec.* 18. *error* 8.) Aliusque adhuc effectus notabilis interdicti poenalis *in l.* 1. § 40 *ff. de vi* latet. Quatenus vero rei persecutoriae, perpetua utraque sunt judicia *l.* 1. *pr. ff. eod. et l.* 27. *in fin. ff. de dolo.* Dicitur quidem d. ll. eatenus post annum durare actionem, quatenus delinquens locupletior factus, sed id non inficiatur persecutoriam esse, quae tamdiu duret, sed persecutoriam saltem modificat. Postremo discutienda veritas opinionis, actiones praetorias rem persequentes anno cessare, si contra jus civile dentur. Diceres *actio publiciana*, quae praetoria, impugnat tenorem juris civilis, ad vindicationem probationem dominii requirentis, attamen perpetua est, ut rei vindicatio *l.* 7. §. 8. *ff. de public. in rem actio.* Idem in *actione exercitoria*, quae praetoria, rei persecutoria, contraria rationi juris civilis, uti *l.* 1. §. 18. *ff. d. exercitor.* et tamen perpetua *l.* 4. §. *fin. ff. eod.* oportet itaque, ut verba finalia *d. pr. l.* 35. *ff. d. o. et a.* intelligantur non de casu, ubi contra consequentias seu rationem juris civilis praetor quid sancivit, uti in actione publiciana et institoria, sed ubi rescindit illud, quod juris civilis ratione alteri jam acquisitum erat, seu ubi factum, quod secundum jus civile legitime celebratum, suum jam prodiderat effectum, rescindit. Quale quid non accedit, ubi actione publiciana agitur. Nondum quippe quid acquisiverat jure civili is, contra quem datur actio publiciana. Unde actiones praetoriae rem mediate vel immediate persequentes, quae ex vigore juris civilis jam alterius facta, anno finiuntur. Innotescit illud (1.) *ex d. l.* 35. *pr.* ubi res usucapione acquisita post restitutionem in integrum vindicatur, si absentia alterius obstitit, quominus usurpatio interveniret. Sic (2.) restitutio in integrum, quae praetoria et rei persecutoria jure pandectarum (nam aliud jure codicis ubi ex const. Constant. in locum anni utilis, quia ejus computatione multae ortae antea fuerant lites, quinquennium quoad contractus, quibus quis Romae laesus fuerat, quadriennium qui in Italia, qui vero in provinciis, triennium. Hoc ex *lege.* 2. *c. Theod. de restit. in integrum refert.* Cujacius *lib.* 2. *obs.* 18. Sed *l. ult. c. d. eod.* quadriennio omnia loca aequata fuerunt.) anno includebatur, quia rem jure civili colligatam rescindebat, nempe contractum. (3.) Actionis paulianae non alia ratione annale est fatum, quam quod rem ejusque fructus, quorum jam alter dominus redditus fuerat, tendat recuperare. Licet enim aliena-

tor fuerit obaeratus, mansit tamen rerum dominus *l.* 26. *ff. de contrah. empt.* adeo, ut in alium transferre valuerit dominium. Disquiritur vulgo, an actio, quae *in* §. 6. *i. d. action.* absque nomine describitur, sit actio pauliana? Negantium argumentum est, quod contraria indoles actioni paulianae *d.* §. describatur Requiri enim *d.* §. 6 ut bonis jam possessis res sit alienata. Paulianam vero dari bonis etiam ante possessionem alienatis *l.* 15. *l.* 17. §. 1. *ff. quae in fraud. credit.* Respond. *d.* §. 6. haec habentur verba: *item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit: bonis ejus a creditoribus possessis, permittitur creditoribus rem rescissa traditione petere.* Hic vero nullibi dicitur, quod alienatio facta sit durante possessione, sed saltem revocatio. Huic vero non citius locus esse poterat, quam bonis jam possessis et inventario confecto, quia citius fraudulenta non patebat alienatio. Reliqua argumenta, quibus novam illam actionem esse contenditur, pensari non merentur vid. Donell. *ad* §. 6. *j. d. action.* Ant. Faber. *lib.* 20. *conject.* 16. (4.) Actio quanti minoris non quidem a praetore introducta, ab iis tamen, quorum jus inter partes juris honorarii reputatur, §. 7. *j. de j. n. et g.* ad universum vero jus honorarium *d. l.* 35. *pr.* (ex qua *pr. j. de perpet. et tempor. action.* interpretandum) *ff. d. o. et a.* pertinet. Ideoque et annalis est, cum effectum juris civilis rescindat. Actio enim haec tendit aut ad repetitionem partis pretii, aut ad rei redhibitionem, si emptori inutilis existat. *pr. l.* 43. §. 6. *ff. de aedilit. edicto.* est enim actio ista *quanti minoris* virtute sua redhibitoria. Utrumque vero effectum juris civilis rescindit, quod non patitur, ut res semel translata redhibeatur, pretiumque semel conventum immutetur. Praeterea manifesto apparet, jus civile voluisse neutrum fieri, *quia usu quotidiano et aperta aequitate non commotum, ut prospiceret casui utrique, sed locum invenerit jurisdictio aedilium.* (5.) Actio de peculio. Haec quidem perpetua quamdiu filius vivit aut servus *l.* 1. *ff. quando. de pecul. actio annalis.* quia rem persequitur ex contractu, quem pater aut dominus quasi inivit cum illis, qui cum filio aut servo contraxerant, peculium negotiandi gratia ipsis demetiendo. Verum ubi filius aut servus mortuus, durat actio de peculio adhuc, sed ad annum saltem. Diversitatis ratio, quia haec actio annalis praetoria destruit illud, quod jure civili constitutum et effectum jam fuerat. Peculium enim extinguitur morte aut alienatione, idque ex jure civili. Cum enim pater ad novum peculium non possit obstringi, et morte personae cessent res, quae substiterant vita personae, naturali rationi congruit, extinctum peculium haberi jure civili, quia omnis ratio naturalis recepta in corpus juris, juris civilis reputatur, quando a praetore non deprehenditur recepta. Jus civile enim ordinario quid sancit. Pro eo itaque praesumendum, donec praetorium, quod facti est, probetur. Nullibi vero a praetore receptum legitur; actionem quidem de peculio introduxit, sed ista extinctio et actio de peculio contraria sunt, non consequentia. Notanter ergo Ulpianus *in d. l.* 1. §. *ait, merito in hoc casu praetor temporariam fecit actionem. Nam cum morte vel alienatione extinguitur, sufficiebat, quoad annum produci obligationem.* Videtur quidem patrem non ad annum saltem, sed in perpetuum obstringi peculio tenus ex contractu filii, hoc licet mortuo, quia quasi contraxit, inde vero actio perpetua. Uti jure actionis exercitoriae et institoriae confirmatur. Sed *respond.* Permisisse quidem patrem potestatem contrahendi concedendo peculium, eamque voluntatem perpetuo ipsum colligasse vinculo: voluntas enim jus transfert, ad jura vero renunciata in alterius praejudicium, non datur regressus. Hinc fit, ut omnis obligatio olim fuerit perpetua, nullaque obtinuerit praescriptio. Enim vero nihil hic fit contra dictam rationem. Consensit enim pater, ut conveniretur ex contractu, quamdiu peculium durat. Non durat vero, ubi filius aut servus mortui. Accessorium enim tollitur, collabente principali, et quod antea *peculium* fuerat, post evadit *pecunia.* Unde servo legato cum peculio et a testatore alienato, perimitur legatum peculii, quod nullum est, ubi servus non amplius est §. 17. *j. de legat. l.* 1. *et* 2. *de pecul. legat.* Ex hactenus dictis concluditur, cur nonnisi ad annum patrem convenire permiserit jus, postquam filius mortuus, qui peculium *castrense* patri reliquerat *l.* 17. *pr. ff. de pecul. castrensi.* Nam jus patriae potestatis sine dubio ex jure civili est, uti plurib. persequitur. Raevard. *cap.* 3. *ad ll. XII. tabb.* Haec vero patri tribuit omne quod filius in potestate existens, acquirit. Filius vero licet militiam sectatus, potestate tamen patris ob id non liberatur. Quod vero peculium castrense patris acquisitionem non sequatur, id fit in favorem militiae, qui tamen non adeo extenditur, ut patris jus penitus pessundet. Et pater, mortuo filio, succedit in illud, non, ut in rem alienam, sed in proprium, quod facit, ut non perpetuo tamquam haeres, sed ad annum teneatur. Succederet vero ut haeres ab intestato, si peculium penitus arbitrio filii subjectum fuisset Ex quibus apparet, pecuniam castrensem qualitate peculii penes filium seu militem remanere, filioque defuncto patrem non aliter teneri, quam de peculio, cujus proprietas patri competebat, i. e. ut ad annum, quia peculium extinctum fuerat morte filii, sicque contra juris civilis effectum actio data. Diceres peculium ut proprium quid considerandum, quia filio licuerit eo privare patrem per institutionem haeredis *d. l.* 17. *pr. et* §. 1. hoc enim testatur saltem, filium seu militem jura proprietatis habere, si iisdem uti velit, proprium vero ipsi non esse peculium ex *d. l.* 17. pariter apparet, quia alias non diceretur pater succedens ab intestato ad annum tantum obligari, adde Cuton. Fabrum *in jurispr. Papiniau. tit.* 12. *princ.* 6. *illat.* 1. *et* 18. *seqq.* (6.) Postremo non alia ratione actiones aedilitias 6. mensibus, 100. diebus, nec non anno finiri, quam quod ex jure honorario, et rescindant effectum juris civilis, i. e. contractum jure civili jam validatum evertant. Angustatum vero anni tempus puto, praecavendi lites ex auctore vitiosae rei incerto, eventuras, si in integro anno queri liceret.

§. XIV. Discussimus quatenus rerum, jus civile rem persequens esse *perpetuum*, jus vero honorarium *temporale*, quando contra jus civile datur, i. e. quando contra consequentias aut rationem juris civilis quid sanxit, sed abolendi effectum, quem jus civile jam produxerat; altera differentia statuitur a dd. in hoc, *quod actiones juris civilis poenales sint perpetuae.* Praetoriae autem tales temporales. Colligitur illud *ex d. l.* 35. *pr.* ubi actiones honorariae rem persequen-

tes perpetuae dicuntur, caeterae vero temporales. Hae non aliae esse possunt quam poenales, quia rei persecutoriis nullae aliae in toto jure opponuntur. Et quoniam in honorariis sic statutum, a contrario sensu probant dd. actiones poenales juris civilis esse perpetuas. Quae argumentatio non procedit, cum sic sequeretur et rei persecutorias civiles esse temporales, quia ibi praetorinae tales perpetuae dicuntur. Caeterum civilium actionum poenam persequentium perpetuitas firmius probatur *d. pr. j. de perp. et tempor. action.* ubi civiles generaliter dicuntur perpetuae imperator enim fatalia actionum utriusque juris civilis et honorarii, tradere voluit, uti ex tituli rubrica appareat. Proinde quae ibi generaliter elocutus est, pro *regula* capienda erunt, quae vero alibi contraria regulae isti sanciuntur, pro *exceptione*. Unde si poena adulterii quinquennio legimus praescribi *l.* 29. §. 6. *et seqq. ff. ad l. juliam. de adult.* exceptio est doctrinae *d. pr. i. de perp. et temp. action.* Verum diceres, furti manifesti actionem praetoriam esse *d. pr. j. d. perpet. et tempor. actio*: ibique perpetuam esse subjici, *quod absurdum praetor putaverit eam anno finire*. Dicunt quidam ideo id fieri, quia actio furti manifesti, de qua imperator d. pr. loquitur ex ll. XII. tabul. fluxerit *l.* 41. §. 2. *ff. d. furtis.* Gellius *Noct. Attic. lib.* 11. *c.* 18. adeoque civilis, et sic perpetua. *respond.* Nullam inde concludendam fuisse absurditatem, quam praetor tamen evitare voluit. Nisi dicere velis, praetor ideo id duxisse absurdum, quia surrogatum sortitur naturam abrogati. At ut idem contingat, non est necessitatis, potest legislator indolem posterioris pro lubitu reformare. Nisi eadem remanserit moralitas, ut pristinae constitutionis forma fuerit conservanda. Sed hanc causa similitudinis, non surrogatio est. Necessitatem vero retinendae perpetuitatis Bachov. *ad pr. j. de vi bonor. raptorum.* ex hac natam causa fuisse putat, quod gravi isti poenae, quae fures ex l XII. tabb. manebat, et de qua evolvi meretur Raevardus *cap.* 26. *ad ll. XII. tab.* Praetor ratus substituendam non multum benigniorem, quod evenisset, si annalem statuisset actionem substitutam, visus quippe esset delictum levius aestimasse. Sed generalius dicendum puto, sc. praetorem motum enormitate delicti, *praecipuum reipublicae fructum avertentis.* Quamvis iterum dici possit, ista ratione praetorem non motum, cum crimen rapinae, quatenus *puniendum* annale reddiderit. Tempora subsequentia perpetuitati quidem relicta, sed quatenus res recuperanda. Ad quod hoc dico, poenam furti insimul proditam contra raptorem, sed contra furem nullam aliam proditam fuisse, antequam praetor poenam statuerit. Illam poenam vero praecessisse poenam raptus *pr. j. d. vi bonor. raptor.* probat. Caeterum quod in fine *d. pr. j. d perp. et temp. act.* de furto praescribendo dictum, apertum praebet argumentum, praetorias actiones poenales annuas esse, non quod longiores facere non valuerit defectu potestatis concessae, sed quia id sic placuit eidem. Nam cui facultas judicandi de tempore convenienti competiit, et tempora quoque ulterius extendit, illum regulae non obnoxium fuisse apertum est. Nec obstat, quod supra ex Cicerone allegatum, legem praetoriam annuam fuisse. Nam non ex necessitate, sed ex arbitratu, i. e. praetor in longius quidem actionem extendendi jus habuit, uti ex praedictis patet, sed quam plurimum tamen ipsi libuit eamdem anno, ad exempla suorum temporum, terminare.

MEMBRUM I. SECT. II.

De eo quod fit ipso jure, quatenus facto juris ministri in judicio opponitur.

S U M M A R I A

I. An praetor, qui jus condebat potestatem quoque judicandi habuerit? aff.

2. Contingit quandoque idem effectus praetoris facto judiciali non interveniente, qui ordinarie nonnisi eo accedente oritur.

3. Dicitur fieri ipso jure, quod sic absque praetoris ope perficitur.

4. Quaenam pronominis ratio?

II. Considerantur illa quae fiunt ipso jure, et quae contra leges celebrata, nulla.

2. Declaratur axioma, ut non procedat quoad illum, qui negotium non nulliter, sed valide contrahere voluit.

3. (2.) Quatenus tamen negotium legitimum celebratum, eatenus subsistere.

4. (3.) Ea quae inutilia extiterunt ad unum contractum, possunt tamen inservire producendo alii contractui, si eidem sufficiant. Variis id declaratur exemplis; inter alia illius, qui stipulando interrogatus, num acceptum habere velit, annuit. Et respondetur ad l. 1. §. 2. ff. d. v. o. Cujus occasione disquiritur, an stipulatio seriori animo celebrata idem ac nudum pactum.

5. (4.) Nisi lex expresse negotium contra leges gestum sustinet.

6. Perspectis illis quae nulla, et quatenus nulla probatur eadem ipso jure esse nulla dici, pronominisque prima redditur ratio.

7. Pronominis secunda ratio redditur.

III. Qua ratione in ll. 22. §. 11. c. de jure deliberandi, dicatur, tempora deliberandi de adeunda haereditate concessa esse ipso jure?

IV. Cur nomina ipso jure dicantur divisa?

V. An tutor testamentarius possit dici tutor ipso jure?

VI. An ipso jure prodigo bonorum administratio interdicatur?

VII. Cur l. 1. ff. d. curat. furios. dicatur prodigium et furiosi sana mente sanisque moribus receptis, ipso jure desinere esse in curatorum potestate opus tamen sententia declaratoria?

VIII. Qua ratione l. 3. c. in quibus caus. in integr. restit. necess. non est. dicatur ipso jure non currere praescriptionem contra minorem?

IX. An perduellis ipso jure confiscatione bonorum puniatur?

X. An confiscatio poena incestarum nuptiarum ipso jure contingat?

XI. An vassallus ob felloniam feudo privetur ipso jure?

XII. An quis ipso jure incurrat in poenam legis extat ff. quod metus causa?

XIII. De infamia ipsius juris.

XIV. Casus juris canonici, quibus ipso jure poena dicatur, referuntur.

XV. Examinantur, quae Jeremias Taylor *de poena ipsius juris statuit.*

1 §. 1. Finis juris romani uti cujuscumque alius, est justitiam cuivis merito dispensandi. Quoniam vero humanis destitutum est viribus eamdem sententia declarandi, praetor, extra quod jus sancit, animae huic corpus ministrat. Equidem celebri controversia agitatum, an praetor, quem *sect. praecedenti* jus condentem consideravimus, jus jam constitutum sententia administrandi, uti hodie judices facere conspicimus, jure *ff.* habuerit. *Affirm.* per *l.* 1. *et* 3. *ff. de jurisd.* ubi dicitur jurisdictionem complecti potestatem et licentiam judicem dandi. Ergo non fuit *necessitas*, praetor vero habet jurisdictionem *l.* 16. *et seqq. ff. eod.* Clarum praeterea argumentum puto extare in *l. Barbarius Philippus ff. d. offic. praetor.* Et clarius adhuc ex *l.* 18. *ff. de jurisd.* Imo clarissimum ex *l.* 75. *ff. de judiciis.* ubi praetor legitur *citasse, judicasse et sententiam executus.* Non obstat (1.) *l.* 2. *c. de pedan. judic.* ubi impp. Diocletianus et Maximin. referunt, ante sua tempora praesides in plurimis causis judicare non potuisse, sed notionem delegare obstrictos fuisse pedaneis, ipsi vero jubent, ut praesides notionem imposterum obirent, nec eamdem demandent ulterius, uti hactenus factum, pedaneis. Hanc legem non de praesidibus tantum loquiam contendunt dd. sed et de praetoribus. Venire enim praesidis appellatione et praetores *l.* 2. §. 2. *quis ord. in bon. possess. serv. l.* 11. *de reb. eor. qui sub tut. et l.* 15. *ff. d. jurisd.* Praetorem praeterea quoque appellatum, qui provincias rexerit *l.* 13. §. 1. *ff. de jurisd.* Magistratus vero provinciales quicumque fuerint, praesidis appellatione comprehensos. *l.* 1. *ff. de offic. praesid. respond. d. l.* 2. §. 3. loqui de praetore provinciali, qui praeses pariter appellatur, *d. l.* 13. *et d. l.* 1. De eodem loquitur *d. l.* 11. in *l.* 15. *ff. d. jurisd.* ex necessitate connexionis non temere probat Cujacius *lib.* 7. *obs.* 32. pro *praesidem* legendum *praesentem.* Quod ratiocinium ex *d. l.* 13. *et l.* 1. attinet, inde non aliud sequitur, quam praetorem provincialem non judicandi praedictum fuisse facultate. Loquor vero de praetore *urbis.* Adhaec licet intelligatur *d. l.* 2. de praetore *urbis* tempore *Diocletiani* et *Maximin. impp.* attamen quia *dd. ll.* constat praetorem judicasse tempore Jctorum istorum ex quibus pandectae excerptae, *d. l.* de praetoribus, qui tempora Jctorum istorum usque ad dictos impp. Diocletianum et Maximinianum secuti, accipienda. Idque nostro proposito sufficit, quod tempore dictorum Jctorum praetor quoque judicaverit. Nam plurima loca, de quibus inferius dicemus, *ipsum jus* sic dictum ad illum effectum, quem jus non ipsum, sed opera alterius perficit, apud dictos Jctos occurrunt; et si textus quidam in *cod.* occurrit, uti perspiciemus ex *l.* 22. §. 1. *c. de jure delib. et l.* 5. *et* 4. *c. in quib. caus. restit. in integr. necessar.* istis temporibus idem prodiit, ubi secundum *dict. l.* 2. Praetores iterum judicii munia obire valuerunt. Nec obstat (2.) *l. fin. ff. de offic. praetor.* ubi dicitur, praetorem specialem judicem seipsum dare non posse. Intelligunt hic dd. per specialem judicem pedaneum; verum dd. ll. satis probaverunt, praetorem judicare potuisse; ideoque illud intelligendum eo sensu, ac si Ulpianus dixisset, *praetor se ipsum dare non potest tutorem, neque judicem specialem quia uterque actus imperii est, nemo vero sibi ipsi potest imperare.* Sed diceres, de eo nullum est dubium. *Respond.* sufficere quod lex id dubium aut declaratione dignum judicaverit, v. *l. pen. ff. de recept. qui arbitr.* add. Ant. Fab. *ad d. l. fin. ff. de offic. praetor.* Nec obstat (3.) quod dd. ll. tantum probent, praetorem appellatum fuisse, qui judicaverit, non vero illum praetorem, qui jura fertur condidisse, ista praeditum fuisse potentia. Nam qui jura legitur edixisse appellatur praetor; qui judicavit pariter isto nomine insignitus; conveniunt vero in re, qui in nomine conveniunt, si ratio alia non adversetur, qualis hic nulla. *Diceres*, praetoris appellatio universalis est omnibus aliis magistratibus, uti dd. non obscure probari credunt *ex* §. *j. de division. stipul.* Respond. *d.* §. 2. 2
tantum probare, aedilibus nomen istud commune fuisse; sed omnes fere dd. d. §. verbum *praetoris* tollunt, ipseque *Theophilus.* Juste itaque sub facto juris ministri judiciali praetorem licet intelligere, quia di judicatio causarum actus judicialis est, non extrajudicialis, qualis erat cum praetor edicto jus proponeret. Facit *l.* 58. *ff. de rei vindic.* ubi judicium *factum* appellatur, pluraque loca ex scriptoribus antiquis idem testantia congessit Cujac. *l.* 9. *o.* 27. Nec dici potest, praetorem dum judicat non mereri appellationem *praetoris*, sed *judicis*; leges quippe supra adductae, praecipue *l.* 18. *ff. de jurisd.* nomen praetoris relinquunt actui judiciali implicito. Ergo praetoris nomen non solum qualitatem legislatoriam respexisse, sed et sententionatis convincitur. Ad haec per me diffiteri liceat praetorem, qui judicaverit, non fuisse illum, qui jura legitur condidisse *edicendo*; intelligatur praetor, qui judicavit, et non conditor jurium, quando *frontispicio hujus tract.* dicitur *juris ministrum judicialem praetorem esse.* Et per me quoque liceat dicere; nec praetorem appellatum, qui judicavit; sufficit quod omnis, qui judicat, juris minister actu judiciali sit. Adjungendum solummodo esset verbis *frontispicii*, seu *conspectui* hujus tractatus *juris minister praetor est et judex.* Sed satis ex allatis legibus apparet, praetorem 3
judicii habuisse facultatem. Enim vero licet juri civili praetor corpus subministret, attamen jus civile quandoque producit effectum praetoris isto ministerio non interveniente, qui alias nonnisi ex ipsius opera sequebatur. Eaque ipso jure fieri a ll. partim, partim a dd. dictum fuit. *Et recte quidem, nam quotiescumque quis dicitur idem fecisse, quod alias ipse aut alius alterius ope effectum dare solitus fuerat, et ad hujus interventum ibi non accedentem respicitur, ipse id fecisse dici meretur.* Pronomen quippe istud conveniens est subjectis ubi ab uno respectus ad aliud remotum habetur. Neque alia ratio pronominis istius in 4
l. 66. *ff. d. o. o.* nam cum dicitur, *sed si ipsorum viginti annorum erit non impedietur manumissio*, respectus habetur ad aliud tempus, nempe quo minorennis i. e. ante tempora vigesimi anni completi, quibus majorennitas juvenum in materia libertatis adipiscendae vel amittendae quam plurimum oritur §. 4. *j. qui et ex quibus causis. L.* 7. §. 1. *ff. qui et a quibus manumissi. l.* 1. *ff. quibus ad libertatem. l.* 40. *ff. de liberali causa.* Neque *in l.* 25. *ff. de procuratorib.* ubi procurator eo ipso dicitur fieri suspectus, cum operam

suam ingerit invito. Nam ad alios modos, quibus quis suspectus evadit, et qui circa *d. l.* 25. circum jacent explicati, jure consultus respexit. Quasi diceret, non inquirenda est alia causa suspicionis, sed hoc ipsum tale est, quod operam suam ingerat. Neque *in l.* 8. *ff. de his qui. not. infam.* nam Jctus dicendo, ipsa die illum posse lugubria deponere, respexit ad alium diem, scil. ad sequentem aut ulteriorem. Neque apud Tacitum *l.* 4. *c.* 40. ubi Tiberius sic respondet Sejano: *ipse quid intra animum volutaverim, quibus ad haec necessitudinibus immiscere te mihi parem omittam ad praesens referre.* Nam respicit imperator ad ea, quae alius, sc. Sejanus, de necessitudinibus imperialibus mente conceperat. Quae exempla proponere lubuit, quo dilucidaretur pluribus respectus iste ab uno ad aliud, multis in locis juris civilis aut scriptorum pari obscuritate occursurus.

§. II. Progredimur ad casus istos, quibus *ipso jure* obvenit quod alias judiciali *praetoris opera* efficiebatur. Et primi considerabuntur ex materia nullitatis contractuum. Pro hac generaliter scieudum, quod contractus nullus sit, ubi non omnia ista requisita concurrerunt, quae leges ad substantiam negotii obligaturi ordinaverant, *l.* 5. *pr. c. de legibus.* Nec obstat, quod ubi fidejusserit mulier, actio ex stipulatu exceptione scti infirmetur; quae vero exceptione infringuntur, oporteat ut eadem antea substiterint; nam exceptio *per l.* 2. *pr. ff. d. except.* praesupponit validam actionem quam repellat. *respond.* Falsum esse, quod exceptio semper contractus validi praesupponat actionem, licet dd. communiter contrarium sentiant. Quod refutat *l.* 3. *ff. de except.* de qua *membr.* 2. *sect.* 1. plura. Contractu ita nullo existente, habetur, ac si nunquam quid gestum, sed qui tradidit tradita potest vindicare, et qui se obligavit quo quid acciperet, non potest conveniri, ad id praestandum. Praestare quippe tenentur qui sunt obligati; oportet vero ut sint liberi, qui nunquam obstricti. Tales vero sunt, qui negotium nulliter agitaverant. Porro si super re alienari expresse prohibita contractus celebratus et duplae stipulatio in casum evictionis adjecta, puto mox rem istam posse vindicari, mox ab emptore repeti posse pretium, licet sciverit rei conditionem; quod alias secus esset, si contractus validus. Nam sciens rem alienam, attamen non expresse alienari prohibitam, pretium non repetit re evicta. Et re nondum evicta ad pretium agi nequit ab emptore adversus venditorem, sed expectandus eventus evictionis *vid. l.* 3. §. *fin. cap. comm. de legatis et l.* 5. *ibi sed et si quid fuerit subsecutum. c. de legibus.* Nec est quod ex *l.* 27. *c. de evictionibus.* objicias, illum qui rem, quam sciverat alienam et de quo admonens venditorem, stipulatus fuit de pretio in casum evictionis restituendo, id sibi conservet, quod perditum iret, si sibi stipulando non prospiceret *Respond. in d. l.* negotium non fuisse nulliter celebratum. Nam constat ex *l.* 25. *ff de contrah. emptio.* super re aliena valide contrahi quoad titulum, licet non quoad translationem dominii. Modo scilicet, quod incidenter monere licebat, alienatio seu contractus expresse non prohibitus. Si enim praesumpta prohibitio sufficeret *d. l.* 25. nunquam scripta fuisset. Ad haec repeti pretium eveniente evictione posset, licet actio empti non parta. Ex pacto enim traditioni pretii adjecto datur condictio. Ulterius si quis rem emerit b. f. a furioso, contractus quoniam nullus est, unius deficiente consensu, contractus substantia nec valebit, quod evictionis nomine alter stipulatur, nec accessiones ad ipsum pertinebunt, nec publicianae locus erit contra furiosum: contra extraneum (idque non ex subsistentia contractus, quippe qui nullus, sed utilitatis causa uti d. l. dicitur) tamen *l.* 2. §. 16. *ff. pro emptore vid.* Robertus. 2. *relect.* 10. *et* 2. *animadvers.* 27. *acriter contra Cujacium ad d. l.* 2. *quoad publicianae competentiam disputans.* Quae cuncta diversa essent, si contractus valide celebratus. Verum declaratione indiget axioma, *quod contra leges gestum est inutile.* scil. (1) quoad illum qui causam dedit nullitati, aliud si unus contrahentium rem serio gerere voluit, aut nihil tale committere, quod nullitatem parit. Sic qui rem sacram ignarus emit habet actionem empti ad interesse contra venditorem §. *fin. j. de empt. et vendit.* Sic qui nescius contractum fore nullum, stipulatus in casum evictionis ad duplum, agit in tantum evictione contingente, cum si *nullus esset* contractus, ad simplum ipsi competeret vel rei vindicatio, pecunia existente, vel quando pro existente habetur e. g. quando dolose commixta cum propriis; condictio sine causa, cum non exiat extra prohibitum factum accipientis *vid. l.* 3. §. *fin. in fin. cap. communia de legat.* Praeterea quando venditor scivit domum esse combustam, emptor nescivit, tenentur huic ad id quod interest *l.* 27. §. 1. *ff. de contrah. empt.* Sic ulterius si venditor ignoravit, domum esse combustam, emptor autem scivit, hic si pretium dedit, donasse id habendus. Cum enim sciat emptor venditorem nescire domum exustam, non potest putare eumdem jocandi animi pretium susceptarum. Ergo si nihilominus dat, non aliud quam donationis exinde argumentum *vid. l.* 57. §. 2. *ff. d. contrah. empt.* (2) Quatenus negotium secundum requisita juris conditum subsistit, nec utile per inutile vitiatur. Unde donatio ultra 500. sol. non insinuata, quoad 500. solid. excedit corruit, quoad 500. vero valet, quia eatenus absque insinuatione recte collata *l.* 34. *c. de donat.* et immodica donatio a liberis quoad legitimam saltem revocatur, quoad residua donatio subsistit *l.* 2. 4. 5. 7. *c. de inofficis. donat. vid.* Cujacius *lib.* 5. *obs.* 14. *et omnino* Donell. *lib.* 19. *cap.* 21. *l.* Aliud exemplum est *in l.* 1. §. 4. *ff. d. v. o.* ubi si interrogatus stipulando an centum habere velit, respondeat octuaginta se velle, non in centum quidem habet actionem, quia ibi stipulationis alterum requisitum, congrua cum interrogatione responsio, deest; in octuaginta tamen habet, quia eousque interrogatum (nam qui centum dare pollicetur, consensisse certe in acceptionem 80. censendus est) et in tantum quoque responsum. Valida ergo eousque stipulatio. Add. *l.* 33. *ff. mandati.* Aliud exemplum *in l.* 61. *pr. ff. de jure dotium* est, ubi dotis immodicae constitutio a curatore minorennis foeminae fraudulenter facta, in eam proportionem irrita est, quatenus nimia, non quatenus vero minorennis constitutione non laesa. Tertium *in* §. 4. *j. de inutil. stipulat.* ubi si quis sibi et Cajo centum stipulatus fuerit, licet quoad Cajum conventio non subsistat, quia alteri dari nostra nihil interest, attamen quoad quinquaginta valida est. Nam ex isto stipulationis modo dimidia cuique acquiritur, et sibi quisque stipulari potest. Ergo stipulatio eousque

2

2

perfecta. Aliud insigne exemplum *est in l.* 20. *ff. de usuris*, quod cum planum, et explicatio superiorum eidem servitura, explicatione non indiget. Quantum in 47. *pr. ff. de re judicata.* Quintum, si fratrum unus testamento scriptus haeres, quo alter inique exhaeredatus. Non enim totum corruit testamentum, sed pro parte saltem *l.* 15. §. *fin. ff. d. querela inoff. vid.* Donell. *l.* 19. *c.* 10. *lit. a. b.* (3) Ea quae inutilia extiterunt ad unum contractum, valere tamen si requisitis alius cujusdam contractus congruant. Exemplum ministrat ille, qui interrogatus stipulationis solemnitate an acceptum habere velit, non solemniter respondet, sed tantum nutu annuit. Nam licet non acceptilatione, quippe quae perfectam stipulationem requirit, liberetur, exceptione tamen pacti poterit uti. Pacto liberatorio enim sufficit consensus, qui non minus talis est, ubi nutus illum testatur, quam ubi viva vox. Huc pertinet quod *in l.* 8. *pr. ff. d. acceptilat.* dicitur, inutili acceptilationi pactum tamen inesse, nec minus facit, quod subtiliter Paulus *l.* 35. §. *fin. ff. d. v. o.* statuit his verbis, *si in locando, conducendo, emendo, ad interrogationem (sc. stipulaturi) quis non responderit, si tamen consentitur in id, quod responsum est, valet quod actum, quia hi contractus non tam verbis quam consensu confirmantur.* Nec obstat *l.* 1. §. 2. *ff. d. v. o.* ubi dicitur, si quis nutu responderit interroganti animo stipulandi, an decem dare velit, nec civilem, nec naturalem actionem inde nasci. Nam hoc fit, quia jura romana ex pacto non dant actionem, qua adiri potest judex; sed tantum actionem, qua quis se defendit contra adeuntem i. e. exceptionem. Non igitur nudus hic par est aliis contractus requisitis. Ratio autem cur nec naturalem obligationem pareat, cum tamen nutui consensus insit, investigare liceat. Communi dd. opinio credit, id ideo fieri, quia pactum nudum non animo serio, sed ex impetu animi proficiscatur. Ubi vero non compositus est animus, ibi nec ratio. Ea vero quae rationis sunt expertia, non obligant, quia voluntas et judicium discretivum deficiunt; absque consensu seu voluntate vero nec naturam velle, ut quis obligetur. Cuncta ista secus se habere in stipulatione, quippe quae ex animo deliberante et serio. Amplexi sunt illam opinionem antiquorum optimi et tracti in assensum moderni. Verum rectissime admodum insufficiens videtur *Guidoni Pancirolae lib.* 3. *c.* 24. *thesaur. variar. lection. Quia ex nudo pacto actio non producitur, etiamsi deliberate aliquem promisisse constat. Praeterea emptionis venditionis, locationis, mandati et societatis contractus actione destituerentur, si nulla interrogatione praecedente inconsulte promitti constaret.* His subtilissimis rationibus hoc adjungo: si inconsultum quodcumque non stipulando declaratur, sed simplici modo, et exinde obligationem dari naturae repugnat, qui fit, quod nudum pactum producat effectum exceptionis? Nec huc trahi potest. *l. Arrianus* 47. *ff. d. o. et a.* nam jubet proniores esse ad liberandum, sed addito, *si occasionem habeamus.* At enim occasio ne erit, ubi extra deliberatum assensum quis privandus debitore? Hoc vero ex praesupposito isto dd. hic accideret. Nec ipse praeterea nudo donationis pacto vim impertivisset actionis. Ulterius adjicio, falsum esse, quod stipulatio extra impetum animi inconsulti non celebretur. Nam quis non agnoscit, non minus facile aliquem posse prorumpere ad interrogationem, *Mevi, vis ne habere centum*, quam ad oblationem hanc, *Mevi, dabo tibi centum*, postquam animum donandi induit et mori validae promissionis jam assuetus, seu stipulationi. Scrutatur, postmodum *Pancirola* d. l. veram originem valoris stipulationem imbecillitatisque pacti, eamdem in prisca aliqua gravitate Romanorum, qua omnes interrogando auspicati conventiones, deprehendit. Sed ista non sufficiunt ad demonstrandum consensum simplicem, qualis etiam est nutu declaratus, ipsa natura rationis prohiberi ab obligationis validitate. Caeterum licet per stipulationem res non magis seria sit, quam simplici consensu, apparet tamen ex Senecae *lib.* 2. *de beneficiis*, illam rationem Romanos pro defendendo stipulationis usu allegasse. *vid.* Fr. Balduin. *in praefatione ad tit. i. de v. o.* Aliud exemplum ejus, quod gesta pro uno contractu inutilia, alium tamen producant contractum, si ejusdem requisita impleant, extat in §. *fin. i. de mandato.* Hic statuitur in formam locationis cadere, si mandato merces adjuncta, ad mandatum enim invalida erat, quippe quod gratuitum. At quoniam indoli locationis non adversa, illa inita habetur. Caeterum haec quarta declaratio vera est, ubi lex aut gerens negotium nulliter, neluit, ut in alia specie valeret. Nam inita societas, ut penes alterum omne resideat lucrum irrita erat jure digestorum *l.* 8. *fin. ff. pro socio*, quia substantia societatis, et damni et lucri communicatio est *l.* 29. §. *final. ff. pro socio.* At licet jure codicis Justinianus in actionem roboraverit nudum donationis pactum, attamen quoniam ratio quaedam speciali, movit jureconsultum *d.* l. 8. eaque pro justinianea ob receptionem reputanda, nudo quoque pacto ut velamento iniquae societatis vim solitam derogasse censendum. Quod repugnantiam privati spectat, ostenditur ejus effectus in eo qui testamentum condidit, requisitis codicillaribus, clausula codicillari non adjecta. Non voluisse enim censetur testari codicillo, qui scivit illum codicillandi animum jura voluisse declarari, expressa appositione clausulae codicillaris. Illud vero judicium jura elegisse apparet ex *l.* 1. *ff. de codicill.* Quae intelligenda non de casu ubi testator expresse dicit, se nolle, ut valeret testamentum subsidio codicilli. Nam nullum sic dubium, et lex, ubi ratio nulla dubitandi tam manifesto subest, non solet esse solicita. Dicitur vero expresse, *saepissime rescriptum et constitutum est, eum, qui testamentum facere opinatus est, nec voluit quasi codicillo id valere, videri nec codicillos feciss.* Non ergo id de expressae voluntatis casu accipiendum. Probat idem *l.* 41. §. 3. *ff. de vulgar. et pupill. substit. l.* 29. *pr. ff. qui testament. fac. poss. l. fin.* §. 1. *c. de codicill.* Ubi dicitur, testamentum non valere ut codicillus, nisi illud expressum. Ergo si non expressum, i. e. si clausula codicillaris non adjecta, habetur ac si noluisset. (4.) Nisi lex expresse negotium contra leges gestum sustineat, placata scilicet poenis. Talis fuit l. furia testamentaria, quae plus quam mille assium legatum, mortisve causa capere prohibebat, praeter exceptas personas, et adversus eum, qui plus ceperit, quadrupli poenam constituebat. Et ob id lex minus perfecta appellatur ab *Ulpiano tit.* 1. §. 2. Huc trahenda et *l.* 1. §. 4. *ff. de acqu. et amitt. possess.* qua *possessio* rei a marito donatae ad uxorem transire dicitur, quamvis donatio vetita. Citanda quoque in declarationem *l.* 62. *ff. de a. r. d.*

ubi per universitatem dicuntur alienari posse, quae singulatim prohibita transferri. Quintae declarationis loco ex commun. dd. opinione adducendum videtur, modo ille qui nulliter quid celebraverat, uti velit eam modo annullationis; aliud si ex post facto nulla approbaverit. Sed cavendum a doctrinae istius universalitate. Quid si enim leoninam pactus societatem eamdem velit approbare? Quid si acceptilationem celebraus creditor, cognita incongrua responsione debitoris, ex post facto velit, ut non minus debitor liberetur, quam acceptilatione rite celebrata? certe approbationis istius meritum non majus extiturum, quam approbatum; non enim emendatur ista approbatione, quod II. in praecedentibus improbaverant. Tunc declaratio obtineret, si quaereretur, an contractus cum minore absque curatore gestus sit nullus, si major factus eumdem approbaverit? His principiis deprehendi consistere doctrinam ejus quod nullum est. An omnibus modis eidem satisfecerim, defectu temporis comparationem omnium legum incundi, judicare prohibeor. Itaque subjecta eadem esto peritiori. Mihi certe defectus, qualiscumque tandem sit, ignoscendus, cum primum materiam istam universaliter adortus sim. Multa quidem apud *Tuschum* legi de effectu ejus quod nullum est, sed nihil per principia universalia tractatum, et ne unam quidem declarationum ante memoratarum. Decesset profecto industriam ante acti et properantis seculi negligentia doctrinae *ejus quod nullum*. Delibavit eamdem *Vantius*; sed quoniam specialibus defunctus universalis doctrinae honorem posteritati credendus ostentasse. Non quidem bombo Euphoniae resonaturus titulus; equidem materia erit illustris. Doctrina forte non multo amplior erit, quam quae tradita est; sed omnis labor in consequentiis *s. effectibus* inde concludendis occupatus esto. Caeterum quae praedictis modis nulla sunt i. e. quod contra leges aut quae legum loco, v. g. *senatus consulta, principum constitutiones d. l. 5. pr. c. de legibus*, appellantur, *nulla ipso jure*, quando opponuntur illis quae jus nulla reddit, non ipsum sed adhibita insuper opera praetoris rescindentis. Sic si minor dolo inductus ad societatem, dicitur ipso jure munitus. *l.* 16. §. 1. *ff. de minor.* quod declaratur *l.* 5. §. 3. *ff. pro socio*, ubi societas, dolo elicita, ipso jure dicitur esse nullius momenti. Munitus igitur minor *d. l.* 16. ipso jure, quia ipso jure nulla est societas. Ratio autem incidenter tradenda cur talis societas sit. Videtur haec adjecta *d. l.* 5, §. 3. quia bonae fidei contraria sunt fraus et dolus: sed diceres, si bona fides requisitum est contra h. f. sequitur quidem stricti juris non esse requisitum; sed hujus consequentia, quod ibi jus toleraverit dolum. Ita profecto est, nec jus civile excusabile, quia jus demum praetorium stricti contractui succurrit. Sed haec ratio est, cur nulla societas; verum illa, ob quam ipso jure dicatur nulla, haec est, quia opponitur illa nullitas ei, quam jus non ipsum efficit, sed per praetoris factum judiciale, cum scilicet laesum minorem restituit in integrum *d. l.* 16. *pr.* Quando igitur jure consultus *d. l.* §. 1. ait. munitus est minor, ponit effectum pro causa, quae est nullitas ipsius juris. Aliud exemplum est in *l.* 61. *pr. ff. de jure dotium.* Ubi dicitur, si procurator dolose interposuerit auctoritatem constituenti minorenni dotem, ipso jure promissionem nullam esse, quia nulla auctoritas dolo machinante, et 6

hoc quia dolus intervenit contractui h. f. qualis dotis est constitutio §. 29. *j. d. action.* Ratio vero pronominis ex superioribus patet. Postremo, exemplum in *l.* 4. *c. in quibus causis in integr. restitut. necessar. non est* hic dicitur non opus esse restitutione in integrum contra gesta a falso tutore, sed eadem *ipso jure* esse irrita. Ratio nullitatis est, quia falsus curator nullus curator est. Quae igitur nullo curatore accedente gesta, nullius momenti. Effectum vero subjicere nullitatis ipsius juris prae illa, quam praetor sua *restitutione* et *rescissione* producit, supervacuum erit, patente eodem tractatu vulgarium librorum. Caeterum ratio pronominis, quia respexerunt impp. *d. l.* ad irrita, quae non jus ipsum, quod eorumdem annullationem dictitat perficit, sed illam alterius operae delegat. Illud vero jus, quod dictitat annullationem falso curatore gestorum, facto proprio (scilicet *constitutionis*, qua gesta absque curatore nulla dicit) eamdem peregisse dicunt impp. Quod ultimum pluribus declarandi, disquirendum, quodnam sit factum juris civilis seu juris *ipsius* quod oppositum facto ministri. An *sententia* pariter, uti cum praetor seu juris minister actum quo laesus minor annullat? Non certe illud factum, quo quid dicitur fieri ipso jure nullum, *est sententia*; nam sententia non adhibetur ad annullandum, quam ubi quid rescindendum, uti apparet ex restitutione in integrum; rescissio vero praesupponit subsistentia. Talia autem minime sunt, quae contra jus civile gesta *d. l.* 5. Non itaque ipsum jus hic *sententia* operari dici potest. Sed dicendum jus ipsum operatum sequenti respectu. Cum contractus fit nullus jure praetorio, non potest dici ipso jure nullus factus, cum jus praetorium alius opera adhuc ad id utatur, nempe praetoris sententiam pronunciantis. Nam praetoris officium duplex, juris constitutio et jurisdictio. At cum jure civili quid nullum sit, potest dici ipso jure id contingere, quia jus hoc nulla alterius opera id peragit, sed ipsum effectum dat, non quidem per *sententiam* propriam, verum aliis suis propriis viribus, nempe *sanctionis*, qua nulla dicit penitus, quae contra II. celebrata duo enim actus legis istius sunt fingendi, ex qua ipso jure quid provenire dicitur, sa respectus habetur ad jus illud, quod annullationem dictitat, sed eamdem non ipsum sed per alium perficit. Primus sancions annullationem. Secundus annullationem ipsam perficiens plenitudine suae constitutionis, quando sc. respectus habetur, ad aliud jus.

Postremo monendum duxi, ea, quae ipso jure hactenus dicta, nulla esse ideo, quia jus dictitans nullitatem eamdem *ipsum* perficiat, nec ad eam perficiendam insuper utatur opera alterius, uti fit in nullitatibus ad quas operam alterius judicis scil. rescindentis jus insuper requirit, sic quoque fieri dici posse, quia omnia sunt juris civilis effectus. Illa vero quae annullantur rescissione judiciali seu per restitutionem in integr. oriuntur ex jure praetorio. Prius probatur quia nullibi leguntur orta ex jure praetorio, ergo ex jure ordinario eorumdem origo deducenda. Posterius quia expresse, *tit. ff. de restit. in integr.* dicitur eamdem esse a praetore introductam. Quae vero sunt civilis et opponuntur, ut *textus* juri praetorio, ut *explicationi et ampliationi ea praecedenti sectione* probata fuerunt appellari posse *ipsius juris*: Nec obstat, quod extra jus illud quod dictitat annul- 7

landum esse contractum quo minor laesus, ad annullationem factum judicis requiratur. Nam facti istius nulla esset efficacia, nisi jus praetorium vires eidem dedisset. Et hanc pronominis rationem, quoad ea quae ipso jure dicuntur nulla talem puto, qua dd. ll. latores permoti fuerunt, ut dicerent *ipso jure*, ibi fieri nullitatem. Priorem tamen derivationem ideo tractare debui; quo demonstraretur veritas communis opinionis doctorum arbitrantium, praedicta nulla dici ipso jure, habito respectu ad illa, quae nulla fiunt per sententiam operam alterius accedentem. Adeo ut illa quae hactenus nulla ipso jure, locum quoque *prima sectione* mereantur.

§. III Sufficiant praedicta declarationi eorum, quae sunt ipso jure nulla. Considerationi alterum subjiciamus exemplum, ubi mentio fit facti ipsius juris oppositi, facto ejus ministri judiciali, *in l.* 22. §. 11. *c. de jure deliber.* tempora deliberandi de adeunda haereditate concessa esse ipso jure refertur. Pronomine hic significare voluit imperator, ipsum se determinare spatium deliberandi, nec operae alterius judicis scil. seu praetoris judicatis, id reversare. Idque planum. Statim igitur currit ejus praescriptio, non expectata judicis determinatione.

§. IV. In *l. 4. pr. l.* 26. §. 1. *ff. famil. herciscund. l.* 6. *c. h. tit. l.* 26. *c. de pact.* dicitur, nomina ipso jure esse divisa, quando agitur de reliqua haereditate dividenda. Reservanda materia haec videtur *sect.* 2. *membr.* 2. ubi agetur de *eo quod fit ipso jure oppositio facto subditi extrajudiciali.* quale est divisio haereditatis. Verum satis ex *ll. ff. et c. famil. herciscund.* apparet, respexisse jus ad judicialem divisionem seu per judicem faciendam, dum ubique leges de *judice dividente* disponunt. Inserenda itaque huic classi fuit, ubi opponitur ipsum jus facto juris ministri judiciali. Caeterum rationem pronominis dictarum ll. explicare non opus, quia ei interpretandae satis praecedentia opitulatura. Quod effectus nominum ipso jure divisorum attinet, eumdem conspici puto, si cohaeres nomen exegerit, non enim cavere tenebitur de rato, si conjuncta persona, aut si extranea, non laborabit exceptione competentis mandati, si debitum persequi voluerit. Totum enim persequitur proprium, non partem alterius cohaerentem, pars enim divisa, totum est. Alium insignem effectum contingit ostentare occasione *dec.* 344. *p.* 8. *dn. Mev. vice praesidis clarissim.* Statuitur eadem, quod is qui a sua parte implevit transactionem, non possit agere pristina actione contra implere renuentem, si plures haeredes fuerint cum quibus transactio inita. Juris alias approbati, quod qui a sua parte implevit, transactionem, agere possit aut ut impleat alter, aut licet ipsi pristina lite contraeumdem experiri. Contrajudicatum *d. d.* 344. idque ob connexitatem causae; quae sane ratio valet, ejusque ratio, quod reus non possit conveniri, quin innocentes, qui conventa jam praestiterunt, insimul urgendi. Apparet itaque *vice-praesidem* versatum in casu, ubi res post transactionem mansit communis pro indiviso inter cohaeredes. Si igitur lis pristina fuit de nomine, eaque transactione abolita, unius repugnantia pristinae actioni locum aperiet, quia nomina *ipso jure* divisa.

§. V. Si testamento injusto aut alio modo illegitimo liberis dati fuerint tutores, non aliter tutor testamentarius est, quam si judicialiter per factum juris ministri confirmetur, ut videri potest *l.* 3. *et* 6. *totoque tit. ff. de confir. tutor.* Verum si testamento juxto et alio legitimo more datus fuerit tutor, hunc dd. (nam nulla lex sic loquitur), dicunt ipso jure esse tutorem; factum alterius scil. juris ministri in judicio non desiderari, sed perperam et inepte habito respectu; tunc enim quid dicitur fieri *ipso* jure, quoties aliis casibus *idem* per alium fieri jus curaverat, et aliqua adest dubitatio hoc casu non ipso jure id effectum. Nunquam vero jus tutorem legitime datum confirmari per judicem voluit. Sed tutor talis omni perfectione absolutus est, ergo nihil *ipso* jure fieri opus fuit. Et per consequens talis non appellandus, cui jus *ipsum* non opitulatur. Tunc mereretur dici tutor ipso jure, si illegitime datum non indigere confirmatione diceretur, cujus tamen nulla in lege est mentio.

Ex his quae dixi, sequitur responsio ad quaestionem, *num tutor datus in testamento inter liberos, talis evasisse ipso jure dici possit?* Testamentum enim inter liberos non injustum est, ergo nec tutori ejus jure ipso succurritur. Appellatur quidem illud testamentum *l.* 21. §. 1. *c. de testament.* imperfectum; sed juxta adjicitur testamentum illud valere. Quod cum consequentia justi sit, concludere licet, testamentum inter liberos justum posse appellari. Et imperfectum hoc testamentum dictum in *d. l.* habito respectu *ad solemnitates* testamenti ordinarii. Interim in suo genere extitit perfectum.

§. VI. Ad celebrem illam quaestionem tandem pervenio, qua disquiritur, *num ipso jure prodigo bonorum administratio interdicatur?* Seu, *an legi isti prodigo administrationem adimenti* opus sit interdictum judiciale. Illi qui prodigo ipso jure bonorum alienationem adimi statuunt, innituntur (1.) *l.* 18. *ff. qui testam. face. poss.* ubi haec habentur verba: *is cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non potest.* Si lege *dicunt dd.* ergo *jure*, et ubi respectus habetur ad aliud illudq; removetur, quale hic est judicis interdictum, ipso jure dici. (2.) Idemque in *l.* 5. §. 1. *ff. de acquirend. vel amitt. haeredit.* repetitur (3.) *l.* 8. *ff pro emptore*, ubi haec verba: *Si quis cum sciret venditorem pecuniam statim consumpturum, servos ab eo emisset, plerique responderunt, eum nihilominus bonae fidei emptorem esse. Idque verius est quomodo enim male fide emisse videtur, qui a domino emit. Nisi forte et is, qui a furioso et protinus scorto daturo pecuniam, servos emit, non usucapiet.* Idem confirmatur *l.* 12. §. 11. *ff. mandat.* ubi mandati actio denegatur taliter luxurioso assentienti. Ex quibus dd. concludunt ipso jure interdici bonis prodigo, cum dd. ll. effectus interdictionis appareant, licet non appareat a judice eamdem factam. His non obstantibus probo contrariam *l.* 27. *de minor*: ubi agnati non aliter leguntur admitti ad restitutionem in integrum petendam, quam si talis vitae adolescens restituendus sit, ut eidem bonis quoque interdicendum. *Ergo si interdicendum, interdictio ipso jure non facta, sed alius opera necessaria praetoris.* Praeterea si restitutione in integrum damnum resarciendum, sequitur, antea bonorum administrationem adhuc competiisse, cum alias contractus nullus sit, nec restitutionis sed nullitatis remedio, opus foret. Quamquam fatear hic objici posse, agi forte de tali contractu per restitutionem

ubi per universitatem dicuntur alienari posse, quae singulatim prohibita transferri. Quintae declarationis loco ex commun. dd. opinione adducendum videtur, modo ille qui nulliter quid celebraverat, uti velit eam modo annullationis; aliud si ex post facto nulla approbaverit. Sed cavendum a doctrinae istius universalitate. Quid si enim leoninam pactus societatem eamdem velit approbare? Quid si acceptilationem celebrans creditor, cognita incongrua responsione debitoris, ex post facto velit, ut non minus debitor liberetur, quam acceptilatione rite celebrata? certe approbationis istius meritum non majus extiturum, quam approbatum; non enim emendatur ista approbatione, quod ll. in praecedentibus improbaverant. Tunc declaratio obtineret, si quaereretur, an contractus cum minore absque curatore gestus sit nullus, si major factus eamdem approbaverit? His principiis deprehendi consistere doc-
6 trinam ejus quod nullum est. An omnibus modis eidem satisfecerim, defectu temporis comparationem omnium legum ineundi, judicare prohibeor. Itaque subjecta eadem esto peritiori. Mihi certe defectus, qualiscumque tandem sit, ignoscendus, cum primum materiam istam universaliter adortus sim. Multa quidem apud *Tuschum* legi de effectu ejus quod nullum est, sed nihil per principia universalia tractatum, et ne unam quidem declarationum ante memoratarum. Decuisset profecto industriam ante acti et properantis seculi negligentia doctrinae *ejus quod nullum*. Delibavit eamdem *Vantius*; sed quoniam specialibus defunctus universalis doctrinae honorem posteritati credendus ostentasse. Non quidem bombo Euphoniae resonaturus titulus; equidem materia erit illustris. Doctrina forte non multo amplior erit, quam quae tradita est; sed omnis labor in consequentiis *s. effectibus* inde concludendis occupatus esto. Caeterum quae praedictis modis nulla sunt i. e. quod contra leges aut quae legum loco, v. g. *senatus consulta*, *principum constitutiones d. l. 8. pr. c. de legibus*, appellantur, *nulla ipso jure*, quando opponuntur illis quae jus nulla reddit, non ipsum sed adhibita insuper opera praetoris rescindentis. Sic si minor dolo inductus ad societatem, dicitur ipso jure munitus. *l.* 16, §. 1. *ff. de minor.* quod declaratur *l.* 8. §. 3. *ff. pro socio*, ubi societas, dolo elicita, ipso jure dicitur esse nullius momenti, Munitus igitur minor *d. l.* 16. ipso jure, quia ipso jure nulla est societas. Ratio autem incidenter tradenda cur talis societas sit. Videtur haec adjecta *d. l.* 8, §. 3. quia bonae fidei contraria sunt fraus et dolus: sed diceres, si bona fides requisitum est contra h. f. sequitur quidem stricti juris non esse requisitum; sed hujus consequentia, quod ibi jus toleraverit dolum. Ita profecto est, nec jus civile excusabile, quia jus demum praetorium stricti contractui succurrit. Sed haec ratio est, cur nulla societas; verum illa, ob quam ipso jure dicatur nulla, haec est, quia opponitur illa nullitas ei, quam jus non ipsum efficit, sed per praetoris factum judiciale, cum scilicet laesum minorem restituit in integrum *d. l.* 16. *pr.* Quando igitur jure consultus *d. l.* §. 1. ait. munitus est minor, ponit effectum pro causa, quae est nullitas ipsius juris. Aliud exemplum est in *l.* 61. *pr. ff. de jure dotium.* Ubi dicitur, si procurator dolose interposuerit auctoritatem constituenti minorenni dotem, ipso jure promissionem nullam esse, quia nulla auctoritas dolo machinante, et hoc quia dolus intervenit contractui h. f. qualis dotis est constitutio §. 29. *j. d. action.* Ratio vero pronominis ex superioribus patet. Postremo, exemplum in *l. 4. c. in quibus causis in integr. restitut. necessar. non est* hic dicitur non opus esse restitutione in integrum contra gesta a falso tutore, sed eadem *ipso jure* esse irrita. Ratio nullitatis est, quia falsus curator nullus curator est. Quae igitur nullo curatore accedente gesta, nullius momenti. Effectum vero subjicere nullitatis ipsius juris prae illa, quam praetor sua *restitutione* et *rescissione* produxit, supervacuum erit, patente eodem tractatu vulgarium librorum. Caeterum ratio pronominis, quia respexerunt impp. *d. l.* ad irrita, quae non jus ipsum, quod eorumdem annullationem dictitat perficit, sed illam alterius operae delegat. Illud vero jus, quod dictitat annullationem falso curatore gestorum, facto propcio (scilicet *constitutionis*, qua gesta absque curatore nulla dicit) eamdem peregisse dicunt impp. Quod ultimum pluribus declarandi, disquirendum, quodnam sit factum juris civilis seu juris *ipsius* quod oppositum facto ministri. An *sententia* pariter, uti cum praetor seu juris minister actum quo laesus minor annullat? Non certe illud factum, quo quid dicitur fieri ipso jure nullum, *est sententia*; nam sententia non adhibetur ad annullandum, quam ubi quid rescindendum, uti apparet ex restitutione in integrum; rescissio vero praesupponit subsistentia. Talia autem minime sunt, quae contra jus civile gesta *d. l.* 8. Non itaque ipsum jus hic *sententia* operari dici potest. Sed dicendum jus ipsum operatum sequenti respectu. Cum contractus sit nullus jure praetorio, non potest dici ipso jure nullus factus, cum jus praetorium alius opera adhuc ad id utatur, nempe praetoris sententiam pronunciantis. Nam praetoris officium duplex, juris constitutio et jurisdictio. At cum jure civili quid nullum sit, potest dici ipso jure id contingere, quia jus hoc nulla alterius opera id peragit, sed ipsum effectum dat, non quidem per *sententiam* propriam, verum aliis suis propriis viribus, nempe *sanctionis*, qua nulla dicit penitus, quae contra ll. celebrata duo enim actus legis istius sunt fingendi, ex qua ipso jure quid provenire dicitur, sic respectus habetur ad jus illud, quod annullationem dictitat, sed eamdem non ipsum sed per alium perficit. Primus sanciens annullationem. Secundus annullationem ipsam perficiens plenitudine suae constitutionis, quando sc. respectus habetur, ad aliud jus.

Postremo monendum duxi, ea, quae ipso jure hac- 7
tenus dicta, nulla esse ideo, quia jus dictitans nullitatem eamdem *ipsum* perficiat, nec ad eam perficiendam insuper utatur opera alterius, uti fit in nullitatibus ad quas operam alterius judicis scil. rescindentis jus insuper requirit, sic quoque fieri dici posse, quia omnia sunt juris civilis effectus. Illa vero quae annullantur rescissione judiciali seu per restitutionem in integr. oriuntur ex jure praetorio. Prius probatur quia nullibi leguntur orta ex jure praetorio, ergo ex jure ordinario eorumdem origo deducenda. Posterius quia expresse, *tit. ff. de restit. in integr.* dicitur eamdem esse a praetore introductam. Quae vero sunt civilis et opponuntur, ut *textus* juri praetorio, ut *explicationi et ampliationi* ea *praecedenti sectione* probata fuerunt appellari posse *ipsius juris*: Nec obstat, quod extra jus illud quod dictitat annul-

landum esse contractum quo minor laesus, ad annullationem factum judicis requiratur. Nam facti istius nulla esset efficacia, nisi jus praetorium vires eidem dedisset. Et hanc pronominis rationem, quoad ea quae ipso jure dicuntur nulla talem puto, qua dd. ll. latores permoti fuerunt, ut dicerent *ipso jure*, ibi fieri nullitatem. Priorem tamen derivationem ideo tractare debui; quo demonstraretur veritas communis opinionis doctorum arbitrantium, praedicta nulla dici ipso jure, habito respectu ad illa, quae nulla fiunt per sententiam operam alterius accedentem. Adeo ut illa quae hactenus nulla ipso jure, locum quoque *prima sectione* mereantur.

§. III Sufficiant praedicta declarationi eorum, quae sunt ipso jure nulla. Considerationi alterum subjiciamus exemplum, ubi mentio fit facti ipsius juris oppositi, facto ejus ministri judiciali, *in l.* 22. §. 11. *c. de jure deliber.* tempora deliberandi de adeunda haereditate concessa esse ipso jure refertur. Pronomine hic significare voluit imperator, ipsum se determinare spatium deliberandi, nec operae alterius judicis scil. seu praetoris judicatis, id reversare. Idque planum. Statim igitur currit ejus praescriptio, non expectata judicis determinatione.

§. IV. In *l.* 4. *pr. l.* 26. §. 1. *ff. famil. herciscund. l.* 6. *c. h. tit. l.* 26. *c. de pact.* dicitur, nomina ipso jure esse divisa, quando agitur de reliqua haereditate dividenda. Reservanda materia haec videtur *sect.* 2. *membr.* 2. ubi agetur de *eo quod fit ipso jure oppositio facto subditi extrajudiciali*: quale est divisio haereditatis. Verum satis ex *ll. ff. et c. famil. herciscund.* apparet, respexisse jus ad judicialem divisionem seu per judicem faciendam, dum ubique leges de *judice dividente* disponunt. Inserenda itaque huic classi fuit, ubi opponitur ipsum jus facto juris ministri judiciali. Caeterum rationem pronominis dictarum ll. explicare non opus, quia ei interpretandae satis praecedentia opitulatura. Quod effectus nominum ipso jure divisorum attinet, eumdem conspici puto, si cohaeres nomen exegerit, non enim cavere tenebitur de rato, si conjuncta persona, aut si extranea, non laborabit exceptione competentis mandati, si debitum persequi voluerit. Totum enim persequitur proprium, non partem alterius cohaerentem, pars enim divisa, totum est. Alium insignem effectum contingit ostentare occasione *dec.* 344. *p.* 8. *dn. Mev. vice praesidis clarissim.* Statuitur eadem, quod is qui a sua parte implevit transactionem, non possit agere pristina actione contra implere renuentem, si plures haeredes fuerint cum quibus transactio inita. Juris alias approbati, quod qui a sua parte implevit, transactionem, agere possit aut ut impleat alter, aut licet ipsi pristina lite contraeumdem experiri. Contrajudicatum *d. d.* 344. idque ob connexitatem causae; quae sane ratio valet, ejusque ratio, quod reus non possit conveniri, quin innocentes, qui conventa jam praestiterunt, insimul urgendi. Apparet itaque *vice-praesidem* versatum in casu, ubi res post transactionem mansit communis pro indiviso inter cohaeredes. Si igitur lis pristina fuit de nomine, eaque transactione abolita, unius repugnantia pristinae actioni locum aperiet, quia nomina *ipso jure* divisa.

§. V. Si testamento injusto aut alio modo illegitimo liberis dati fuerint tutores, non aliter tutor testamentarius est, quam si judicialiter per factum juris ministri confirmetur, ut videri potest *l.* 3. *et* 6. *totoque tit. ff. de confir. tutor.* Verum si testamento juxto et alio legitimo more datus fuerit tutor, hunc dd. (nam nulla lex sic loquitur), dicunt ipso jure esse tutorem; factum alterius scil. juris ministri in judicio non desiderari, sed perperam et inepte habito respectu; tunc enim quid dicitur fieri *ipso* jure, quoties aliis casibus *idem* per alium fieri jus curaverat, et aliqua adest dubitatio hoc casu non ipso jure id effectum. Nunquam vero jus tutorem legitime datum confirmari per judicem voluit. Sed tutor talis omni perfectione absolutus est, ergo nihil *ipso* jure fieri opus fuit. Et per consequens talis non appellandus, cui jus *ipsum* non opitulatur. Tunc mereretur dici tutor ipso jure, si illegitime datum non indigere confirmatione diceretur, cujus tamen nulla in lege est mentio.

Ex his quae dixi, sequitur responsio ad quaestionem, *num tutor datus in testamento inter liberos, talis evasisse ipso jure dici possit*? Testamentum enim inter liberos non injustum est, ergo nec tutori ejus jure ipso succurritur. Appellatur quidem illud testamentum *l.* 21. §. 1. *c. de testament.* imperfectum; sed juxta adjicitur testamentum illud valere. Quod cum consequentia justi sit, concludere licet, testamentum inter liberos justum posse appellari. Et imperfectum hoc testamentum dictum in *d. l.* habito respectu *ad solemnitates* testamenti ordinarii. Interim in suo genere extitit perfectum.

§. VI. Ad celebrem illam quaestionem tandem pervenio, qua disquiritur, *num ipso jure prodigo bonorum administratio interdicatur*? Seu, *an legi isti prodigo administrationem adimenti* opus sit interdictum judiciale. Illi qui prodigo ipso jure bonorum alienationem adimi statuunt, innituntur (1) *l.* 18. *ff. qui testam. fuce. poss.* ubi haec habentur verba: *is cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non potest.* Si lege *dicunt dd.* ergo *jure*, et ubi respectus habetur ad aliud illudq; removetur, quale hic est judicis interdictum, ipso jure dici. (2.) Idemque in *l.* 5. §. 1. *ff. de acquirend. vel amitt. haeredit.* repetitur (3) *l.* 8. *ff pro emptore*, ubi haec verba: *Si quis cum sciret venditorem pecuniam statim consumpturum, servos ab eo emisset, plerique responderunt, eum nihilominus bonae fidei emptorem esse. Idque verius est quomodo enim male fide emisse videtur, qui a domino emit. Nisi forte et is, qui a furioso et protinus scorto daturo pecuniam, servos emit, non usucapiet.* Idem confirmatur *l.* 12. §. 11. *ff. mandat.* ubi mandati actio denegatur taliter luxurioso assentienti. Ex quibus dd. concludunt ipso jure interdici bonis prodigo, cum dd. ll. effectus interdictionis appareant, licet non appareat a judice eamdem factam. His non obstantibus probo contrariam *l.* 27. *de minor*: ubi agnati non aliter leguntur admitti ad restitutionem in integrum petendam, quam si talis vitae adolescens restituendus sit, ut eidem bonis quoque interdicendum. *Ergo si interdicendum, interdictio ipso jure non facta, sed alius opera necessaria praetoris.* Praeterea si restitutione in integrum damnum resarciendum, sequitur, antea bonorum administrationem adhuc competiisse, cum alias contractus nullus sit, nec restitutionis sed nullitatis remedio, opus foret. Quamquam fatear hic objici posse, agi forte de tali contractu per restitutionem

rescindendo, qui tunc initus, adolescens ubi vitae erat sobrioris, pravitate deinde manifesta tempore affectatae per agnatos restitutionis; sed tam speciales casus in *legibus ff.* non decet subintelligere. Praeterea sententiae nostrae fautores, non minus sententiam nostram probari posse putant notis Horatii versibus *lib. 2. sat. 3.* extantibus.

Interdicto huic adimat jus
Praetor et ad sanos abeant tutela propinquos.

Quod non diffiteor. Caeterum validum puto exemplum Hoplomachi, qui *Valerio Max. lib. 8. c. 6. referente* postulavit, ut patri interdiceretur bonis, idque impetravit. Ex hoc argumentantur dd.; si filius praetoris opem postulavit, sequitur, eamdem necessariam fuisse. Ergo non ipso jure interdictio facta. Verum *diceres*, potuit Hoplomachus petere interdictionem, non quo patri adimeretur facultas alienandi, sed quo interdictionis publicae fama admoneantur cum patre imposterum contracturi. Quid si enim bona fide quis emerit ab eo, cui ipso jure (quod hic fingo, tamquam nihil adhuc ex jure allatum quod demonstraverit *d. l. 18. pr. ff. qui test. fac. poss. et l. 5. §. 1. de acquir. vel amitt. haered.* non sancire, ipso jure interdictionem fieri) interdictum et postea illud alienaverit, nec apud tertium extet, quod bona fide consumptum, quid juvabit ipsum interdictio facta ipso jure? Sed si filius patri judicialiter interdici curaverit, ejus interdictionis fama, quoniam longe lateque vagatur et multos malae fidei reddat emptores, sequitur eosdem evadere perpetuos possessores. At idem non posse dici de versibus *Horatii*, quasi et ibi *Horatius* consulere voluerit agnatis de parando perpetuo possessore per publicam interdictionem. Nam ex connexione dictae *Sat. horatianae* apparere, poetam non agnatis studuisse, sed scandalo evitando publico, orienti nempe ex adspectu luxuriae. Jubere praeterea Horatium, ut praetor ipsi jus adimat, quod incongruum, si jam ipso jure jus alienandi eidem esset ademptum. Verum ad ista respondeo, si ipso jure interdiceret, neque Hoplomachus *apud Valer. Max.* neque *d. l. 27.* dici potuissent petiisse quo bonis inter iceretur, sed dicendi fuissent, *petiisse, quo publicaretur talem esse, cui bonis jam esset interdictum*. Alius locus sententiae nostrae assistens occurrit *l. 3. c. d. restit. in integr.* Ubi praetor pariter interdixisse refertur. Quod inconveniens foret, si ipso jure jam interdictum. Nec minus claram esse puto *legem 15. ff. de curator. furios.* Hanc legem quidam interpretati quasi meretrici bonis interdici jubeat. Verum ratio repugnat. Bonis enim ei interdicitur, qui neque modum neque finem impensarum habet *l. 1. ff. de curat. furios.* Hoc vero prostibulis non convenire, fatebitur, qui nota habet meretricum scumina rerum. Rectius itaque intelligitur de muliere, quae quidem corpus non profanat, alio tamen modo conviviis, ludo, et similibus luxuriose vivit. Sed si eidem interdici possit, quaero an ipsi interdictum. Non certe actum quod restat agendum; *objicis*: declarare Jctus voluit, interdictionem fieri posse, licet non ad adimendam administrationem, quippe quae jam ipso jure (ex praesupposito scilicet, contrariae sententiae dd. *ob l. 18. ff. qui test. fac. poss.* quam jam attingemus) ademptа, sed avertendi emptores, ne jus revocandi alteris bona fides et consumptio reddat inane. Verum quae ratio dubitandi, quaeso, an prodigalitatem intimare liceat, ubi in confesso, ex antagonistarum praesupposito jam ipso jure ademptam bonorum administrationem, et quod, si verum esset ipso jure interdictionem fieri, sententia declaratoria quae retrotraheretur, nihilominus innotesceret. Et iterum hic locus ei, quod supra dictum non quaeri sic potuisse, *an interdici possit*; sed an interdictum publicandum? Nulla alia itaque *d. l. 15.* mens est, quam mulieri interdicto rerum suarum arbitrium adimi posse, idque testatur, idem ipso jure non esse ademptum; licet praeterea nulla lex scripta esset hac de re, attamen ratio suadet, ne aliud jus praesumendum. Nam (1.) si ipso jure alicui bonis interdiceretur, posset quis postquam multa alienavit, magnam restantium bonorum partem abscondere, et postmodum revocare alienata, allegando ex quantitate praesentis substantiae patere, eadem absque modo et fine se alienasse. Hoc vero summa fieret injuria emptori istorum ignaro. Hoc nemini cerebriuum videatur. Nam magis extraordinaria jus timuit *l. 6. ff. de curat. furiosor. Diceres* propriam turpitudinem sic allegare alienata revocantem. *Respondeo* in minore d. regulam fallere, idque planissimam. Is vero, cui bonis interdictum, jure minorum gaudeat *l. 3. c. de restit. in integr.* (2.) Non nisi summa iniquitate statui posset, ipso jure, absque sententia interdictoria prodigo administrationem esse ademptam. Nam si emptor nesciverit, venditorem neque finem, neque modum habere expensarum, iniquitas foret manifesta, vitio hujus favere prae b. f. emptore. Sed praedictae emptoris ignorantiae objicit Douellus *ib. 12. cap. 27. g.* quod contrahens cum minore, contractum nulliter celebraverit, sive sciverit sive ignoraverit, ipsum minorem esse, et non nisi curatore auctore quid agere debere. Sed subtiliter ipsi respondet Hilliger. Jctorum omnium accuratissimus, et Jctorum Germaniae Promouscondus *facilius aetatem explorari, quam interdicendam prodigalitatem*. Imo expresse jure romano prohibitum, ut quis inquirat, quonam venditor pecuniam consumpturus; uti patet ex loco *Ciceronis* quem *Cujacius ad African. tr. ad l. 17. ff. ad sc. Vellej.* adducit. Converto me ad antagonistarum ratiocinia perpendenda. Primum et secundum ejusdem sensus fuere, nempe ex *l. 18. pr. ff. qui testam. fac. poss. et l. 5. §. 1. ff. de acquirend. et amittend. haered. Ubi lege* interdici bonis dicebatur, et licet dicatur in *d. l. 18. Is, cui lege interdicitur testamentum condere nequit, quod tamen interdictione antiquius est, valet*; attamen verba, *interdictione antiquius* interpretanda ex *verbis antecedentibus*, quibus innuitur, de quo interdictionis modo lex loquatur. *Respond.* ex dd. *ll. 27. ff. de minoribus et l. 15. ff. de curat. furios.* interpretandam esse dictam *legem 18. ff. Qui testam. fac. poss. et l. 15. §. 1. ff. de acquirend. haered.* uti habetur interdictionem fieri per judicem. In *d. l. 18. et l. 5.* autem verba, is *cui lege* interdicitur, nihil aliud monent, quam lege dictante et jubente, judicem facultatem interdicendi habere. Quod *l. 5. ff. pro emptore* spectat, fateor contractum nullum ibi dici, qui initus cum luxurioso et pecuniam protinus sortis daturo idque ab effectu probari *l. 12. §. 11. ff. mandati*. Verum an illud proveniat ex eo, quod ipso jure alicui, dum jam transiturus ad prodigalitatis aliquem actum ad-

ministratio bonorum adempta, nego. Nam prodigus juridicus est, qui nec modum nec finem expensarum noscit. Hoc vero non uno actu innotescit. Puto itaque ob specialem vitii enormitatem evenisse, ut *d. l.* 8. *et l.* 12. facultas alienandi adempta fuerit, et quoad reliqua ipsum sui mansisse arbitrii, v. g. quoad convivium laetitiae causa adornandum, quoad splendorem vestitus, donec ipsi postmodum judicialiter interdictum. Adhaec *in d. l.* 8. non expresse dicitur, ibi non agi de illo, cui jam adempta est bonorum administratio, sed generaliter eadem loquitur *si quis luxurioso et protinus scorto daturo*. Nihil hic video, quod dicat bonis ipsi nondum interdictum, sed potius omnia de eo lego hic praedicata, quae prodigum juridicum constituunt. Praemittitur vitium generale verbis *luxurioso* et exacta deinde species *scortatio*, propouitur. Haec quoad argumenta contraria.

Caeterum cum aliquis prodigus declaratus est, sed in sententia administrationis interdictio omissa, quaerunt dd. an ipso jure seu jure sententiae prodigum declarantis eidem quoque interdictio facta, an vero aliud quid extra jus sententiae prodigum declarantis requiratur, sc. expressa mentio interdictionis sententiae inserta? *Respondent* dd. interdictionem ipso jure sententiae prodigalitatem declarantis factam, nec opus expressione. Certum est quantum mihi circumspicere contingit, quod nullibi jura dicant, *non potest contrahere, quia prodigus declaratus*, sed ubique *si bonis ipsi interdictum est*, adjungitur. Attamen quoniam declaratae prodigalitatis, in jure non alius reperitur effectus, quam interdictio administrationis rerum suarum, juste dici potest sententiam *interdictionis* continuisse *mentem*, et quoniam aliud quid a viribus nudae prodigalitatem declarantis sententiae removetur, i. e. expressa mentio, recte *ipso jure* dici poterit bonis interdictum, qui prodigus declaratus, ipso jure scil. sententiae declarantis. Imo ipso jure dispositionis istius, quae illum prodigum declarare jubet, qui neque finem neque modum expensarum noscit. Haec est *l.* 1. *ff. de curat. furios.* Nec ista diversa. Nam idem praedicari potest de viribus sententiae, quod praedicari poterat de viribus juris istius quod fecit, quo sententia dictitaret.

§. VII. Succedit *l.* 1. *ff. de curat. furios.* ubi dicitur: *si prodigus aut furiosus ad sanam mentem reversi, ipso jure administrationem eosdem recipere.* Sed quae hic ratio pronominis? Dicunt dd. quia eo modo, quo quid colligatum erat, dissolvendum *l.* 35. *ff. d. r. j.* Idem intervenire debuisse in restitutione administrationis, (nempe interdicto aboleudo praetorem intervenire debere), ut accesserat ejusdem constitutioni. Jus vero ipsum contra *d. l.* 35. interdictum solvisse momento frugis melioris, quod antea per ministrum suum pronunciari curaverat. Illudque jus facta remotione alterius cujusdam subsidii, sententiae sc. relaxantis pronomen istud *d. l.* 1. obtinuisse. Verum monuit jam *Cujacius ad l.* 35. eamdem non esse universalem, sed in casibus jure expressis applicabilem. Alias enim verbis contracta obligatio dissolvi non posset solutione; nec testamentarius tutor aboleri pubertate; nec dativus, nisi magistratus interventu. Ne vero exempli loco alleges consensus contractam obligationem novationem tollere non potuisse; novationi enim inest pariter consensus; nec impedit licet idem formatior. Interim dicitur in *d. l.* 35. *nihil tam naturale esse, quam eo modo quid dissolvere, quo colligatum*, quae verba non modo testantur modi istius *praestantiam;* sed et prodere volunt modi istius *rationem*, cur sc. justum sit, ut idem solvat praecedentem obligationem. Utrumque obscure, mens tamen haec est: naturae rationali congruit, ut quid, decedente eo, quod quondam praebuerat *esse rei*, desinat. Sed *necessitas* quoque modi istius innui videtur *l.* 46. *ff. de acquirend. vel amit. poss.* ibi haec verba. *Quamvis saltus proposito possidendi alius fuerit ingressus, tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret. Ut enim eodem modo vinculum, obligationum solvitur, quo quaeri assolet, ita non* debet *ignoranti tolli possessio, quae solo animo tenetur.* Quae verba si quis recte intuitus fuerit, fatebitur, non necessitatem tantum modi istius illis statui, sed necessitatem universalem i. e. ut quaevis dissolutio constituti isto modo peragatur, seu ut omnia eo modo dissolvantur, quo constituta; et postmodum subjungit, non aliter itaque *debere* alterum possessione privari, ac eamdem adeptus. Fateor universalitatem deficere, quoad casus praedictos sc. quoad tutorem testamentarium dativum, adventu pubertatis desinentem, etc. attamen isti casus exceptiones sunt, et pro regula manet, quod universaliter dictum, tale est in *d. l.* 46. Enim vero *respondeo* ad object. *d. l.* 46. hoc modo. Licet ex verbis *d. l.* 46 apparet modi istius necessitatem Papinianum statuisse, quia ratio eamdem suadeat; attamen quoniam non expresse dicitur verbis *d. l.* 46. modum istum dissolutionis necessarium esse *ut formale* seu, *ut solemne quid*, formalitas ista non praesumenda. Formalitas enim licet non irrationabilibus impugnet rationem, attamen cursum rationis *nudae* coercet. Hoc vero nemini nisi juri licet; quod nisi expressum, pro nuda ratione praesumendum. Quamnam vero rationem Papinianus respexerit, superius prodidi. Quoniam itaque ob rationem, eodem modo quid dissolvendum, quo constitutum, dispicere licet, an pariter aliqua dictitet ratio, ut prodigus administrandi jus recipiat, interveniente praetore, cum eodem modo eamdem amiserat. Ratio hoc videtur dictare, ut quemadmodum praetoris scrutinio opus fuerat ad noscendum, num neque modum neque finem quis nosceret expendendo, ita quoque eadem disquisitio cognoscat statum melioratum. Sed licet id necessarium, attamen jus ipsum inquisitionem istam obiisse, eo momento, quo sanior mens reversa, ut corporeum quid de re inanimata et ente rationis (nec injuria juri romano infertur, cum factum ipsius *ens rationis* appellatur. Ens enim rationis hic *aliquid* est, scilicet doctrina sua) praedicari nequit. Caeterum ratio pronominis haec videtur. Dixerat Ulpianus *d. l.* 1. *ff. d. curat. furios.* Praetores solere ubi talem hominem inveniunt, qui neque finem neque modum expensarum novit, curatorem ei dare. Cum itaque legem per alium seu per ministrum suum prodigum et furiosum alterius potestati subjicere dictum, praesumebat Ulpianus, posse videri et tunc jus, ut inanimatum quid, opera alterius usurum, ubi agitur de personis curatorum potestati eximendis; verum declarat; sine dubio propensione juris erga furiosi aut prodigi meliorati commoda privata, et cura in emolumenta publica, jus ipsum eos-

dem suae potestati restituere, idque ob remotionem operae praetoris, qui ut dixerat, intervenire solitus cum potestati committerentur. Sed *objicis*, operam istam, qua quis suae potestati restituitur, quid corporeum esse, quod, ut antea allatum de jure tanquam re inanimata praedicari nequit. *Respondeo* illam restitutionem suae potestatis, quae jure ipso dicitur fieri, non esse operam, seu quid corporeum. Fit enim juris dictamine, quod mere rationale est; et licet pronunciatio istius juris cum sanctum, corporale quid esset, eadem tamen de juris tenore neutiquam participat. Caeterum licet ipsum jus potestatem restituat administrandi, opus tamen est quandoque sententia declaratoria, sanam mentem isto contractus momento rediisse. Et si apparet non rediisse tum temporis cum contraheretur, cedet id damno illius, qui fidem habuit prodigo aut furioso ante experimentum proprium aut judiciale. Prius est, si quis contracturus cum prodigo aut furioso compertus fuerit, ipsum multa negotia iterum sobrie gessisse, licet praesenti contracto opitulatus iterum luxuriae, id contrahenti non nocebit. *Modo praecedentia talia fuerint, quae luxuriae committendae opportuna fuerant.* Qualia non, si pretium rerum aut res ipsas aliquoties necessariis vitae usibus impenderit. Ultimum sententia declaratoria; sed ista sententia non est requisitum substantiale receptae administrationis. Eamdem tamen necessariam (non tamen, ut requisitum substantiale recuperandae administrationis) puto, si curator aut propinqui aut magistratus ipse, dubium de melioratione moveant, et ut aliis quoque dubium adimatur, qui cum ipso contracturi; adeo ut necessaria sit non ad jus administrationis reparandum, quam ad juris istius exercitium.

§ VIII. *L.* 3. *c. in quibus caus. in integr. rest. necessaria non est*, dicitur, ipso jure non currere praescriptiones contra minores, ideoque non opus esse restitutione. Ratio pronominis ibi non alia, quam quod dicatur jus illud, quod alias per alium, ministrum suum scilicet praetorem restituentem, minori laeso succurit, in materia praescriptionis id non per alium faciat, sed ipsum illius curam agat. Non vero eodem modo quo praetor, scilicet per restitutionem; sed sola sua dispositione *contra minores praescriptiones non currere.* Non opus itaque est majorenni invigilare fatalibus quadriennii, nec ex aliis, quibus restituendi sunt subjecti, impedimentum. Quod realia istius legis attinet, eadem nostrum propositum non obstringunt, quippe cui saltem incumbit, an ipso jure praescriptio non currat, et quisnam ipsius juris hic sit effectus. Verum qui ista evoluta cernere cupit, illum ablego *ad Suliceti commentarium, ubi permultas* rationes dubitandi et decidendi, nec non per excerpta inde notabilia celebrem legem videbit discussam.

§. IX. Peracta civilium doctrina, expatiandum in loca poenalium, tractatione ubique horrescentia. Principium a crimine perduellionis esto. Hoc, quoad confiscationem bonorum communi dd. sententia, *ipso jure* creditur puniri, quia non per alium id est, per judicem sententiantem, uti alias fit, *l.* 1. *pr. ff. de bonis damnat.* jus id in hoc casu effectum dat, sed *ipsum* idem extra operam judicis molitur. Probant id verbis *l. fin. pr. c. ad l. juliam majestat.* ibi, *ut convicto mortuo memoria ejus damnetur, et ejus bona successoribus ejus eripiantur. Nam ex quo sceleratissimum consilium quis cepit, quodammodo sua mente punitus est. Sed et divi Severus et Antoninus constituerunt, ex quo quis tale crimen contraxit, neque alienare, neque manumittere eum posse. Nec ei solvere jure debitorem magnus etiam Antoninus rescripsit.* Has dispositiones ex dicta ratione, *quodammodo sua mente punitus est*, derivant. Godofredus verba, *sua mente punitus*, interpretatur quasi, *sua mente privatus.* Adeo ut sensisse videatur, translata revocari ab emptoribus et ab haeredibus, quod in furore translatio peracta, cui opinioni succurrit quod in *l. praeced. d. tit.* perduellio, *furor* appelletur. Verum nemo opinionem colat istam, moneo; nam sequeretur, quod bona auferenda non veniant haeredibus ab intestato, quibus substantia furiosi semper defertur, non quidem ex mente mortis tempore existente, quippe quae nulla, sed quae erat tempore furorem antecedente. Attamen et his haeredibus bona auferuntur, uti sanctum *l.* 5. §. 1. *c. ad l. juliam majestat.* et diminutis aliorum criminum suppliciis, *in nov.* 134. *cap.* 13. *in fin.* confirmatum. Neque securior est opinio statuentium, verba, *sua mente*, intimare, suae conscientiae sententia, seu sententia quam unicuique conscientia delicti et juris dictitat, esse damnatum perduellem: omnes namque delictum aliquod parturientes ista conscientia agitantur, adeo ut non probabile Marcianum jurisconsultum *in d. l. fin.* ratione universali usum in crimine particulari, quia ipsi notum erat illam, in reliquis deficere, quippe quorum poenam non a tempore sceleris perpetrati, sed condemnati sciverat ordini. Legi aliquando apud virum jurisprudentia fundamentali excellentissimum, quod praesenti dignum reprehensione; *negat enim quemlibet delinquentem istam sibi prononciare sententiam, sed omnes sperare, se morte supplicium et confiscationem praeventuros. Aliud in perduelle, cum sciret et in demortui scelus inquiri ad damnandam memoriam, ablationemque bonorum.* Verum illa penitus cerebrina cuique videbuntur; nam cui delinquenti conscientia non dictitat poenam delicti quod obit, et quaenam conscientia a sententia ista abstinet, licet sciat post mortem judicii periculum finitum fore? me fuit enim ipso etiam vivente ejus notitiam percrebrescere posse. Nec universale, ut conscientia cujusvis perduellis metu subeundi post mortem judicii angatur. Quid enim, si unquam emersurum speravit facinus perduellionis, quod ad mortem usque notitiam fefellit. Omnes sane ab initio id sperare necesse, quia alias famae propriae suaeque domus studio a tanto crimine alieni. Non vero d. *doctori* objici potest, quod facinus tale intra animum volvens de judicio post mortem instituendo cogitare non potuerit, cum ista cogitasse dici non possit, quae legislator *d. l. ultima* primum introduxit; nam conditores *d. l. fin.* inquisitione post mortem perduellis permittendo, non temere arbitrari potuerunt, tantum scelus concipientem esse cogitaturum quid post fata sua secuturum. Dummodo itaque condemnatione propria quid *i sius juris* factum dici mereretur, cogitatio ista non defutura, sed vero ut monui non praesumendum ex ratione universali quid actum in casu particulari. Adhaec posito, legislatorem attendisse condemnationem internam perduellis; attamen non ipso jure id provenire, quod sancivit, loquendum. Cum aliud sit factum ipsius juris, aliud se ipsum damnantis. Caeterum qualiacumque ista sint, conferam me ad tradendum verum

d. l. ultimae sensum: puto per verba ista, *nam ex quo sceleratissimum quis consilium cepit, exinde quodammodo sua mente punitus est.* Marcianum non aliud intellexisse, quam sola delicti conscientia, solo assensu qui praestitus animo inclinanti in perduellionem, nec poenitentia correcto, poenam perduellionis quoad memoriae damnationem et confiscationem promereri, (ut de facinore concepto coram uno aut altero gloriatus fuerit, non requiritur ad substantiam complementi delicti, uti vulgo creditur, sed ad probationem, quia solam conscientiam seu mentem *d. l.* punit. Hinc et si facinoris summa chartae mandata, et certum ipsum nunquam poenituisse, punietur) confirmat hunc sensum graeca basilicorum constitutio. *legis. ult.* per omnes §. parallela. Inserta haec, uti per Cujacium latinitate donata, *dicto tit. c. ad l. jul. majestat:* ordine sexta est, et sic sonat: *nam ex eo tempore, quo hanc cogitationem subit, propter cogitationem dignus est poena.* Diceres basilica nullam habere auctoritatem declarandi codicem, quod ejus leges non essent exceptae scriptis ex amplioribus, uti pandectae, sed originalia esse verba rescriptorum imperialium. *Respond.* Certe objectionem istam, quoad leges ex rescriptis impp. consistentes magnae esse considerationis; at *d. leg. ult.* non est rescriptum commentario jure consulti Marciani involutum. Unde fit ut basilicorum ista constitutio non minus ad declarationem adhibenda, quam ubi de dilucidanda quadam pandectarum lege agitur. Causam vero, cur codicis huic titulo contra morem juris consulti scripta inserta, *Cujacius in paratit: d. l.* reddit, quod in pandectis omissa, codice postmodum inserta fuerint a Triboniano. Sed obstat *Cujacio*, quod Tribonianus nulla ratione coactus fuerit extra morem Jctum indere codici, aut in aliis codicis legibus tractata. Nam quae in principio *d. ult.* eadem jam *in l. 15. pr. ff. qui et a quib. manumis. et l. ult. ff. ad l. juli. majest. et l. 20. de accus.* conspiciuntur. Sed haec saltem probant legem istam a Triboniano codici non fuisse inserendam, sed non testantur, legem istam non fuisse insertam. Et hujus argumentum certissimum quod in basilicis eadem reperiatur, paulo aliis sensu tamen ubique verbisque eodem, uti basilicorum mos est. Ea enim verborum diversitas testatur *legem illam ult.* non ex basilicis in codicem justinianeum forte irrepsisse, sed per Tribonianum immixtam. Quicquid enim in basilicis extat simile sensui illorum quae in corpore juris latino exhibita, non ut propria basilicorum consideranda, sed ut translata tantum in linguam graecam ex textu latino originario. Praedicta quoad sensum legis genuinum; sed vero discutiendum, an ipso jure fiat, ut statim post conceptum delictum illa accidant delinquenti, quae alias nonnisi damnationis consequentia sunt? Dices, ipso jure ea ideo non fieri, quia in *d. l. ultim. pr.* verba habentur, *mortuo convicto* i. e. processum post mortem delinquentis moto et subsecuta in mortuum condemnatione. At facile apparet, quoniam effectus alias sententiae in hoc crimine statim post delictum *in d. l. ult.* dicuntur emergere, sententiam *declaratoriam* Marcianum intellexisse, quae declarat saltem tale delictum aliquando peractum, quod statim ante judicialem sententiam plectitur. Quaerendum itaque, an ipso jure fiat, quod concepto etiam delicto poena immineat. Illi qui dicunt *sententiam legis* praecessisse, ubi illa momento delicti commissi oriuntur, quae alias sententia demum prodibant, de casu praesenti idem affirmaturi; sed ex *d. l. 15. pr. qui et a quib. manumiss.* clare perspicitur, id non damnatione fieri in hoc crimine, sed extra damnationis modum. Dicitur enim *d. l. prius conscientia* quam *damnatione ipsum* punitum, quo certe sermonis genere lex non usa fuisset, *si legis damnatione* praedicti effectus suscitati. Interim recte quis loquitur, praedictos effectus oriri ipso jure, licet hoc non per sententiam suam id efficiat, sed habito respectu ad id, quod sc. istos effectus jus in caeteris criminibus non ipsum, sed per alium, per judicem, producat. Nam semper regula in principio tradita hic applicanda: *quotiescumque quis facit, quod plerumque per alium fieri curaverat, id ipse fecisse dicitur.* Per judicem vero jus plerumque confiscationem fieri curavit; cum igitur eadem extra judicis interventionem legatur evenire, dicendum ipso jure id contingere, sc. non per sententiam sed per constitutionem, jus id hoc casu ipsum non per alium peragit, non tamen eodem, ac alius *modo.* Jus per constitutionem, judex vero per sententiam. Antequam a materia hactenus discussa divertam, monendum tribunum plebis eo ipso se dignitate sua exuere, cum officio suo et populi salute aliena meditatus dici a Tiberio Graceo apud *Plutarchum in vita.* Idem *Grot. notis ad §. 11. c. 4. l. de jure b. et p.* factum ipso jure arbitratus; sed poenam ipso jure ullam oriri, si lex expressa taceat, nego; adeo ut rata omnia ab ipso gesta usque ad sententiam, definitivam. Alias, si ob agnatum homini dedecus oriretur poena; eunctorum delictorum poena esset ipsius juris, id quod indoli juris romani adversum. Graecus igitur *d. l.* melior moralista ac juris peritus civilis, i. e. rationi conforme ut poena mox oriatur, sed lex rigorem suum non eousque extendit.

§. X. Communis quoque opinio sancivit, poenam incestarum nuptiarum *in nov. 12. c. 1.* descriptam, effectum ipsius juris esse, an recte, considerandum. Ait imperator *d. c. 1.* Quod qui incestas nuptias contraxerit, ei rerum suarum casus *mox* immineat. Multis persuasere haec verba, *mox imminere*, iudicare confiscationem ipso jure decretam. Sed valde interpretationi isti obstat, quod *l. 6. c. de incest. nuptiis* statuatur, qui se fuoestaverit incestis nuptiis, eum quamdiu vixerit posse retinere bona sua, sed post mortem, si legitimi liberi non adfuerint, eadem fisco vindicari. Hoc jus antiquum verbaque memorata d. novellae qui adspexerit, fatebitur, non frivolam esse conjecturam, si dicatur *d. novellam* sancire voluisse, non amplius ad vitam bonis suis incestuosum frui debere, sed mox iisdem exuendum. Verum exinde non concludendum, imperatorem sententiae quoque declaratoriae necessitatem abrogare voluisse; extensio enim novae legis stricte, et ne dilucidandae causae praejudicet, interpretanda. Caeterum confiscationem bonorum incipere mox a die contracti incestus, idque fieri extra damnationem, videri praeterea posset exinde, quod in *d. cap. 1.* haec concurrunt verba: *sciat rerum suarum casum mox imminere. Simul autem et eorum quae nomine dotis data in nullo patiatur.* Hic verba *simul et eorum*, innuunt, eadem tempora esse confiscationis bonorum, qui confiscandae dotis. Dos vero mox a die incestus absque sententia fit caduca, fiscoque vindica-

tur, uti concludere licet *ex* §. 12. *j. d. nuptiis l* 52. *ff d. ritu. nuptiarum ex l.* 4. *c. de incestis nuptiis.* Fateor argumentationem illam non mediocriter fulcire sententiam communem. Indubia itaque est *decisio*, quod uti simili tempore dos et bona confiscationi subjiciantur, ita simili quoque modo. Ponamus vero idem confiscationis dotis ac bonorum esse factum. Quaeritur an id ipso jure fieri dici possit? *Affirm.* si scil. habeatur respectus ad confiscationem, quam non ipsum sed per operam alterius, judicis sc. condemnationem, infert.

§. XI. Clara inter feudistas est quaestio, num vassallus ob felloniam feudo privetur *ipso jure*, an postquam sententia crimen declaratum. Satis rem decisam arbitrantur, *per pr. tit.* 21. *lib.* 1. *feud. et tit.* 22. *cap. sancimus ult. eod.* nec non *tit.* 24. §. 2. *lib.* 2. *feud.* qui textus consonanter perhibent, non citius vassallum privandum possessione feudi, quam culpa judicio parium convicta. Illustrari textus istos putant *d. pr. tit.* 21. *lib.* 1. *feud.* Ubi *condictio causa data* etc. statuitur domino acturo contra militem i. e. vassallum condictio vero actio personalis est. *p.* §. 15. *i. d. action.* si autem ipso jure feudo excidisset, rei vindicationem competiisse. Sed nullius momenti puto illud argumentum, cum falsum, quod ipsius juris facti iste sit effectus, ut uni auferat possessionem, atque eamdem absque apprehensione adjudicet. Nam *l.* 15. *pr. ff. qui et a quibus manum. liber.* clare dicitur, reum laesae majestatis *dominum* rerum suarum manere usque ad condemnationem judicialem. Certum vero *l. ult. c. ad l. jul. majest.* et ex *d. l.* 15. quod poena criminis a tempore, quo idem commissum, oriatur quoad bona. Et nisi dominus maneret, non video, quo jure fructus posset percipere, quos sententia declaratoria deinde a judice pronunciata, princeps sibi asserit; forent enim pro derelicto habendi et unicuique occupanti cessurae. Si igitur vassallus dominus mansurus, declarando nempe jus feudale ex jure civili, rei vindicatio domino directo competere non poterat. Et quia competit actio ex delicto i. e. personalis, cum ipso jure poena oritur tributa *condictione causa data* pro vassallo nil concludendum. Sed mihi obstat, dum *d. l.* 15. dicatur, reum *ante* damnationem, perseverare dominum esse, tacite innuatur, sententia *subsecuta* dominium transire ipso jure. Ergo agendum domino rei vindicatione, si ipso jure felloniа plecteretur, cum tamen actio personalis *d. textu* ipsi tribuatur. *Respond.* Eadem ratione, qua dominus non evasit princeps ante damnationem, eadem nec post ipsam talem evadere posse. Nam deficiente apprehensione rei prohibetur dominus evadere ante sententiam; ergo nec talis absque ea post sententiam et quae actio competat, dispiciendum ante judicium motum; quae si personalis, ex qualitate seperveniente, post sententiam neutiquam alterius indolis aestimanda. Licet praeterea ponamus ipsum jus non nudo facto sed per sententiam operari, quod tamen aliter se habere probatum supra ex *l.* 15. *pr. ff. qui et a quibus manumiss. et infra sectio*: 2. *membro* 2. pluribus apparebit, attamen non ista rei judicatae sequela est, si tria judicia mixta exceperis *per* §. *fin. j. d offic. judic.* ut dominium transeat, absque occupata possessione, semel voluntate alterius translata. Talis est possessio feudi, quae voluntate domini translata. Ergo rei vindicatio non competit, quippe quae habitam nec unquam traditam praesupponit possessionem. Agere itaque deberet contra recusantem abdicationem possessionis aut actione rei judicatae, aut pristina, qua judicium exorsus. Enim vero si alicui forte veniret in mentem *d. pr. tit.* 21. *lib.* 1. *feudo aliisque textibus juris feudalis* quidem statui, judicio de felloniа procedente aliquem feudo privandum; sed id intelligendum ita, ut sententia saltem declaratoria, retro vires ducente ferenda sit, huic rationis indubiae loco sciendum, delicta actiones personales, nisi aliud expresse dispositum, saltem carere; ergo in feudalibus idem erit concludendum, ejusdemque naturae haec erit actio ex delicto ac reliquorum, vires sumt a sententia demum definitiva adipiscentium. Caeterum excipiunt vassallum calore subfeudi (quod eidem alias licitum *per cap. beneficium lib.* 2. *feud. tit.* 26.) feudum fraudis gnaro vendentem. Adducunt §. *callidis tit.* 55. *lib.* 2. *feud.* Sed vero in d. §. nil aliud habetur, quam venditorem feudum amittere; idque libere reverti ad dominium. Per verbum *libere reverti* innui credunt dd. absque apprehensionis requisito, rem reverti. Verum rationabilius est credere, feudistam dixisse absque refusione pretii rem reverti. Nam cum in aliis feudi amissionibus sententia opus, non video rationem, cur ipso jure operante hanc reverti voluerit, cum non majus delictum. Adducunt praeterea exceptionis loco, casum perduellionis sc. si vassallus crimen laesae majestatis commiserit, hunc ipso jure feudo privari arbitrantur. Restringunt ad vassallum qui firmata in territorio domini familia subditus evasit, sed ducta denominatione a potiori, adhuc vassallus appellatur. Perduellionem nonnisi in subditos cadere. Vassallum vero non subditi vinculo, sed feudi possessione saltem ligatum, cujus onere feudo refutato, ut alius oneri reali subjectus se possit relevare. Non nego et jure feudali ac canonico probabile vassallum non esse subditum; fateor quoque militem talem crimine subditi simul et crimen perpetrare vassalli. Attamen feudalia confiscatione ipsius juris non possunt involvi, quia eadem subditum sequitur; feudalia vero possideantur a vassallo qua tali, non qua subditus est. Censenda igitur feudalium amissio ex jure feudali, quo quidem vassallum feudum amitti, si dominum veneno appetierit, si eumdem assalierit, continetur *lib.* 2. *tit.* 24. Sed nullibi fieri id extra sententiam definitivam. *Dices*, jure civili supplendum jus feudale, si illud de eadem materia quid disposuerit, de qua et hoc. Jus feudale enim consuetudo est, ergo, ubi non obloquitur, jure civili dilatanda. Sed vero jus civile locutum est de subdito, cum perduellem confiscatione absque condemnatione praevia multat. Vassallus autem cum non sit subditus nec de subdito dicta in jure civili hic applicabilia. Fateor vassalli vinculum, licet non tantum coarctet, ac subditi, tale tamen esse, quod violatum non minus dignum confiscatione ipsius juris, ac si crimen tale in principem a subdito committatur. Sed non interpretibus ista licet extensio. A principe eadem dependet. Effectum ejus, quod feudo quis non ipso jure privetur, collige ex Brunnemanni *cent. IV. dec.* 77. Cujus occasione non omittendus reprehendi *Carps.* qui licet *part.* 3. *cap.* 27. *def.* 12. *n.* 9. opinetur, feudum regulariter non ipso jure amitti, attamen *definit.* 9. *n.* 3. asserit fructus a tempore delicti *omnes indiffe-*

renter perceptos et percipiendos amitti. *Carpzovium* d. l. non agere specialiter de casibus quibus ipso jure feudum adimitur, cuilibet facile patebit, sed *universaliter* de quavis fellonia omissa. Operatio a tempore delicti est ipsius juris, nec idem merebitur, praedicari de illis, quae indigent sententia definitiva, qualia ordinarie sunt omnia delicta.

§. XII. Agitata inter dd. est quaestio, num vim exercens erga debitorem, ipso jure actionem amittat, an opus sit sententia? Quoniam tamen poenae exordium in aliis, *atrocioribus quoque*, delictis non ex tempore delicti, sed ex sententiae tempore et citerioris legis effectus hic nulla ratio appareat, non diversum hic statuendum, *Salicetus n.* 12. *ad l. si quis in tantam c. unde vi.* Qui per verbum *d. l. amittat*, sententiam necessariam esse probat. Caeterum praedicta ratio certior est; et ob eamdem universaliter puto sentiri posse semper requiri sententiam definitivam, ubi ob delictum aliquod re sua cadere ll. nostris dicitur. Unde ex Mevio *vicepraetide Wismar.* Brunn. *ad l. ext.* 13. *ff. quod metus causa* adducit, integrum esse creditori persecutionem debiti, quamdiu lis super amissione ob vim exercitam pendet. Ulterius inter effectus puto reponendum id quod sequitur: exercuit quis violentiam *d. l.* 13. notatam; decedit idem relicto haerede: ab hoc fatetur rem violenter ablatam vindicatione posse repeti, uti violatore vivente licuisset. Sed quod agenti haeredi ad debitum (praesuppono quantitatem debitam, et pro ea speciem raptam) possit violentiae poena objici, nego: nam haeres ordinarie non luit poenam defuncti; ergo nec hic, quia *d. l.* tenor poena est. *Diceres*, nisi ex delicto ad haeredem quid pervenerit. *Respond.* non lucrum facere qui pecuniam retinet, quam nondum amisit. Contrarium si debitum commissa violentia extingueretur ipso jure. Quod enim defunctus amisit, ad id haeredi non datur regressus. Haec secus essent, si debito caderet ipso jure, simul ac violentia commissa.

§. XIII. Omnium dd. consensu trita opinio est, infamiae requisitum substantiale esse *sententiam*; dari vero quaedam delicta, quorum infamiam non judicis sententia jus infligeret, sed eamdem *ipsum* suppleret. Non exiguam itaque *sectioni huic* opinio ista pollicita est partem. Sed re accuratius contemplata nullam *ferme* infamiam per suppletionem sententiae, aut constitutionis opere procreare jus compertus sum. Ratiocinium quo pro veritate hujus opinionis laboravi, hic subjicere liceat. *Quandocunque constat de crimine, tunc ab eo momento delinquens est infamis, nec ad infamiae primordium opus, ut delinquens judicialiter condemnetur.* Rationis loco quis forte allegaturus sequentia: *quod enim quis infamis evadat, postquam de crimine condemnatus, non alia ratio est, quam quod constet sententia de certitudine delicti, et sic de animo scelerato; si igitur alia ratione indubitabilis delicti notitia exoritur, nihil foret absurdius, quam ejus declarationem reservare sententiae, cum post hanc non alia ortae infamiae ratio, quam publicatio delicti.* Sed minus recte; nam in *l.* 43. §. 1. *ff. d. ritu nuptiarum* dicitur, *delinquentem infamari judicio publico, licet idem non manifestaverit delictum.* Sermo enim ibi est de judicio delicti, quod jam *ante* judicium *deprehensione* manifestatum fuerat; semel autem manifestatum, manifestatum iterum nunquam dici potest. Si ergo nihilominus *d.* 43. quis dictus infamis, quia judicio publico damnatus postquam delictum manifestatum fuerat, deprehensione non potest dici, sententiam inflixisse infamiam, quia manifestavit delictum, sed quia sententia *per se* illa gaudet efficacia. *Sed diceres*, semel manifestatum sed postmodum abnegatum, denuo manifestatum dici potest, si secundo defectum. Posse itaque esse, ut *d. l.* 43. agat de adultera circa comprehensionem delictum olim confessa, sed postmodum idem inficiata donec judiciali inquisitione cogente confessio restabilita. Quae disquisitio cum manifestetur sententia, eadem causa dici merebitur infamiae, non qua *sententia* sed quatenus *annunciatio delicti.* Illudq; expresse apparet exinde, quod *dicta l.* 43. quae comprehensa legitur, eadem lege dicatur condemnata. Condemnationi vero non esse locum, nisi delictum rea inficiante. *Resp.* in *d. l.* non agi de ea, quae primum facinus confessa, sed postmodum illud abnegaverit, inde probari, quia infamis appellatur comprehensa, licet non condemnata. Qua ratione ergo infamis appellari posset, si non aliunde de delicto constat, judiciali inquisitione nondum admota. Nec facit quicquam, quod *comprehensa et condemnata* legatur *in d. l.* Noti enim juris est, quod nemo poena capitali, quamvis confessus, potuerit affici jure romano, nisi condemnatione praecedente. Quae cum sequela sit judicii, judicium ut praecesserit necessario colligendum. Vera itaque axiomatis ratio haec est: jus civile definire potuit, quo amissionem bonorum delinquentibus adferat condemnatio, *tamquam sibi nocivum*, at nihil perfidum suspicari de criminosorum judiciis, tutela aut testimonio ex tempore delicti; sed eadem non antequam post condemnationem ominari, *aliena praejudicia*, eaque legi non permissa sunt extra necessitatem, qualis hic nulla. Et hac ratione animandi fuissent juris nostri conditores, ut quemadmodum ex tempore criminis manifesti per judicium de continuanda nequitia solliciti; sic nec tempore secuta delictum ejusdem fuisse exortia, credere debuissent. Quae tamen non attenta colligere licet, quod statutum, si quis appellaverit a sententia famosa et appellationis interponendae et prosequendae fatalia prolabi passus fuerit otiosa, illum retro, quo sententia lata, infamem haberi. Et rursus, si judicio appellationis sententia prior confirmata, non retro infamis, sed a tempore ultimae sententiae *l.* 6. §. 1. *ff. de his qui notant. infamia.* Si vero ad tempus sententiae retrahenda infamia, clarescit, tempora delicti occulti eadem immunia extitisse. Interpretandam nihilominus legem istam arbitror, ut non comprehendat casus, quibus infamia ad tempus delicti perpetrati retractata aut non retractata in damnum illius cessura, qui id non meruit. Unde si quis criminis capitalis convictus et condemnatus fuerit, testimonia illius, qui antequam reus plectatur ex delicto famoso, ante testimonium commisso, pariter condemnatus, summa iniquitate judices executuri sententiam internecionis, quod tempore testimonii scelus non condemnatum, quod re jam emersit. E diverso non minus inique tempore perpetrati delicti non haberetur infamis, qui antequam talis detectus fratri praelatus. Puniretur enim sic defunctus irrita voluntate, quod non meruit, ut dominus rerum et nescius dignioris. Quae interpretatio non quidem in jure expresse comprobata, nullibi ta-

men, quantum mihi scire licet, respecta. Standum igitur rationi communi seu dictamini rectae rationis. Et hoc quidem de infamia a tempore delicti celati rationabiliter inchoanda; de inchoanda vero infamia a tempore delicti *publicati* extra sententiam, sequentibus exemplis probatur. Primum est in *l.* 43. §. *pen. ff. de ritu nuptiarum*, ubi mulier in adulterio deprehensa licet non condemnata, fit infamis, addita ratione, quia lex *factum non sententiam* notat. Quae ultima legis verba quod non consideraverint dd. sane mirandum. Manifesto tradunt sententiae nullam esse necessitatem ad infamiam, si alias constet de delicto; et ratio specialitatis quia non apparet *d. l.* generaliter id asserere non erubesco. *Dictam* vero *legem* 43, tractare casum, cujus delictum omnibus patuerit, inde certum quia lex comprehensam appellat infamem licet non condemnata. Unde vero id scitur, extrajudicium nisi ex confessione et teste uno aut altero (nam simplici confessioni, ut non in judicio ita nec extra judicium creditur) eamdem confirmante. Diceres, posse esse, ut lex agat de adultera comprehensa et cum qua judicium eousque tractatum ut jam veritas delicti constiterit. *Respondeo.* Licet pro cognito habendum, quod actum in judicio ante sententiam, attamen et ibi posset dici, infamiam ortam extra sententiam. Verum nihil in judicio actum, pro cognito haberi potest, quam ubi sententia idem declaravit. Caeterum licet non ex eo quod *d. l.* 43. infamem quoque pronunciat, quae deprehensa et condemnata non concludere quis velit *in d. l.* agi de facinore certo et indubio, ex sequentibus tamen id argumentari facile est. Nemo deprehendit adulteros, nisi qui animum habet eosdem accusandi. Nam si praesentiae talis delicti forte fortuna accedit, si non judicii cupido ipsi incidit, conspecto facinore abit nec conturbat. Sed qui deprehendit, accusaturus est, praesciensque probationis difficultatem testibus stipatus accedit. Atque in d. loco agitur de deprehensa, ergo. Caeterum nec sola deprehensio coram testibus sufficit, ut ex momento delicti et comprehensionis infamiae locus sit. Quid si enim comprehensa vim mentiatur, cum comprehenditur. Profecto nonnisi a tempore judicii libidinem convincentis erit infamis. Prius enim delictum non erat manifestum, nihil valente absque juramento praevio, testium testimonio, absque judicis aestimatione; scil. ubi rea testibus inficiatione oblocuta. Alias si testes adsint, et reus veritatem agnovit, judici contra se ipsum fides habenda, infamiae effectus nascitur, operaque istius hominis arcenda ab illis negotiis, quae infami interveniente irrita.

Postremo quoad exemplum *d. l.* 43. fatendum duxi, illum intentioni nostrae non servire, si quis probare possit infamiam ibi ex comprehensione non ortam, quod eadem delictum hoc modo evaserit indubitabile. Dicunt dd. comprehensionem adulterae ideo infamiam extra sententiam causatam esse, quia major castitas requireretur in foemina, quam in viro. Sed non movit profecto illa ratio Ulpianum *d. l.* 43. auctorem. Nam utut non diffitear, majorem castitatem requiri in foemina, quam in viro; ejus tamen non alia ratio, quam ne alieno ex semine contra intentionem mariti stirpi ipsius soboles inferat. Quae ratio tamen locum non habet in foemina soluta, cum conjuge alterius adulterante *l.* 30. §. 1. *c. ad l. jul. de adult.* uti nec in uxore gravida adulterante. Et aliam rationem pro debito majoris castitatis nemo poterit allegare. Imo posito, ex quacumque ratione majorem convenire foeminis castitatem, an poena ista citerioris infamiae digna, quod se deprehendi passa? Quod non occultius peccaverit? quod facinus cum deprehenderetur confessa? quod circa delictum non astuta extiterit? Praemium ne versutiae praestandum delinquentis? Non hercule. Poenam majorem si d. ratio universalis, mereretur foemina, qua peccatrix, non qua depsehensa, in quo turpior non est viro indistincte, sive deprehensa, sive detecta adultera, mox deberet fieri infamis. Non alia itaque ratione in *d. l.* 43. deprehensae citerior est infamia, quam quod deprehensio adjunctaque confessio comprehensae manifestaverint infame factum. Est hoc exemplum primum infamiae orientis extra sententiam, si delictum certificatum fuerit extrajudicialem disquisitionem. Secundum exemplum est in *l.* 4. §. *fin. ff. de his qui not. infamia*, ibi paciscens de crimine infami, dicitur fieri infamis, licet de eodem non condemnatus, addita ratione *l. sequent. d. t.* quia paciscens confiteri crimen intelligendus. Sed diceres, esto, paciscentem de crimine id fateri, *l.* 1. §. 17. *ff. d. quaestion.* confessiones reorum non habendas esse statuitur pro exploratis criminibus, et nulla probatio religionem cognoscentis instituat. Si pro exploratis criminibus confessiones reorum non sunt habendae, nec pactio de delicto indubitabile delicti erit argumentum. Et per consequens non erit exemplum regulae superius positae. Verum nihil *d. l* 1. §. 17. nobis officit. Loquitur enim in terminis deficientis probationis, et de eo qui crimen capitale confitetur. Nam non inficiatur, quod dixi, delicti manifesti infamiam oriri extra sententiam. Negat tantum confessionem esse judicium inevitabilis delicti. Deinde uti colligendum ex §. 27. *d. l.* 1. ubi confessio nuda ideo rejicitur, quia quis ex alia, quam ex conscientiae causa ad confitendum forte adactus; et subjicitur postmodum exemplum servi capitale crimen falso confitentis, quo se ejus morte a saevitia domini vindicet. Ergo ubi talis causa subesse nequit, ut pro ejus lucro damnum ex poena oriens ipsum dependere velle praesumendus sit, confessioni nudae standum. Tale quid contingit in casibus *d. l.* 4. §. *fin. ff. de his qui notant. infam.* Agitur hic de dolo malo, vi bonorum raptorum, injuriarum. Hic si pactus fuerit accusatus, non aliam quam poenam infamiae incurrit. Nam pecuniariae istorum delictorum poenae, actor paciscendo renunciavit, nec quicquam timendum aliud quam effectus veri delicti, infamia. Quae vero ex infamia utilitas, ut pro eadem nanciscenda quis honestatis commoda contemnat? Onerum quidem publicorum incommoda effugit, sed ejus molestiae non tantus timor, ut quis majus et perpetuum infamiae malum mallet. Non aliud itaque ex ista confessione praesumendum, quam veritas delicti, et ejus momento infamiae effectus immittendi. Quia a tempore isto delictum apparet certum, modus vero procedendi ex delicto non condemnato quidem, attamen manifestato est, ut contra producentem testimonium illius, qui facinus famosum commisit et confitetur, reus excipiat, testem esse inquinatum delicto famoso, idque ipsum confiteri. Cui si assentit testis productus, prohibetur a testimonio, nullaque expectanda sententia. Praeterea,

si ille, qui delictum famosum confitetur, fratri a fratre praelatus, statim a tempore quo testator qualemcumque certitudinem delicti acquisivit, infamia incipit, non a tempore, quo eadem judicio explorata. Opus tamen erit ad evertendum testamentum sententia declaratoria, fratrem dum conderet testamentum, quo fratri honesto praetulit extraneum inhonestum certissimis argumentis percepisse certitudinem delicti, quod commisit praeferendus, idque confessus tempore conditi testamenti. Nam licet in sequenti tempore detectum, praelatum talem tempore conditi testamenti fuisse, qui non meruerat, ut praeferretur, si tamen probetur testatorem id nescivisse, ex aequitate (quam supra dixi legibus improbatam me nondum legisse) valida erit praelatio. Sed quid si delinquens taliter manifestus videndo testatorem aliosque, quibus facinus confessus, morte aut alia ratione non amplius produci posse in judicio, quo sententia declaratoria paranda facinus inficietur? Si alia adsint testimonia, illis dijudicandis judicium versabitur, producetque illud sententiam declaratoriam; sed si alia desint indicia, inficiatione ista consultum erit delinquenti. Ex quo apparet manifestationis per sententiam praestantia. Quippe quae abnegari postea non potest, salvo semper protocollo.

Evincunt duo ista exempla nec non tradita superior ratio, infamiae infligendae substantiale requisitum non esse sententiam; nunc quanti valoris contrariae opinionis sint argumenta, dispiciemus. Omnes movit *l. infamem. 7. ff. de publicis judic.* ubi statuitur, quemlibet judicio publico damnatum infamem facere sententiam. Eidemque dd. majus adjungere robur potuissent *l. 43. §. pen. ff. de ritu nuptiar.* ubi mulier in adulterio comprehensa et post damnata dupliciter infamis esse dicitur, quod comprehensa, et deinde quod publico judicio condemnata. Ex quo, uti jam circa initium, ubi rationem tradebam regulae, monitum, patescit, infamiam effectum esse sententiae publici judicii, qua talis, non qua manifestatio animi facinorosi. Nam ut ante dixi, delictum *in d. l.* 43. per sententiam non manifestatum fuerat, cum manifestum jam factum per deprehensionem. Manifesti nulla manifestatio. Caeterum nullam rationem ego prospicio, cur judicii publici effectus sit infamia, postquam apparet *ex d. l.* 43. non id evenire ob manifestationem delicti, quam quod subtilitas sit quaedam romana. Verum ad *d. l. 7. ff. d. publicis judiciis* nec non *ad d. l.* 43. §. *pen. respondeo*, non obstare sententiam earumdem opinioni nostrae, qua statuimus, non opus esse ad infamiae primordium sententia, si alias constat de delicto. Non enim inficiatus sum publico judicio, illam infamiam esse efficacem; sed dixi *manifestationi* quoque delicti indubitabili eamdem esse vim ac publico judicio. Idque aperte *d. l.* 43. confirmatur. Nec eidem *l. 7.* contradicit, cum unius modi positio non sit alterius exclusio, maxime si certis legibus approbatur. Nihil amplius est, quod obstet ex argumentis, quibus dd. substantiale infamiae requisitum esse sententiam, arbitrantur, adeo, ut de paradoxo gloriari liceret probato; sed objectioni studendum possibili. Si jus civile, *dicet quis*, infamiae locum dat quam primum delictum manifestatum, delicto manifesto illum semper permitteret effectum: hujus contrarium vero contingit, ubi quis de delicto famoso damnatus poena corporali graviori ordinaria poena *l.* 13. §. 7. *de his qui not. infam.*: idem si arbiter de actione famosa judicaverit. Et si sententia interlocutoria damnatus, uti dd. *ex l.* 20. *c. eod.* communiter colligunt: quibus casibus tamen licet manifestatum delictum, existimatio tamen condemnati non laeditur. *respond.* Quando id quod recta seu moralis ratio dictitat a jure civili receptum, in quibusdam exemplis, licet in aliis casibus expressis, ista morali ratione, non fuerit motum; attamen in reliquis standum ratione isti morali eaque pro regula habenda, casusque a ratione ista universali deflectentes, pro exceptionibus. In materia infligendae infamiae idem contingit. Rationem dictare statim a manifestatione animi scelerati infamiae ortum permittendum, supra cum traderem, rationem regulae probavi. Exempla quoque *l. 4. §. fin. ff. de his qui not. infam. et l.* 43. §. *pen.* praebuere; licet itaque jura quorumdam casuum a doctrina ista dissentiant, in casibus non exceptis regulae standum, nempe, ubicumque delictum *certo* innotescit, statim oritur infamia, nec opus sententia judiciali. Fundamentum vero prioris regulae consistit in hoc, quod rationabilis multis exemplis, talis habetur in illis, in quibus nondum apparuit, a ratione divertisse. Secundo obstat, quod confessus in jure habeatur pro judicato. Judicatus vero non fiat nisi per sententiam, ergo et hic substantiale infamiae requisitum videtur adesse, licet judicio illud non accitum. *resp.* Verum esse quod confessus in jure habeatur pro judicato; attamen quoad effectum saltem, non quoad formam, i. e non secus juris post confessionem, quam post rem judicatam; non tamen iisdem solemnibus, sententia nempe, effectus iste productus. Ad haec posito absurdo, sententiam intervenisse, ubi certum, nunquam intervenisse; attamen *c. l.* 43. satis probavi, sententia non opus esse, ubi alias delictum certum. Praeterea *in d. l. 4. §. fin.* confessus haberetur pro sententionato. Tertio obstat, quod si ob publicationem delicti infamia oritur, sequeretur illum, qui de crimine condemnatus, quod tamen ante judicium non certificatum fuerat, duplici ex causa esse infamem, quarum prima, quod condemnatus sententia publici judicii aut privati judicii pariter famosi, *per l. 7. ff. de publ. judic* Secunda, quia sententia crimen publicatum est. *resp.* Illud nihil absurdi sub se complectitur, ut quis ex duplici causa infamia una mulctetur. Nam et in *d. l.* 43. §. *pen.* comprehensa et postmodum damnata dicitur, duplici ex causa, infamis esse, nempe quod comprehensa, et quod judicio publico damnata. Probato jam eo, quod sc. jus civile rursum infamiae permittat mox a manifestatione delicti, disquirendum num ipso jure infamiam sic oriri dici possit. Puto quod sic, quia *d. l.* 43. §. *pen. clare* probavit sententiae esse istum infamiae effectum, qua talis, non qua manifestatio animi est scelerati. Juste igitur dici potest, jus ibi non ipsum operari, sed per aliud quid, per sententiam judicis. Ubi vero per aliud istud jus non operatur infamiam, *ipsum* eamdem inflixisse praedicari merebitur. Sed fierem hic, quod jam in praecedentibus adduxi, notandum, pronomini isti quidem hic locum esse ob remotionem alius cujusdam rei, sed non quod jus aliam istam rem id est, sententiam ipsum peragat, ut secundum dd. opinionem sententia legis infamatio fiat; sed simplici sua dispositione. (Duo enim actus, uti

jam pridem monitum §. 1. *hujus sect.* 2. fingendi in lege infamiam statuente, extra requisitum sententiae scil. jus sanciens infamiam et eadem ipsum absque sententia perficiens) praecedentibus enim satis probatum, sententiam non esse essentiale. Ergo nec jus praesumendum operam ludere voluisse.

Infamia itaque fit ipso jure, ubi manifestatus animus sceleratus; caeterum si forte alicui praedicta opinio displicet, et reverentior est sententiae communis, libitis ejusdem gratificandi appono hic infamiam, quam dd. *ipso jure* infligi opinantur. (1) Qui artis ludicrae causa in scenam prodiit, quaestum inde facturus. (2) Qui lenocinium fecit. (3) Qui eam quae in potestate est antequam virum elugeret, quem mortuum esse scivit, nuptui collocavit. (4) Qui eadem sciens suo nomine, non jussu ejus in cujus potestate uxorem duxit. (5) Qui eamdem ab eo, quem in potestate habuit, duci passus. De his sex causis verbis edicti *l.* 1. *ff. de his qui notantur infamia.* agi communiter creduut dd. (6) Qui suo nomine non jussu ejus in cujus potestate, ejusve nomine quem quamve in potestate haberet, bina sponsalia aut nuptias eodem tempore constitutas habuit. (7) Qui muliebria passus, *l.* 1. §. 6. *ff. de postul.* (8) Qui operas depugnandis bestiis locavit. (9) Quae palam corpore quaestum facit *l.* 33. *pr.* §. *pen. et ult. de rit. nupt.* (10) Quae in adulterio deprehensa. (11) Qui venere praepostera se polluit, *l.* 31. *c. de adult.* (12). Quae foenus improbum exercuit *l.* 26. §. 1. *c. de usuris* (13) Qui majorennis contra pactionem jurejurando firmatam agere conatus *l.* 41. *c. de transact.* (14) Haereticus *l.* 4. *c. d. ss. ecclesiis.* Hactenus ex *Douell. lib.* 18. *cap.* 7. Adjungit his Hilligerus (15) Judaeos. *l. ult. c. de Judaeis cap.* 1. *eod.* (16) Blasphematores, quod argumentum delictorum minus enormium et pariter infamiam probat *Frehcrus de infam. cap.* 19. *n.* 9. (17) Decurio qui procurationem suscepit, vel intercedens pro reo perduellionis *l.* 34. *c. d. decur. et l.* 5. §. 2. *c. ad l. jul. majestat.* (18) Incestuosi. *can. consanguineorum* 4. *caus.* 3. *quaest.* 4. (19) Qui scholaribus injuriam infert. *Auth. habita c. ne filius pro pat.* (20) Supplicans contra sententiam, quam licita provocatione non suspendit *l. ult. c. ut lite pend.* (21) Rescriptum principis cavillose interpretans, *l.* 2. *c. de legibus.* (22) Tabellio qui contractus vetiti alienationis feudi, aut rerum ecclesiae, instrumenta sciens confecit. *l.* 14. §. 3. *c. d. ss. eccles.* (23) Qui adversus patres armantur. *c. omnes* 13. *caus.* 3. *quaest.* 5. (24) Qui falso sibi nomina magistrorum usurpant. *l. uni c. de stud. lib. urb. Romae.* (25) Decoctores post proscriptionem et venditionem bonorum sub hasta. *Cicero pro quinto. Tertullianus in apolog. cap.* 3. *vid. Contius* 2. *lect.* 8. Verum quoniam in praecedentibus per *l.* 43. §. *pen. ff. de ritu nupt. et l.* 4. §. *fin. et l. seq. ff. de his qui not. infam.* probatum, infamiam oriri, ex certificato delicto, aut eodem per sententiam judicis declarato, *l.* 7. *c. d. pub. jud.* oporteret, ut praedicti dd. probent, in dictis ll. agi de delictis ante sententiam certificatis, aut legem ipsam statim condemnasse delinquentem momento criminis commissi. Quod *primum* attinet, fateor, quod qui artis ludicrae causa in scenam prodiit quaestus gratia, nec non qui operam depugnandis bestiis locavit, uti et quae palam corpore quaestum facit, non possit delictum committere, quin a quolibet conspiciatur, et per consequens, patente animo scelerato, et pronomine isto conveniente illi, qui extra operam alterius quid molitus dicendi, quod jus facit ubi delicti extrajudicialiter certificati infamiam extra judicis sententiam oritur, ipso jure dici posset infamiam oriri. Erant enim illi, qui operas depugnandis bestiis locabant, tales qui palam sese certo alicui magistro addicebant, accepto pretio, idque solemni juramento auspicabantur, quo promittebant, igne, ferro et flagris ad fortiter capessendam pugnam theatri adigi se passuros. Imo publico foro exponebantur a magistris istis, quo electionem praeberent conducturis operam eorumdem ad certamen vel in theatro vel ante rogum adhibendum, de quibus multa hic praedicare indecens puto, quoniam eadem in omnibus libris occurrunt, prae caeteris tamen placuit Lipsii liber *de gladiatoribus et de amphitheatro*; ex quo satis constabit gladiatorum professionem publicam fuisse, nec quemquam eadem inficiatum; idem etiam de illis praesumo qui in scena ludicra agebant; et sine dubio mulieres quoque libidinem publice professae; nam si lupanaria jure romano publica fuerunt, imo a magnis viris in suis praediis habita, et locata conductoribus lenocinium exercituris *l.* 27. *ff. de petit. haer.* licite inde conjectura, certo cognosci potuisse talis farinae mulieres. Caeterum si quispiam gladiatorum duxerit non pretio, sed virtutis causa ex qua neque theatrum neque circus neque orchestra polluunt, pugnare, non citius ipsum puto infamem evadere, quam ubi judicialiter de pretio accepto convictus. Nam cessante manifestatione delicti, non citior infamiae origo, quam judice delictum asseverante, duo enim infamiae primordia, *manifestatio* delicti, et *sententia*. Idem puto in eo, qui extra quaestum in scenam ingenii ostentandi gratia se comparere, allegat; et in muliere, quae libidinem imputantibus contradicit. Quae tamen universa intelliges de casu, ubi ille qui suspicionem delicti dedit, inspectoribus eorum iisdem et in praesentia interpellatoris protestatus fuerit. Secus si inspectus sit actus dubiae honestatis absque interpellatione aut protestatione spontaneo. Si enim ab uno a spectatoribus ad actum vetitum adhibitus, licet post actum istum protestatus fuerit, dummodo postmodum judicialiter convictus, animi tamen scelerati effectus erit a tempore delicti. Enimvero reliqua supra enarrata delicta ita geri possint, ut scelsus eorumdem omnium oculis non statim exponendum, ex hoc fundamento, nempe ex manifestatione delicti, infamia ipsius juris iisdem impingi non poterit. Videndum itaque, *an ideo ipso jure infamia dici poterit inflicta, quod jus ipsum condemnaverit delinquentem momento delicti?* In nulla praedictarum legum id dicitur; sed quam plurimum *infamis est, notatus, infamia notabitur.* Ex quibus minime gentium probari posse puto, infamiam inflictam esse ipso jure. Ex *l.* 6. enim §. 1. *ff. de his qui not. inf.* satis constat, opus esse sententia ad infamiam infligendam, delicto extrajudicialiter non patefacto. Erunt itaque praedicta verba per *hunc l.* 6. explicanda. In sola authentica *habita* scholares violans ipso jure infamia notatus legitur, an vero jus ipsum ibi operatum fuerit per sententiam, ad modum judicis, an vero simplici sua dispositione, disquiri hic posset. Ad hoc responderi poterit, si discussum, num ex eo quod *l.* 6 §. *ff. de his qui notantur infamia*, dicitur, si in famosis judiciis appellatio in-

tervenerit et appellatio deserta, quod ex tempore sententiae infamiae ortus. Ex hoc quidem probatur, quod delicta famosa non nisi sententia infamia mulctentur. Sed quod eadem tam necessaria, ut jus non valeat infamiae indere vires, nisi per sententiam, vel per judicem, vel per se ipsum pronunciandam, non video. Certo mihi persuasi, sententiam non adhibitam jure ipso, quia haec est affectio judicii, quod hic jus, ut ens quoddam inanimatum tempore delicti peregisse dicere absurdum. Et si *l.* 15. *ff. qui et a quibus manumiss.* indubium, *ipso jure* crimen laesae majestatis puniri, ita tamen, ne sententia juri ipsi opus; cur non idem hoc in infamiae ipso jure infligenda, juris opinandum. Sed utcumque sit, scietur ex praecedentibus *ipsum* appellari posse *jus* sive per sententiam operatum fuerit, sive simplici dispositione infamiam ex tempore delicti infligendam sanxerit; nam utroque casu respici potest non adhibita alius opera, nempe judicis sententionantis. Antequam derelinquam materiam hanc infamiae, non omittendum, *ipso jure* dici posse infamem quoque fieri sententia publici judicii, hoc respectu. Cum tali judicio damnatus nec sententiae infamiae mentio inserta, infamiae impingendae nihilominus sententia sufficit. *arg. l.* 7. *ff. de accusat.* ubi sententia infamans dicitur, non vero adjicitur, si mentionem infamiae sententia contineat. Verum infamiam illam recte ipso jure oriri, recte quis dixerit, habita sc. relatione ad aliud quid, sc. ad illud sententiae extra se ipsam ad paramdam infamiam judicatur necessarium. i. e. mentio expressa. Et hoc casu per illud jus ipsum intelligendum, jus sententiae, quod scil. ipsa habet ex *d. l.* 7. Enim vero quoniam in praecedentibus varia exempla ipsius juris facti oppositi facto juris ministri judiciali emensus sum, non vero effectus ubique tractatio adjuncta, necessaria tandem juri civili valedicturis, eadem erit; paucis vero verbis eamdem comprehendam, nempe, *quodcumque demum post sententiam oritur, idem statim exsurgit, ubi ipsum jus idem fecerat, quod alias sententia declarat.*

§. XIV. Postremo jus canonicum quosdam praebet casus, ubi *ipsum jus* facto judicis, sententiae, opponitur. Primus est in *cap. sciant cuncti* 12. *de elect. in* 6. Ubi excommunicationis sententia *ipso facto* innodari dicuntur, qui gravaverint aliquam personam ecclesiasticam, vel bona eorumdem, vel ejus consanguineos, quod secundum eorumdem petitionem illos ad officium eligere noluerint. Atrocitas delicti causam rigori dedit, sed mouendum; verba *ipso facto* ejusdem significationis esse, ac verba, *ipso jure*, uti pluribus declarabitur §. *fin. hujus sect.* Dixit itaque canon. *ipso jure* sententia excommunicationis innodari, perhibetque, simul ac quis dictum peccatum commiserit, excommunicatum esse. Quoniam vero ex multis textibus tituli de *sententia excommunicationis* tam in *quinto libro decretal.* quam in *sexto* (praecipue ex *cap. sacra de sentent. excommunicat. et cap.* 4. *in sexto*, *verbis, at quo casu*) sententia de substantia excommunicationis est, pontifex provisionaliter pronunciavit sententiam, quae post appellata *sententia canonis, et c.* 12. *de sentent. excommunicat. in* 6. sententiae *hominis*, judicis sc. contradistinguitur. Quibus non opus fuisset, *sed ipso facto excommunicatus est*, dixisse satis fuisset; verum inductus Pontifex opinione regnante per omnes dd. juris civ. poenam non justam, nisi *sententia* punantium, cujus errorem supra tractatu de infamia juris et judicis notavimus. Et hic locus ei, quod Cujacius alicubi ait: *error juris civilis interpretum, peperit errorem conditorum juris canonici.* Caeterum canones ejusmodi quibus sententia inserta, appellantur solemni canonistis locutione *canones latae sententiae*, et ubi sententia ad judicis intervallum reservata, *canones ferendae sententiae cap. quod de his.* 26. *x. de sentent. excommunicat.* Non quod ibi ipse canon sententiam pronunciet, appellandus enim *canon ferens sententiam*, verum quia *latam* testatur tempore conditi canonis, sed juris vi interponitur post tempus peccati perpetrati. (2) Qui clericum verberibus percusserunt, si laici excommunicationem incurrunt, a qua per *legatum a latere* absolvi posse dicuntur *cap. ad eminentiam* 20. *x. de sentent. excommunicat.* Pariter hoc denotat latam *ipso jure* sententiam excommunicationis, loquente verbo *incurrerunt* de facto praeterito, quod non aliud est, quam factum ipsius juris. Quod declaratur *cap. tamen audientia. x. eod.* ubi expresse ipso jure excommunicatione notari dicitur, clericum verberans; quod tamen ibidem limitatur in clerico habitu seculari, et armis ut miles incedente, si tertio monitus a praelato suo, quo arma deponat. Addita est ratio lepida, ut juri canonico consuetum, *quia matronae nulla querimoniae causa, si lacessita cum veste meretricali deprehensa.* (3.) Qui instante morte ab excommunicatione absolvendus fuit per illum, cui alias id juris non competebat, si cessante periculo se non illi, a quo extra praedictam necessitatem debebat absolvi, exhibuerit auscultandi, quo poenitentiae genere peccatum quod excommunicationem meruerat, expiandum, ipso jure in pristinam sententiam i. e. excommunicationem recidere dicitur *cap.* 22. *de sentent. excommunicat. in* 6*to*. Hoc est, quod comprobat excommunicationem, illegitima ista absolutione, sublatam fuisse. Alias enim sententia opus non fuisset, eidem iterum devovere illum, qui se praesentare noluerit superato periculo isti, ad quem pertinuisset officium absolvendi. Sententiam vero fuisse adhibendam, testantur verba *ipso jure*, et principium huic materiae fundamentale, *excommunicationem non incipere, quam sententia lata*; hic vero incipere deberet, cum verbis antecedentibus *humiliter recepturi et satisfacturi*, indicent effectum, absolutionem nempe peperisse factum illius, cui ad id non competebat officium. (4.) Principes vel alii licentiam dantes occidendi, vel *male excipiendi eos*, qui sententiam excommunicationis contra ipsos adferunt et divulgant, nisi re integra, i. e. antequam ipsis nocitum, revocaverint mandatum *seu datam licentiam*, excommunicationis sententiam eo ipso incurrunt, a qua, si per duos menses perseveraverint, nonnisi per Papam absolvi possunt. *cap. quicumque* 11. *d. sententia excommun. in* 6*to* Qui canon an in Galliis receptus, ex sequenti historia ratio dubitandi. Anno 1403. Benedictus XIII. offensus *Carolo VI.* adversanti exactionibus papalibus clerum regni sui vexantibus, regem proceresque excommunicatione percussit. Adferentibus vero bullam ablegatis, universitas Parisiorum laceratione abolendam eamdem censuit, Papamque *Benedictum* (verbis sententiae humano ipsique congenit nomine *Petri de Luna* appellatum) haereticum et pacis perturbatorem declarandum. Primum paulo post sensit executionem: bullistae vero induti tu-

nicis lintearis morionum circumforaneorum ludibrio depictis, tectique mitris papyraceis, peracta ad scalam palatii, loci parisiis dijudicationibus causarum forensium occupati, *le palais*, solemni *stultitiae deprecatione* sordidis impositi plaustris, praeeunte sonitu buccinae, et circumsonante cachinno vulgari Luparam, qua praedicto habitu protracti, reducti fuerunt, docendi summum Pontificem, cum Romam reversi, *clerum non militare contra defensorem stipendiorum; invalidumque Papam amore subditorum praeponderante. Conspiciendam prostitui imbecillitatem romanae potentiae, si eadem abuteretur.* id. *les reflexions sur le 4. et 5. chapitr. de la politique de France du marquis de Coeuvres p.* 36. (5.) Si quis excommunicaverit, i. e. si cum eo conversatus est, v. g. cum ipso orando aut comedendo, dicitur sententia juris excommunicatus, ex ratione, quia qui ipsi communicat, conscius excommunicationis ipsius, approbare videatur crimen ob quod excommunicatur. Cujus decisionis non alia ratio, quam quod summus effectus excommunicationis ex observantia canonis istius creditus fuerit resultaturus. *Credebantur enim omni solicitudine commercium ipsius vitaturi, quibus spes aufugii adempta, conscientia quippe executionem perpetrante.* Non tamen opus, ut absolutio petatur a pontifice, sed sit textus *cap.* 29. *x. de sentent. excommunicat.* quoniam conditor canonis ejus absolutionem sibi specialiter non retinuerit, eo ipso alii concessisse videri facultatem relaxandi. Igitur ab episcopo aut proprio sacerdote poterit absolvi. *Proprio sacerdote*, confessionarium ibi credo intelligi. Exceptionem vid. *cap.* 29. 30. *et* 31. *eod.* Postremo notandum, episcopum si commiserit delictum, quod alias ipso jure excommunicatione punitur, semper reservari excommunicationi judiciali. Irriti enim redderentur multi actus non reiterabiles, quibus, antequam judicialiter ab omni sacramentorum ministerio prohiberetur, fuerat operatus *cap. quia. 4. de sentent. excommun. n6.*

§. XV. Restat ut agamus de effectu excommunicationis ipsius juris. Et generaliter dicendum, illos exinde sequi effectus, qui oriuntur ex sententia a judice lata. Quos omnes vide apud Lancellotum *just. jur. can. lib. 4. tit.* 13. *Nec non in locis communibus juris canonici editioni colon. munatian.* 1670. *impressa adjunctis*, verbo: *excommunicatio*. Ubi tamen omissum *can. excommunicatorum.* 23. *q.* 5. Quo excommunicatus dicitur posse occidi, si quis id zelo catholicae matris ardens fecerit. Si tamen quis id fecerit bis, poenitentiam ipsi ecclesiasticam indicendam ibi monetur. *Hic est iste canon*, qui regicidas in Gallia olim, et hodie in Anglia instigavit. Et quo jesuita Guiniardus defendit parricidium, quo *Jacobus Clemens, sancti Dominici monachus*, Henricum III. in favorem Gvisiorum a Pontifice excommunicatum, sustulit. *vid. cit. autor. des reflexions sur la politique de France*. Effectum excommunicationis ipsius juris nemo impensius sensit, quam Navarrae rex Johannes Albretanus. Julius II. Pontifex, cupiditate potiundi ducatus Ferrariensis Alphonsum esteum regionis dominum generumque Galliae regis Ludovici XII. bello aggreditur. Retorta fulmina excommunicationis, non in ducem modo, sed et in regem Galliae, ob missa auxilia, futurosque opitulatores, verbis: *Omnes qui auxilium, subsidium aut suppetias quoque modo tulisse convincentur, ipso facto sint anathematis mucrone feriti perpetuaeque subjaceant excommunicationi*. Febre tunc temporis Parisiis decumbebat Johannes Albretanus, et sive conscio eo sive ignorante, illi quos in curam regni subornaverat, ipsius armis prohibuerant transitum Hispanis et Anglis (accidebat id tempore, quo Angli istius vicinae terris dominabantur) instigante Pontifice per Navarrae regnum, ad bellum in Galliis regi inimico sedis romanae faciendi, grassantibus. Convincentia haec indicia nefarii consortii habebantur. Igitur quoniam impietas jam ipso jure judicata, mulctatus a Papa, potentiam in reges scelestos sibi arroganti, rex amissae Navarrae, ejusdemque successio Anglis et Hispanis concessa. Et hoc jure Navarra monarchiae Hispaniarum coaluit. *Vid. l'interest des princes. p.* 63. Finaliter subjiciendum, licet *ipso jure* quis excommunicatus sit, requiri tamen sententiam declarandi praevia inquisitione, tale delictum commissum, quod abnegaverit reus. Cujus sententiae non iste effectus est, ut effectus excommunicationis ab ejus demum exoriantur publicatione, uti alias, sed effectus jam nocuerunt a tempore delicti.

Haec dixisse sufficiat de *excommunicatione*, quae sit ipso jure: uberius hanc materiam sine dubio declarat *Antonius Thesaurus*, in libro cui nomen, *praxis bipartita de poenis ecclesiasticis s. censuris* (inter tres censuras communissimas, *excommunicatio* quoque reponitur) *latae sententiae Romae* 1670. *in 4to.* Cujus mentionem vide apud Philippum Allegambe *in bibliotheca scri. tor. societatis Jesu, nuper a Nathanael. Sotvello ad annum* 1676. *continuata et impressa Romae in fol. anno sequenti*. Decuisset quoque ejus tractatio *Rotam de execut. lib. Apost.* sed altum silentium.

§. XVI. Examinare nunc juvat ea, quae *Jeremias Taylor* dicit, fieri ipso jure, quatenus facto juris ministri judiciali opponitur. Ait hic *lib.* 3. *cap.* 2. *Rule* 1. Operis, quod imitandi Maimonidem, latine appellavit *ductor dubitantium*, sed Anglice, qua lingua totum opus constat *Rule of conscience*, s. regula conscientiae, et *Londini* 1676. *in fol.* impressum (1.) *Exod.* 11. *v.* 25. 26. Dominum servum manumittere juberi, si dentem aut oculum eidem excusserit: legem vero ibi ferre sententiam, quia eadem ex judicio, quod intrare servus non potest, exspectari nequit; dictandae autem poenae opus esse sententia. (2.) *Levit.* 15. Virum accubantem uxori muliebria ex improviso juxta ipsam patienti ad septiduum immundum declarari. Pariter ipsum jus sententiam hic supplere, quia nullibi legeretur actio ad id cuipiam concessa, sed poenae persecutionem conscientiae contaminati injunctam. (3.) *Num. cap.* 5. *s.* 6. illum, qui laeserit proximum, delictum tale non debere inficiari, sed aestimationem damni illati offerendam laeso, et quintam adhuc ejus partem. Excludi ibi manifesto sententiam pronunciatam igitur jure ipso. Refert postmodum d. auctor *ex lib.* 2. *ordinat. regal. Hispaniae tit.* 9. De judicibus, secretariis, nec non notariis officium primum suscipientibus ita sanciri, *jurent quod non accepturi munera, et quod soluturi poenas, si eadem receperint, ad quas eos ex nunc condemnamus, ita ut sint obligati in foro conscientiae ad solvendum eas, absque hoc, quod sint in eas condemnati in judicio*. Ipso jure seu sententionante

lege *d. l.* poenam infligi putat. Idem statuit de *cap. romana, v. procurationes de censibus in sexto*, ubi archiepiscopus visitans dioecesin et recipiens munera, maledictione oneratur, a qua, nisi duplum restituerit, non liberatur. Infligi hic poenam maledictionis ipso jure, quia maledictio judicio nullibi legatur irrogata, sed ab omni tempore per legem ipsam facta.

Enimvero quod exempla ex jure mosaico allata attinet, quoniam Taylor sit, illa fieri ipso jure sententionante, seu jus ipsum ibi operari per sententiam suam, et toto isto tractatu *sententiam legis distinguat a sententia hominis seu judicis*, necessarium fuisset, probare, sententiam cujuscumque damnationis, sive eadem jure romano sive mosaico promerita, esse substantiale, seu jure naturae sententiam requiri. Quod jus civile attinet supra per *d. pr. ff. qui et a quib. manum. liber.* probatum, condemnationem seu sententiam poenarum non esse semper essentiale, jure mosaico autem nullibi legitur, sententiam ad essentiam requiri. Probandum itaque jure naturae nullam poenam esse, nisi quae sententia, sive ea per legem sive per hominem fuerit pronunciata, processit. Quod dici posset, illud lege mosaica omissum, quia jam naturae dictamine idem innotuisset. Illud demonstrari *diceret quis* exemplo judicii, quo Adamus et Eva ob arborem violatam sententia divina condemnati. Verum illud exemplum indicium quidem praebet adhibiti judicii, sed non argumentum necessitatis judicii universaliter adhibendi. Nam quod protoplasti examine coacti ad confessionem, licet sciverint crimen jam divinae innotuisse justitiae, nullam video necessitatem. Unde nec necessaria fuisset sententia, scilicet qua talis, *quatenus complimentum judicii*. Verum prospicio, illud quod sententia alias appellatur, necessarium fuisse, *quatenus intimatio est poenae ignotae*. Quo pacto enim scivisset Adamus aratro sibi crimen luendum, et Eva, viro esse parendum? Unde eadem scivisset puerperii cruciatus ob peccatum immitti, partum hactenus ignara? At, inquis, ob hanc intimationem non opus erat praecedente examine; sed Deus statim extra illud poenam dictitare potuisset; *respond.* Examen omniscium et omnipraesens adhibuisse numen, quo majori terrore animi peccatorum efficerentur. Gravior enim poena est, quae a miti patre atque delicti turpitudinem ostentante infligitur. Specie vero talis ostentationis divinum examen erat. Cum itaque nulla necessitas, sequitur, si reliqua omnia adsint, ob quae alias judicium requiritur, *confessio scilicet delicti et notitia qualitatis poenae*, judicio plane non esse opus, neque sententia judicii parte. Utrumque concurrit circa supplicia mosaica: confessus hic reus, nota poena executori. Ad quid aliud efficiendum desiderabatur sententia? Non ergo jus ipsum sententiam pronunciasse dicendum est, cum constat non opus fuisse pronuncianda. Jus ipsum quippe facto suo non accurrisse statuendum, quam ubi complenda juris requisita id exigebant. Caeterum alio respectu ibi ipso jure poenam oriri dici potest, nempe hoc modo; sine dubio poenas quasdam leges mosaicae per sententiam infligere voluerunt. Cum vero hic leges mosaicae sententiam illam, i. e. operam alterius non requirant; attamen id effectum dent, quod alias sententia causatur; juste dici poterunt effectum talem *ipsas* perfecisse. Non quidem per sententiae modum, sed per suam constitutionem, qua contentum, quod executor talis fieret reus ipse. *Vid.* supr. §. 13. *hujus sect.* Quod secretarios hispanos attinet, nec non cap. *rom.* satis perspicuum ipso jure ibi sententiam pronunciatam. Sed pariter non necessarium. Error interpretum juris civilis ad sanctionem juris canonici adhibitorum fecit, ut extra necessitatem sententiae necessitas statuta.

§. XVII. Haec sunt quae de *Taylore* sentiebam. Caeterum idem auctor ex *abbate panormitano ad* cap. *caeterum et* cap. *nonnulli, de rescriptis*, adducit, etiam ex aliis verbis colligi posse jus poenam dictitans, ipsum quoque pronunciasse sententiam. Primum dicit verba, *ipso facto* aequivalere verbis, *ipso jure*; sed ita, ut quod *ipso jure decretum ipso facto incursum esset*. Idque verum, et hodie non minus frequens usurpatio verborum *ipso* facto, quam *ipso jure*. Sic apud Chytraeum, referente *Hippolitho a lapide part.* 3. *c.* 2. *sect.* 1. in chronico sax. lib. 29. legitur, apud Polonos statutum fuisse, ne quis in electione novi regis Poloniae, deinceps aliquem ex domo austriaca nominare, aut suffragio suo commendare auderet; alioquin *ipso facto* infamem fore. Jus tamen civile isto sermonis quoque genere usum esse, apparet *ex l.* 1. *c. pro quib. caus. serv. proem. lib accip.* ubi dicitur, servum, qui necem domini detexit, liberum evadere, non tamen *ipso facto*, sed additione et sententia. Adducit deinde *Taylor ex d. panormitano* sequentes regulas; *ubicumque lex verbis praesentis et praeteriti temporis usa est, nota hoc, quod jus ipsum sententiam legi inseruerit*; cum hac tamen declaratione, ut verba ista immediate damnatoria sint, v. g. *excommunicamus ipsum, condemnamus ipsum, infamamus ipsum*. Secus si dictum, *decernimus, definimus, declaramus*; nisi verbis istis mediate damnatoriis adjunctum fuerit *infamem factum, excommunicatum, item privatum dominio bonorum*. Opus tamen priori casu judicavit sine dubio *panormitanus*, ut lex dixerit *decernimus, definimus, declaramus, ut fiat infamis, excommunicatus*. Alias si dictum, *declaramus ut sit infamis excommunicatus*, non video, quid sensus istius locutionis discrepet a verbis *declaramus ipsum excommunicatum*. Adducit deinde *Taylor* stabiliendi dictam panormitani observationem *ex A. Gellii lib.* 17 *cap.* 7. *noct. Attic. verbum* esse ei erit, *quando per se ponuntur, habent atque retinent tempus suum; cum vero praeterito junguntur vim temporis sui amittunt, et in praeteritum contendunt.* Haec *panormitani* observatio hodie non rejicienda mihi videtur, cum legislatores aut ipsorum consiliarii ista panormitani opinione sint edocti, et conscii ejusdem receptionis. Nam et Tiraquell. *ad l. si unquam* verbo *revertatur c. d. revoc. donat.* Ejusque Epitomator Joh. Paurmeister *lib.* 1. *cap. ult. de jurisd. ex Accursio et aliis*, similis cum panormitano est opinionis: Si igitur utuntur istis verbis, non alio sensu credi debent eadem usurpasse, quam quo sciverunt communiter eadem venire. An tamen juri civili ista panormitani quadret observatio, asserere non audeo, cum multa ibi inveniantur sociis verbis praesentis et praeteriti temporis, ad quae tamen in aliis locis dicitur necessaria esse sententia, uti apparet ex *l.* 5. *ff. qui sine manumiss. ad lib. perven. et d. l.* 1. *c. pro quib. caus. servi.* Finitoro *sect* 2. *membri* 1. succurrit apud *Grotium l.* 1. *cap.* 3. §. 16. *de jure b. et p.* me legisse *ipso jure*. Prin-

cipem legum fundamentalium transgressorem judicari; quae loquendi formula eatenus tolerari meretur, si habetur respectus ad djiudicationem, quam lex per judicem peragit, qui hoc casu teste *Grotio* non adest. Sed non eatenus, ut tempore delicti perpetrati. Rex imperio cecidisse habendus. Judicat enim ipsa lex hoc casu ad effectum animi convincendi. Monendum quoque remansit, verba *eo ipso* quae frequentia in aurea bulla, verb. gr. *caput.* 1. 14. 17. 20. ejusdem esse significationis ac *ipso jure*.

MEMBRUM II. SECT. I.

De eo quod fit ipso jure, quatenus facto juris subditi in judicio opponitur.

SUMMARIA

I. *An jus* mereatur dici *liberare*, ubi illa celebrata, quae *tit.* instit. *quibus mod. oblig. toll.* traduntur obligationem extinguere?

II. An dictam liberationem *ipso* jure contingere, statuendum.

III. Disquiritur quomodo jus *ipsum* liberet, an pariter *per exceptionem* uti fit cum *subditus* juris se ipsum liberat? Ubi de sensu *l.* 3. *ff. de rescind. vend.*

IV. Defenditur *solutionem* obligationem tollere *ipso jure*.

V. Idem in *compensatione*.

VI. Idem in *novatione*. An pactum *nudum* hodie *ipso jure* tollat obligationem?

VII. An acceptilatione liberatio *ipso jure* fiat?

VIII. An mutuo dissensu tollatur obligatio consensualis?

1. An pignoris conventio pacto contrario tollatur *ipso jure?* an per *exceptionem?*
Discutitur *l.* 51. *ff. de pactis.*

IX. Effectus ejus quod fit *ipso jure* opposito exceptioni.

1. Quod extincta obligatione jure ipso, illa deinde pacto extinctionem sequenti s. pacto de petendo non possit resuscitari. Ampliatur hoc ex *lib.* 27. §. 2. *ff. de pactis.* Cujus *l.* reconciliatio cum *l. fin. ff. eod.* discutitur.

2. In usuris sublatis extincta obligatione principali ipso jure.

3. In materia servitutis.

X. Absoluto tractatu liberationis quam jus ipsum, accedente tamen *utriusque* j. e. tam creditoris quam debitoris consensu, perficitur, sequitur progressus ad liberationem quae ipso jure quidem, *unius* tamen solummodo facto cooperante exoritur.

XI. Quaeritur I. An per *praescriptionem* ipso jure tollatur actio, an per exceptionem?

XII. An mulier alius quam mariti obligationem vel principaliter vel accessorie suscipiens contra sct. Vellejanum tuta sit ipso jure, an per exceptionem?

XIII. An testamentum inofficiosum, contra quod judex pronunciavit, possit dici *ipso jure* rescissum?

XIV. De sensu *l.* 4. §. 2. *ff. de pactis.*

XV. De sensu *l.* 34. *ff. de oper. libert.*

XVI. De sensu *l.* 8. §. 3. *ff. de fidejuss.*

XVII. De sensu *l.* 1. §. 2. *ff. quarum rerum actio non datur* et de sensu *l.* 36. *ff. de operis libert.*

XVIII. De sensu *l.* 14. §. 1. *ff. legat.* 1.

XIX. An confusione, quae oritur additione hereditatis, naturalis obligatio extinguatur?

XX. Removetur objectio ab illis, quae superius quoad effectum ipsius juris tradita. Ubi multa de *formula impetranda actori*, et de *formula* ad quam datur a praetore *pedaneus.*

XXI. An haeres ipso jure retineat *falcidiam?* *Aff.*
Cujus 1. Exceptio, si legata res indivisibilis v. g. servitus realis.
2. Si pluribus rebus legatis quasdam haeres solvit falcidia non detracta.

XXII. An ad diem usufructu vel emphyteusi concesso lapso tempore eadem cessent ipso jure, an vero opposita exceptione?

XXIII. Sensus *l. fin.* §. 5. *ff. de v. o.*

XXIV. Hactenus de *una* specie facti judicialis, nempe de *exceptione;* cui *ipsum* jus opponitur; sequitur species altera, nempe *condictio*, qua mediante jus, cum non ipsum nititur juvare, alicui succurrit.

XXV. Sensus *lib.* 16. §. *final. ff. de jure patron.*

XXVI. De petitione *bonorum possessionis*, quae pariter species actus subditi judicialis, cui *ipsum* jus opponitur. Ubi de *l.* 7. §. 8. *ff. de bonor. possess. secund. tabul.*

XXVII. Quaeritur, an pro cessu condemnatus, qui nullitate laborat, tutus dici possit *ipso jure?*

§. I. Cerebrum romani juris non quemlibet liberat, ubi liberatione dignus, sed alios negotio liberationem merente celebrato ab actione liberat, alios accedente insuper facto quodam liberationem non merente. Nam inserta formulae ante l. c. exceptio nullius meriti, si jus naturae spectaveris. Illi praeprimis sunt, qui *tit. j. quibus modis tollit. oblig.* recensentur; hi, qui exceptione actionem jure civili validam elidunt. Respectu *priorum* quaerendum, *an recte dicatur jus eosdem liberare;* sc. qui *solutionem* ejusque speciem *compensationem*, *acceptilationem*, *novationem* nudumque consensum recedendi ab obligatione peragunt; videtur quod non, quia non jus solvit quod debitum fuerat, nec acceptilationem, nec novationem, aut reliquos modos, quibus jure dicitur in ll. extingui obligatio, peragit; verum contrahentes ista faciunt. Aequitas postmodum naturalis dictitat, sublatam esse obligationem; sed illud dictamen non magis causa istius sublationis est aestimandum, ac illius, qui, videns alligatum sibi vincula exsolvere, dicit illum ligamine jam attineri nullo. Tam planissimum quoque est monitum aequitatis, illum liberatum esse, qui ea peragit quibus *d. tit. institut.* tolli obligatio dicitur. *respond.* Jus civile dictamina juris naturae seu rationis universalis, adoptare; et cum adoptat, nec iisdem juris primaevi nomen relinquit, numero jurium civilium venire. Non quidem origine, sed approbatione aut repetitione. *l.* 3. §. 1. *ff. de constit. pecun. l.* 72. *pr. ff. de solut.* Sed ista adoptatio non mereri mihi videtur, ut pro istius juris effectu, quod sibi eumdem adscribit ob dictamen suum civile, sit admittenda. Illa est praeterea affectatio imperantium, quod nihil a subditis actum valere voluisse videantur, nisi oraculo suo id comprobante. Quod *ulti-*

mum attinet, fateor posse dici jure liberationem, cum idem dictat per oppositam exceptionem debitorem liberari. Sed non merebitur appellari *ipsum* jus, quia nulla superest in jure liberatio, ad quam jus extra sanctionem suam et adjunctam exceptionem illius qui liberandus, aliud quid ulterius requirat, ad cujus remotionem haberi respectus possit.

§. II. Peracta disquisitione, quatenus dici possit recensitis *d. tit. institut. quibus mod. toll. oblig.* negotiis intervenientibus, jus liberare, perspiciemus, an *ipso* jure liberationem illam contingere dici possit? inserviet illa consideratio tradendae definitioni ipsius juris quatenus facto juris subditi in judicio opponitur. Puto ipsum jus dici posse sequenti respectu. Jus praetorium quando aliquem dictitat liberatione dignum esse, liberationem illo dictamine non absolutam putat, sed requirit insuper in *pr. j. de judiciis l.* 84. §. 5. *ff. de legat.* 1. *l.* 8. 9. *cap. de except.* operam excipientis de liberatione jure praetorio sibi competente. Jus civile autem nihil ulterius requirit ad liberationem illius, quem liberatione dignum judicaverat. Ergo habito respectu ad jus illud, quod non ipsum perficit liberationem, sed insuper operam exigit liberandi jus ipsum liberationem peragere dici merebitur, quod absque opera aliena liberationem absolvit. Sed hic objicies, jus civile quoque requirere ad liberationem suam operam illius qui liberandus. Imo excipientis *l.* 3. *ff. de except.* Si enim conventus actione incompetente, non dixerit, liberationem sibi competere, non minus condemnabitur ac tutus exceptione praetoria eamdemque non objiciens. Differentia quidem, quod hic *ab initio* contestatio facienda, illinc usque ad rem judicandam, et *in quibusdam* usque ad executionem; sed id ad rem non facit, quia nihil interest, an in *tempore* sit differentia, dummodo nulla quoad *necessitatem* contestandae exceptionis. *Respond.* factum hujus excipientis non contribuere perficiendae liberationi, uti contingit in liberatione praetoria, sed ad molestiam litis amovendam, et ut constet de jure competente; aliud in liberatione praetoria, ubi exceptio facit pro complenda liberatione. Unde non promiscue ipsam contestari liberum, quod sane liceret, si factum liberatione dignum esset completum.

§. III. Tradita definitione ejus quod fit ipso jure, quatenus opponitur facto subditi in judicio, antequam recensioni eorum quae sic ipso jure fiunt me applicem, nihil propinquius video, quam investigare, *quo modo* jus ipsum operetur; an *factum istud quo subditus ejus in judicio operatur*, supplere pariter teneatur per se ipsum operando? *Seu*, an jus quoque operetur per exceptionem a se ipso oppositam, uti necessarium subdito ejus? Certum est, quod ubi actio tollitur jure ipso, eadem penitus sublata sit. Ipsum jus enim ubi in jure dicitur liberasse, semper tali id satisfactione contigit, qua tollitur obligatio, ut inferius perspicietur. Ergo cum exceptio actionis sit exclusio *l.* 2. *ff. de except.* sequitur, ubi actio nulla est nec exceptioni esse locum. Allegare quidem quis tenetur, quod ipso jure sit liberatus, et illam allegationem exceptionis, si late *vox* ista sumitur mereri nomen inferius ex *l.* 3. *ff. de except.* probabitur; sed illa exceptio *non excludit jus agendi competens*, verum allegat saltem jus agendi nullum competere. De priori vero loquor. Si itaque exceptione non opus, ubi actio sublata, nec jus ubi *ipsum* liberat, liberandum per supplementum exceptionis, ab ejus subdito alias contestandae istum prodidisse effectum consendum. At enim multum obstat *l.* 3. *ff. de resciad. vend.* ubi dicitur consensuali contractu per contrarium consensum sublato, exceptionem hoc novo dissensu natam, prodesse venditori contra emptorem, eamque inesse *b. f.* judicio. Plurimi dicunt verbis istis: *quia exceptiones* pacti bonae fidei *judicio insunt*, contineri. *Non opus ibi esse contestatione ante litem contestatam, sed etiam post eam posse opponi; diversum vero, ducta a contrario argumentatione, sentiri de stricti juris judicio, quia de b. f. judicio lex sit expressa.* Quae universa existunt vera, *dictam l.* 3. multis aliis v. g. *l.* 21. *ff. de sol. matrim.* et *l.* 84. §. 5. *legat.* 1. *l. fin. ff. de petit. haered.* confirmantibus. Proinde exceptionem formulae judicii *b. f.* inserere ante l. c. non erit necesse, quia quod inest judicio *ipso jure* (qualiter id hoc casu sine dubio inesse dicendum) facto hominis non indigebit. Ad *str. juris* igitur judicia *l.* 8. *et* 9. *c. de except.* nec non *l.* 9. *c. de praescr. longi tempor.* spectabunt. Quibus praemissis me ad *d. l.* 3. *ff. de resc. vend.* recipio, eamdem considerandi, quatenus obstat ei quod dixi, jus cum dicitur ipsum sustulisse obligationem, non id fieri mediante contestatione exceptionis, quam ordinarie reus conventus peragit, sed sola dispositione *obligationem sc. illis modis tolli.* Dicitur hic, quod emptor paciscens cum venditore de re vendita sed nondum tradita, non petenda, agere non possit actione empti, addita ratione, quod exceptiones insint b. f. judicio. Jam vero ex *l.* 27. §. 3. *ff. de pact. et* §. *fin. j. quib. mod. obl. toll.* constat, contractus consensualis obligationem tolli pacto. Ubi vero obligatio est sublata, ipso jure eadem sublata dici poterit, habito nempe respectu, ad illud jus, quod per operam alterius ordinarie procedit. Quoniam tamen in *d. l.* 3. illam obligationis peremptionem contingere dicitur, *quia exceptiones b. f. judiciis insunt*, apparet, jus ipsum non nuda dispositionis efficacia extinxisse obligationem, sed ope exceptionis, sua dispositione judicio insertae. Omnibus dd. mira *d. l.* 3. visa est; et pro eadem declaranda, varie laborasse apparet. Antonius Faber *in rational.* stultam et absurdam aliis appellat rationem, *quia bonae fidei judiciis exceptiones insunt.* Proinde eamdem honestandi et connectendi cum casu proposito, *ait*, pacto non tolli *obligationem* consensualis contractus traditione nondum impleti, sed tantum *actionem* provenientem ex tali contractu. Verum durantis et cessantis actionis idem tempus est cum exordio et fine contractus quoniam actionis subsistentia dependet ex statu obligationis. Ad haec expresse *l.* 27. §. 2. *ff. de pact.* dicitur, si contractus *b. f.* traditione non impletus, et pactum de non petendo secutum, *obligationem* esse sublatam. Ibi, *si pactum conventum totam* obligationem *sustulerit*. Alii dd. Accursii sequaces, dicunt, per exceptiones, quae *b. f.* judiciis inesse *d. l.* 3. dicuntur, intellexisse jure consultum, *exceptiones facti s. intentionis.* Has enim non praesupponere actionem, sed competere tantum ad allegandum, jus agendi nullum esse agenti. Illi, qui opinantur, non dari exceptiones facti habent quod in sententiae nostrae adjumentum respondeant. Verum mihi indecens istud subsi-

dum, infra comprobaturo ex *l.* 3. *ff. de exc.* dari *exceptiones facti*. Probandum itaque exceptiones facti non intellexisse Jconsultum *d. l. ff. de rescind. vendit.* Constat ex *l.* 9. *c. de except.* quod ille non opus habeat exceptione, qui conventus ab illo, qui nullum jus habebat agendi. Sed id intelligendum de exceptione quae praesupponit actionem. Ipsum tamen opus habere exceptione facti, i. e. allegatione, avertendi aut sententiam, aut sententiae executionem. Sed an eadem inserendae judicio per contestationem, uti exceptiones actionem praesupponentes, non video. Nam exceptiones contestandae istae dicuntur, quae praesupponunt actionem *l.* 9. *c. de except.* ergo excluduntur illae quae actionem non praesupponunt. Nam si dicis, contestatione opus, quo exceptio pars fiat constituendi judicii, seu eorum, secundum quae judicatur, exceptio facti non exclusa erit, quocumque durantis judicii articulo opponatur, cum quodlibet judicium constitutum contineat facultatem exquirendi, *num agendi jus sit vel non*, illudque inclusum sit tam judicio, si praetor ipse judicat, quam formulae, si sub eadem dederit Pedaneum. Quis enim inficiaretur cuicumque judici esse facultatem absolvendi non obligatum; talis vero est, qui exceptione facti utitur. Quoniam igitur contestandi necessitas nulla apparet quoad exceptionem facti, nec jus eamdem *d. l.* 3. peregisse in b. f. judiciis concludendum. Oportet itaque, ut exceptiones intelligantur actionem praesupponentes. Sed, *objicis*, actionem *dictae legis* 3. casu dari non posse, quia dissensu tollitur obligatio consensualis. *Respond.* Ope exceptionis *ipso jure* insertae, tolli actionem; et §. *fin. inst. quibus mod. toll. obl.* et *d. l.* 27. *ff. de pactis* supplenda esse ex *d. l.* 3. *de resc. vend. d. l.* 84. §. 5. *legat.* 1. *d. l. fin. ff. de petit. d. l.* 21. *ff. de sol. matr.* Adeo ut verum sit ipso jure tolli dissensu consensualem contractum, sed id fit *mediante exceptione*. Hanc vero jus inserit judicio per *se ipsum*, non per judicem suum instituto, mox eo momento quo rata. Alias enim si contractum b. f. secutum fuisset pactum non de petendo et huic iterum additum aliud *de petendo*, hoc posterius pactum, praecedentem b. f. contract. resuscitaret, quod tamen contra *d. l.* 27. verba, *non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur*. Resuscitari vero originalem actionem posteriori pacto, *purs.* 1. §. 2. *d. l.* 27. aperte praebet exemplum. Quandocumque autem *solutione*, aut ejusdem *speciebus* tollitur obligatio, jus ipsum operatur tunc *non per exceptionem*, sed *mera dispositione*, quia exceptio talis hoc casu non requiritur qua indiget insertione, actione quippe radicitus sublata. Ratio differentiae est, quod contrarium pactum facti sit, ergo praecedentem obligationem, quippe quae juris tollendi ineficax. Solutio vero *juris* esse habetur; ergo non mirum, ex jure fundamentaliter sublatum a se, in jure romano haberi. Vid. *l.* 27. *ff. de pactis.*

§. IV. Explicata jam *causa* cur jus pronomen mereat ipsum, ubi absque exceptione tolli actionem, et tradito *modo*, quo jus ipsum operatur, nihil ulterius restat peragendum, quam ut leges istas apponam, ubi jus ipsum operatum esse dicitur. Equidem sufficiens videbatur, exposita *ratione* pronominis et *modo* operandi, leges simpliciter enumerare. Verum qui explicationem earumdem intuebitur, assentiet declaratione opus fuisse ulteriori. Igitur quoniam primum considerare libet, quatenus jus ipsum tollit obligationem, nec id peragit adhibita opera subditi judicialis s. excipientis, auspicium esto a *solutione* in specie tali. Haec tollit obligationem, *pr. j. quib. mod. toll. oblig.* Hoc vero jure disponente sic fit, quod cum non requirat excipientem operam alterius, uti fit ubi liberationem temporalem sancit, sed adhibita opera excipientis *ipsum* liberationem omnimodam effecisse dicendum. Probatur hoc (1.) *l.* 71. *pr. ff. solut.* Ipso jure hic desinere teneri dicitur ille, qui uxori soluto matrimonio, servum aut nummos obtulerat, eadem absque culpa sua perdidit. Pronominis ibi non alia ratio, quam quod oblatio jure facta sit loco solutionis, si res postmodum perierit *d. l.* 72. *pr. ibi pro soluto, id sit. ff. de solut.* Verum obloqui videntur ei quod dictum, ipso jure maritum desinere teneri cum oblatione facta res periit, et oblationem re peremta, esse pro solutione verba *de pr. l.* 72. qui decem debet, si ea obtulerit creditori, et ille sine justa causa accipere recusavit, deinde debitor ea sine sua culpa perdideri, doli mali exceptione se poterit tueri. Nam si doli exceptione opus habet, sequitur eumdem non ipso jure liberari, quia ista liberatio omnem actionem tollit, quam tamen exceptio praesupponit. Graviter profecto doctoribus nostris illa dissonantia incumbit, distinguentibus tandem *primo* inter *b. f.* judicia et stricti juris, ibi ipso jure liberare *oblationem*, hic per exceptionem. Agi vero *d. pr.* de obligatione stricti juris, quia dicitur debitorem per doli exceptionem liberari; at ubi dicitur ipso jure obligationem desinere, agi de b. f. actione. Actionem dotis enim b. f. esse, et de eadem agi in fine *d. pr.* Sed invalida dubio isti medela. Nam *l.* 105. *ff. de v. o.* dicitur, si Damas stipulatione promissus et recusatus perierit *continuo* debitorem liberari. Verbi *continuo* non alius sensus esse potest, quam nullam remanere amplius obligationem, nec exceptione opus, quasi obligatio adhuc duraret. Et mirabile *diceres*, quod dd. dixerint, ideo b. f. obligationem perire, si res post moram creditoris perierit, quia b. f. judiciis exceptiones insunt. Si enim insunt exceptiones, sequitur non ipso jure ibi obligationem sublatam, sed per exceptionem; nihil enim interest, sive per exceptionem inhaerentem, sive per objiciendam obligatio aboleatur. *Secundo* inter quantitatem debitam et speciem. Ibi per exceptionem liberari debitorem; hic ipso jure. Verum expresse in fine dicti principii dicitur, et debitorem speciei et quantitatis ipso jure isto rei interitu liberari. Quomodo igitur contrarietate laborantibus inextricabili succurrendum? *Respondeo* per *exceptionem* liberationem et *ipsius juris in d.* 72. *pr. ff. de solut.* esse ejusdem significationis. Idque *d. l.* 105. valide confirmatur, quippe qua statuitur ipso jure fieri in judicio *str. juris* quod *d. l.* 72. in simili judicio asseritur, fieri per exceptionem. Nec obstat, quod exceptio non competat ubi actio nulla, uti contingit solutione. Nam id falsum, licet communis dd. sententia contradicat, quia *l.* 3. *ff. de exceptione* dicitur, allegationem illam, qua reus dicit *nulliter* id negotium gestum, ex quo actor praetendit jus agendi esse exceptionem. Indeque fit ut exceptio appelletur allegatio mulieris, nullam suam esse fidejussionem. Certum itaque ipso jure sublatam esse actionem solutione. (2.) Id probatur *l.* 38. §. 1. *ff. de*

solut. a contrario sensu. Hic quaeritur, si quis debitorem suum jusserit Titio solvere, deinde Titium vetuerit accipere, debitor tamen *ignorans* interdictam Titio acceptionem, ipsi solvit. An ipso jure liberatus sit? Ait lex, quod non, si Titius animo furandi nummos acceperit, sed per exceptionem, *Cujacius in Africano ad d. l.* rationem putat, quia cum nullum dominium transtulerit in furantem Titium, quod tamen solutionis substantiale, solutionem nullam factam haberi; solutionem vero necessariam, si ipso jure obligatio tollenda. Quae ratio ejusdem sensus est, ac ratio legis, quae dicit ipso jure ideo non liberari solventem, quia nummi cum manerent solventis s. decepti, eumdem solvisse non aestimari. Exemplum enim regulae hoc est istius, quae ait, rem habere qui actione gaudet ad eamdem obtinendam; deceptus vero habet actionem furti, vindicationem, condictionem furtivam. Ultimam (puto tamen idem esse quoad vindicationem) si cedere vult, *adjungit d. l.* 38. creditori, ut decepti nomine eamdem intentet contra Titium, exceptione liberari debitorem a creditore debitum postulante. Exceptionem illam Cujacius *d. l.* exceptionem doli putat esse, cujus rationem non ex merito solutionis fraudibus exortae manare puto, sed quia jus iniquum videbatur, ulterius urgere ad solutionem illum, qui solutioni simile quid praestare vult. Talis hic, qui cedere conditionem paratus est illi, cujus negligentia contigit, ut ipsi Titius pecuniam furaretur. Nam si hunc admonuisset ne sciperet, alter furtum non fecisset. Ex his quae dicta, a contrario sensu colligere licet, ipso jure liberationem contingere debitore creditori suo solvente, et nihil tale contigerit, quod *d. l.* 38. §. 1. Exceptioni fecit locum. (3) Ex eadem ratione evenire puto, quod in *l.* 28. *ff. de action. empti*, dicatur: *praedia mihi vendidisti et convenit ut aliquid facerem: quod si non fecissem, poenam promisi, respondit: venditor antequam poenam ex stipulatu petat, ex vendito agere potest. Si consecutus fuerit, quantum poenae nomine* stipulatus *esset, agentem ex stipulatu doli mali* exceptio *submovebit. Si ex stipulatu poenam consecutus fuerit*, ipso jure *ex vendito agere non poteris, nisi in id, quod pluris ejus* interfuerit, *id fieri.* Ait quidem Faber *ad d. l.* ideo agentem actione venditi ipso jure nulliter experiri, quia per *l.* 84. §. 5. *legat.* 1. exceptiones *b. f.* judiciis, quale actio venditi, insint ipso jure, adeo ut actor agere non posse dicatur *leg.* 3. *ff. de rescind. vendit.* Diversum esse in strictis juris judiciis, quale stipulatio ad poenam. Verum licet supra jam agnoverim, exceptiones inesse *b. f.* judiciis ipso jure, habito sc. respectu ad exceptiones, quae facto juris subditi i. e. alterius cujusdam opera insunt, attamen id verum erat in casu ubi nihil contigerat, quod ipso jure actionem sustulerat, nempe si contractus consensualis dissensu secuto tollendus; ibi, quia pactum contrarium *facti* erat, non poterat, nisi per exceptionem *b. f.* judicio agnatam ipso jure, aboleri id, quod *juris* fuerat. At contra opinandum in praesenti casu quo jam jam ex *l.* 41. *et sequ. ff. pro socio* noscemus contigisse id, quod tollit praecedentem obligationem ipso jure, nempe *solutionem.* Nihil igitur facit *Fabri* ratio. Non tamen ejus falsitas ipsi adeo exprobanda, cum post *Azonem*, et *Saliceto* eamdem amplexus, qui mereretur evolvi *in commentar. ad d. l.* 28. *n.* 3. Caeterum non alia ratio *d. l.* mihi videtur, quam quod debitum ejus quod intererat, adeo sublatum acceptione poenae, actione ex stipulatu obtenta, ac fit ubi solutum illud quod debebatur, uti apparet ex *l.* 41. *et seqq. l.* 71. *ff. pro socio.* Ubi vero solutum quod debebatur, sublata actio. Idem hic erit in actione venditi tollenda *tendente* nimirum venditi *ad interesse.* Sed diversum jus ubi prius actum actione ad interesse. Nam actio ex stipulatu ad poenam talis naturae est, uti intentari possit, licet agentis non intersit *l.* 38. §. 17. *in fin. ff. d. v. o.* Ergo solutio ejus quod interest, non potest dici esse solutio ejus, quod poenae nomine debebatur, nec actio ex stipulatu sublata. Et haec ratio est, cur non ipso jure actionem istam sublatam esse *d. l.* 28. dictum, sed per exceptionem. Quod uti conjecto per praetorem quemdam factum, agnoscentem tamen iniquum esse, qui tantum actione venditi consecutus, quantum in poena continebatur, ut hanc simul petat. Moneo praeterea, ne quis credat, ideo actione ex stipulatu praevia aboleri ipso jure actionem venditi ad interesse, quod novatio inducta si stipulatio contractui venditionis perfecto adjuncta, et novatione actio pristina tollatur ipso jure. Respondet quidem *Faber d. l.* novationem ideo non contigisse censendam *d. l.* 28. quia novatio, ut verbalis obligatio, non tollere possit obligationem consensualem. Sed id contra manifestum textum *l.* 2. *ff. de novation.* Verum falsum quod adjecta stipulatione consensuali contractui inducatur novatio, ut clare testatur *d. l.* 71. *ff. pro socio.* Eo pluribus enim munimentis ipsum insistere voluisse, qui contractui adjungit poenae stipulationem; aut si tantum in eo quod interest, quantum in poena, quo onere probandi interesse liberetur, novasse censendus. Nam qui sibi stipulatione poenali prospexit, sat probat, si probaverit stipulationem talem intervenisse; interesse vero non probandum. (4) Eadem ratio, quod in *l.* 46. §. *fin.* dicatur, debitorem pupilli ipso jure liberari, si tutori solutum. Tutor enim ille est, cui solvi potest, cui si solvitur sequitur quod tollatur actio, et si habetur respectus ad liberationem, ad quam jus operam alius adhibet sc. excipientis in judicio, juste dictum ipso jure debitorem pupilli liberari. (5) Hinc fit ut *l.* 27. §. 17. *in fin. ff. de petition. haered.* dicantur ipso jure liberari debitores haereditarii, si solverint possessori sive b. f. sit, sive praedo et postmodum pecuniam possessor solverit petitori. Ille vero, qui rem haereditariam a b. f. possessore emit, pretiumque petitor victor consecutus, saltem per exceptionem. Ratio prioris est, quia soluto eo quod debitor ei cui debetur, extinguitur obligatio; hac extincta oritur liberatio; habito deinde respectu ad liberationem quam jus, quod eamdem dictitat non ipsum peragit, uti solutione praestita fit, sed ad ejus perfectionem operam adhibet liberandi, *ipso jure* talis liberatio dici merebitur facta. Sed obstat hic, quod dum debitor solvit, possessor non solvisse habendus sit cui debebatur, i. e. vero haeredi, quia lex tractat de possessore, qui postmodum victus i. e. non haeres declaratus. *Respond.* solventem mandatario ejus cui quid debebatur, solvisse haberi ipsi debitori *l.* 17. *et l.* 29. *ff. de solution.* Ratihabitio autem aequiparatur mandato, hanc peragit victor dum accipit (de quali in *d. l.* agitur) pecuniam, quam a debitoribus possessor exegerat. Ratio posterioris est, quia quamdiu non solvitur quod debetur, uti nulla obligationis extinctio, ita nulla liberatio *ipsius juris*; ergo si quis liberandus est, nihilominus

per exceptionem id fieri debet. Non vero solvit emptor, quod debebatur illi, a cujus actione liberari debet, sc. vero haeredi et jus dominii in re eidem a falso haerede vendita habenti. Ipsi namque rem venditam debebat; hanc vero non restituit, licet falso haeredi solverit pretium de quo conventum. Quoniam tamen falsus haeres (qui hic praesupponitur b. f. possessor. Nam si malae fidei possessor, uti favore indignus, ita emptor rei vindicatione mox premitur, cujus evictionem possessor praestare eidem tenebitur. Certum quidem *arg. l.* 20. §. *pen. ff. de petit. haered.* quod victus possessor licet in m. f. fuerit, victorem petitorem convenire possit, quo ipsi praestet indemnitatis cautionem, si ob evictionem ab emptoribus rerum haereditariarum conveniretur. Sed illud intelligendum de evictione, quam emptores passi ab alio, quam a vero haerede. Quo casu uti apparuit rem illam fuisse alienam, non defuncti, ita locupletatur cum possessoris *m. f.* damno) inique conveniretur ab emptore ad praestandam evictionem, exceptione ipsi contra vindicationem fuit consultum. Tradita sic ratione pronominis *d. l.* 25. §. 17. clara est ratio pronominis *l.* 31. §. *fin. ff. de petit. haered.* (6) *l.* 86. §. 1. *ff. legat.* 1. dicitur, si testamento Stichus ab uno haerede legatus fuerit Mevio, et eidem codicillis idem Stichus ab omnibus haeredibus: et antequam codicilli aperirentur, Mevius litis aestimationem consecutus fuerit, illum vindicari ex codicillis *ipso jure* non posse. Ratio pronominis haec est: constat *ex l.* 3. §. *ult. de adimend. legat. et l.* 18. *de l.* 3. legata adimi nuda voluntate contraria: ergo multo magis eadem sic reformantur. Quoniam vero in *d. l.* 86. agitur de Sticho ab uno haeredum Mevio legato in testamento; sed post subsecutis codicillis ab omnibus haeredibus, censendum onere solidi legati priorem esse levatum, illudque postmodum universis impositum. Si igitur Mevio solvit Stichum, reliqui omnes sunt liberati, quia pro alio, etiam invito, si solutum fuit, liberatio contingit *pr. i. quibusmod. obl. toll. l.* 53. *ff. de solution.* et vindicatio a legatario Mevio contra caeteros haeredes alias exercenda, extinguitur. Jus autem quod vindicationem hic impedit, quoniam ad id operam non requirit excipientis, sequitur quod si ad jus illud quod vindicationem impedit per subditi sui factum judiciale i. e. exceptionem, habeatur respectus, ipsum jus appellandum sit. Inde evenit, quod *d. l.* 86. ipso jure Mevius vindicare non posse servum a reliquis. Aliud si priori mansisset necessitas solidi legati etiam post codicillos, illud praestando non potuissent dici cohaeredes liberati, quia ipsorum debitum prior non solvisset, sed proprium. Verum illis quae jam dixi obstat (1) quod *d. l.* 86. §. 1. dicetur Mevium *ex codicillis* Stichum a reliquis haeredibus *vindicare non posse*, si jam eumdem ex testamento consecutus. Si ex codicillis vindicandi jus non competit, sequitur quod testamenti dispositionem immutare non valuerint. Ergo unius solutio omnibus facta non erit censenda. *Respond.* Dictorum verborum *ex codicillis vindicari non potest* non illum esse sensum, quod codicilli testamentum praecedens non reformaverint, cujus contrarium quippe *dictae ll.* probant; sed quod praestitus opinione valentis testamenti Stichus, peti nequeat tamquam debitus, ulterius a reliquis quoque haeredibus ob codicillos, quibus ejus legatum repetitum. Interim ex jure codicillorum erit, ut solutus Stichus secundum testamentum debito omnium prosit extinguendo Sed *dicere* pro cohaeredibus quoque oneratum testamento solvisse, non censendum esse, quia pro se solvisse censendus qui se solum videt obligatum, non etiam pro alio quem nescit. Huic accedit *l.* 48. *ff. de rei vind.* ubi suis impendiis rem apparens alienam, actione dicitur carere, solaque exceptione sumptus istos servari, add. *l.* 19. §. 1. *in fin. de condict. indeb.* Quomodo *d. l.* 86. ergo interpretanda? Puto sequenti ratione dici posse, negotium codicillis oneratorum gerere voluisse oneratum testamento: indubitabilis juris, quod solvens legatum indebitum, idem condicere possit. Si vero quis postquam agnovit, legatum solidum non sibi incubuisse, condictione non utitur, conscius solutionis solidae ab universis peragendae, ipsorum negotium agere voluisse aestimandus erit. De tali vero qui indebitum solutum non repetiit *d. l.* 86. loqui, ideo clarum, quia ibidem dicitur, ex codicillis legatum denuo peti non posse. Relictum vero oportet quod condicturo debebatur, et quod dictum est, *peti non posse.* Sed ulterius quis objiceret, actionem negotiorum gestorum non competere cohaeredi in cohaeredem, sed familiae herciscundae judicium isti curae destinatum. Ergo si actioni neg. gest. non locus, negotium cohaeredum non gestum habendum esse. *Respond.* Extra quod illa sententia ob *l.* 3. *c. de negot. gest.* adhuc controversa, uti videri potest apud Cujac. 26. *obs.* 36. diversa sunt negotium gestum, et actio negotiorum gestorum. Illud potest judicialiter proponi absque hac. Unde competit actio mandati ex negotio mandato gesto. Idem in casu *d. l.* 86. esset, si ex *dd. ll.* certum, actionem negotiorum gestorum non competere communione detentis, (7) *l.* 42. §. 1. *ff. de furtis.* haec habentur verba: *interdum et manumissus et qui eum manumisit, ob furtum tenetur, si manumisit, ne furti cum eo agi possit: sed si cum domino actum fuerit, ipso jure liberari manumissum,* Sabinus respondit, *quasi decisum sit.* Pronominis hic non alia ratio, quam quod solutio extinxerit obligationem, et respectus habitus ad liberationem, quam jus non ipsum perficit, sed juxta requirit factum excipientis. Caeterum multum in se celare mysterii credebam ab initio verba *quasi decisum sit.* Arbitrabar latere iisdem totam doctrinam ejus quod fit ipso jure; eamque esse, ut ipso jure dicatur factum, quod indubitabilis aequitatis esset. Verum intuendo postmodum, quod non minus indubitabilis liberatio, quae per exceptionem fit; significationemque verborum, *ipso jure*, non convenire cum re explicanda, conclusi verba *ista in d. l.* 42. non aliud significare, quam solutione domini omnem de furto actionem et litem decisam, et absolutam esse. Tantus enim ipsius juris effectus, quo nullo *sc.* facto excipientis ulterius opus (8) *l.* 23. *ff. de tutel. et ration.* ubi haec habentur verba: *convento haerede tutoris judicio tutelae, curatorem ejusdem, neque ipso jure liberatum videri, neque exceptionem re judicatae ei dandam: idem in haeredibus magistratuum observandum.* Legi huic intelligendae lucem exhibet *l.* 39. §. 15. *ff. de administr. et peric. tut.* Ubi haec verba: *adolescens tutoribus conventis a quibus totum servari non potuit: adversus curatores, qui tutelam ad se negligentia non transtulerint, integram actionem, retinet. Neque enim tutelae judicio consumptum videtur, quod alterius judicii querelam habuit.* Ratio itaque *d. l.* 23. est, cum diversi fuerint debitores,

unius solutionem alterius debito non prodesse, neque si prior vicerit, tutor nempe, curatori inde exceptionem rei judicatae. Prius si contigerit, quoniam solutio ipso jure dicitur liberare, habito respectu ad liberationem quam jus eumdem dictitans opera aliena perfecit, ejusque meritum removendum ab illo qui non solvit, sequitur, quod idem dicendus ipso jure non liberari. Quod enim convenit Titio, convenit quoque Paulo negative, si affirmativum ab eodem removetur. (9) *L.* 12. §. *fin. ff. de jure dotium* dicitur, si cum marito debitore mulier pacta sit, ut id quod debebat in dotem habeat, dotis actione scil. eam agere posse. Licet enim ipso jure priori debito liberatus non sit; tamen exceptionem habere potest, scil. contra uxorem constante aut dissoluto matrimonio forte ecturam. Huic objicit *Salicetus* in comm. *ad d. l.* 12. Liberationem fieri debiti, si illud mulier creditrix marito debitori dotis nomine retinere permiserit *l.* 58. §. *fin. ff. eod. et l.* 15. *ff. de reb. creditis.* Idque quia mulier creditrix pecuniam recepisse et restituisse censenda, fictione brevis manus cuncta operante, *respondet* sibi *Salicetus* quod *d. l.* 12. agatur de pecunia, quae non parata fuerat solutioni; et *d. l.* 58. de re debita eidem parata. Enimvero, praeterquam quod *d. l.* 58. liberatio obvenisse marito dicatur, licet Pamphilum non habuerit i. e. licet res debita solutioni non parata adfuerit; attamen et alia ex causa opinio *Suliceti* erronea, quod nempe videatur respexisse veluti requisitum fictioni brevis manus ordinarium, sc. *praesentiam rei tradendae.* Sic requiritur ut in conspectu aedium claves tradantur. Verum nemo fictionis istius id credat requisitum perpetuum; nam non omnis fictio brevis manus *praesentiam* rei tradendae poscit; uti clare apparet ex casu, quem Ulpianus tractat in *l.* 43. §. *fin. ff. de jure dot.* Ubi dicitur, si extraneus dotem promiserit debitori suo, et praecesserit acceptilatio inter creditorem et debitorem, pecunia habeatur brevi manu accepta ab uxore et tradita marito. Acceptilaturi pecuniam apportasse non praesumendi, quia ejus praesentia solemnitas acceptilationis non indiget, nec ea opus donatione tractanda. Optimos veterum et recentium *jconsultorum* commentarios hac de lege evolvi, sed omnes praetermisere dubium ex *d. l.* 15. *et l.* 43. ortum hoc, praeter *Salicetum*; quo tamen effectu idem responderit, exposui. Nec pro *ipso* quid adferri posse aliud videtur, quam quod praesentia nummorum adeo necessaria fuerit, fingendae brevi manui, ut ejus mentio supervacanea visa *d. l.* 43. §. 1. *et l.* 58. Quae conjectura licet nullibi, quantum circumspicere mihi licuit, in jure *expresso* textu reprobetur, et sic requisitum aedium propius conspiciendarum, cum specialitatis ratio nulla, universale, attamen quoniam requisitum ab omni ratione remotum, semel *sc. in l.* 74. *ff. de contr. empt.* positum in jure, illud universale non praesumendum, meritoque ista conjectura temeraria videri debet. Ad haec neque §. 45. *i. de r. d.* neque *l.* 74. *ff. de contrah. empt.* traditionem clavium in conspectu horrei fieri *brevi manu* dicitur, uti dd. in commentariis ad *d.* §. opinantur, (vid. *Balduinus* ad eumdem,) sed tantum asseritur, quod horreum habeatur pro tradito, ac si revera introductus. Ergo fictio brevis manus aestimanda ex illis requisitis, ubi *expresse* de eadem tractatur, uti est in *d. l.* 43. Quid igitur ad *d. l.* 58. et *ad d. l.* 43. qua utraque liberatio ex remissione dicitur contingere, respondendum? Hoc forte? *Ex pr. d.* 43. constat. quod ille qui debitum sibi marito voluerit dari in dotem, praevia acceptilatione eumdem liberare solere; haec vero liberatio contingeret ipso jure, uti jam declaratum. At *d. l.* 12. dicitur, si mulier cum marito debitore *pacta est.* Hic verbum *pacisci* si non generaliter sumpserit, ita ut omnem conventionem complectatur, sed specialiter de pacto liberatorio, clarescet, obligationem non esse sublatam, dicique posse habito respectu negativo ad illum, qui jure opera utente excipientis liberatur, eumdem ipso jure non esse liberatum sed exceptione. Nec quidquam facit *d. l.* 43. quod debitum acceptilatione sublatum ait, si idem mulier marito dare voluerit in dotem. Nam dicitur in *d. l. solitum sic fieri*, ibi asseritur non semper. Verum nec haec conciliatio posset sufficiens videri; nam expresse dicitur §. 44. *i. de r. d.* Si *nuda* voluntate conventum, ut debitum debitor dotis nomine habeat, eo ipso quod mulier aut extranens petitur debitum retineri, ejus pecuniam pro tradita *statim* haberi. Si pro *tradita* habetur, oportet ut et habenda pro *accepta.* Tunc vero solutionem intervenisse dicendum. Et sic certum, quod debitor liberatus ipso jure, non per exceptionem uti *d. l.* 12. statuit. At diceres forte, imperatorem *d.* §. 44. verbis: *nuda voluntas*; egisse de nuda voluntate non opposita illi, quae solemnitate acceptilationis vestita; sed de illa, quae opponitur traditioni rei conjunctae. *Respond.* Si haec imperatoris mens, praedicta resolutio vindicata erit. Nec est quod dicas, etiamsi pacta mulier saltem sit cum marito, attamen fictam illam traditionem et acceptionem brevis manus sufficere, licet eadem ex acceptilatione, quae hic non adhibita, non concludi possit. Si enim ex *pacto* illa quoque fingenda, cur quaeso *d. l.* 43. dicitur dos acceptilatione celebrata, si eamdem debiti remissione mulier constituitura? Si mutuum absque praevia acceptilatione contrahitur, causa est, quod quaedam singularia frequentioris usus causa sint recepta, uti expresse *d. l.* 15. *ff. de rebus cred.* dicitur. Nec tertio obstat, quod debitum pacto extinguatur §. *fin. i. quibus mod. obl. tollitur.* Nam hoc intelligendum de debito, cui nondum accessit traditio rei super qua contractum. In *d. l.* 12. autem praesupponendum, maritum aut contractu reali, aut consensuali, cui traditio contigit, fuisse obligatum *vid. d.* §. *fin.* Adhaec superius §. 3. probatum, dissensu tolli quidem obligationem; sed ope *exceptionis* quae inest *b. f.* judiciis. Monendum postremo, quod nulla connexio appareat inter praecedentia *d. l.* 12. quibus dicitur actione dotis illam agere posse, quae olim pacta cum marito, ut debitum dotis nomine retineret; et consequentia verba: *licet enim ipso jure non sit liberatus, tamen exceptionem habere potest.* Quid enim juvat actionem dotis intentandam, num maritus pristinus ipso jure liberatus ab actione pristina, ante nuptias competente sive per exceptionem, cum actio dotis nova sit: nisi dicere velis, mentem *Ulpiani* esse, *sive* actione dotis mulierem agere posse cum effectu; pristina non posse cum effectu, quia eadem opposita exceptione intervertitur, *sive*, videri agere non posse uxorem ad recuperanda accepta, quia nihil maritus accepisset; sed revera ipsum accepisse censendum, dum exceptione esse incepit. (10.) *l.* 8.

§. 3. *ff. de fidejussor.* dicitur, quod si fidejussor datus fuerit de judicio sisti, non liberatus idem sit ipso jure, licet ad sententiam usque reum stiterit judicio, sed saltem exceptione. Ratio sine dubio, quod tempus non sit modus tollendi obligationem ipso jure, sed per exceptionem *l.* 44. §. 1. *ff. de o. et a.* Stipulationi vero judicio sistere reum, quo ad totam causam, tempus inest illud, quo judicium finitum. Quomodo praestatio certo tempori adstricta vel a stipulantibus vel a testantibus non ipso jure cesset, sed per exceptionem, incidenter evolvi meretur Bachovius *ad* §. 3. *j. de verbor. obl.* Cogitandum vero relinquo, quod jus civile lapso temporis noluerit finire obligationem, ad tempus certum licet concepta fuerit, attamen eamdem finiverit, si temporalis, completa praescriptione. Non enim per exceptionem tutus est praescriptionem implens contra actionem temporalem, sed ipso jure. Dicitur enim *l.* 6. *ff. de o. et a.* Obligationem finiri per praescriptionem, idemque §. *finitur.* 3. *j. de usufr.* et *l.* 15. *pr. de damn. infect.* confirmatur. Si actio duraret, non dd. ll. dixissent obligationem finitam. De quo *infer.us plura.*

§. V. Quod in solutione generaliter sumpta juris, pariter obtinet in solutionis speciebus. Primum considerabimus *compensationem.* De hac communis dd. sententia, quod tollat actionem ipso jure et comprobandae veritati opinionis adducitur *l.* 4. *l.* 10. *pr. l.* 21. *ff. de compens. l.* 4. *l. ult. c. eod.* §. 30. *j. de action.* Verum quod attinet *l.* 4. *ff. de compens* fateor ibidem asseri debitum compensatione tolli ipso jure, idque non alio merito, quam quod liberatio per compensationem, oppositae fuerit liberationi quam jus non ipsum peragebat, uti accidebat in compensatione, sed quam subditus juris, dictantis liberationem, exceptione complebat. Confirmatur *l.* 4. *per* §. 30. *j. de action.* Ubi dicitur, in b. f judicio aequa judicis aestimatione factum, ne debitor conventus condemnatus; in st. juris vero judicio, opposita exceptione. Justiniani vero constitutione factum, ut in utroque judicio ipso jure minuat compensatio actionem. Quod ultimum sensui *l.* 4. *ff. de compens.* congruum. Quod vero dicatur *aequa judicis aestimatione,* factum, ut ante Justinianum debitum reciprocum compensatum in b. f. judicio, indicium praebet, illis temporibus ne quidem in b. f. judiciis compensationem ipso jure minuisse debitum. Nam si ipso jure compensatio debitum minuit i. e. liberat ab obligatione, non video quid opus ipsi fuerit aequa judicis aestimatione, cum ordinarium judicis officium. *st. juris* judiciis quoque debitum, ad diminutionem illam s. liberationem sufficerit. Nam in omni judicio judicis potestas est, absolvere illum qui non erat obligatus ipso jure, talis est, qui compensatione liberatus. Censendum igitur, ante Justinianum imper. in b. f. judicio exceptione factam fuisse compensationem, sed quam ipso jure innatam judex officio suo potuerit applicare, uti *l. fin. de petit. haered.* et *l.* 84. §. 5. *ff. de legat.* 1. convenit. Inst. juris judicio autem exceptione a reo contestanda. Enim vero licet *d. l.* 4. *et d.* §. 30. probent, compensatione obligationem tolli ipso jure; reliquarum tamen legum incongrua eadem probandi est allegatio. Ubique enim dicitur compensationem *fieri* ipso jure; non vero compensationem actionem tollere ipso jure. Haec sunt diversa, uti infra *sectione* sequenti §. *penult. hujus membr.* 2. effectu probabitur. Ultimum hac sectione saltem tractari meruit.

§. VI. Succedit solutionis species secunda, *novatio.* Nam et hanc esse solutionem argumentari non tantum licet ex *l.* 37. §. 4. *ff. de oper. libert.* 5. *et l.* 18. *ff. de fidejuss.* sed et perspicuus Senecae locus *lib.* 6. *de beneficiis* idem tradit his verbis: *omnis solutio non idem reddit, sed tantundem. Nam et pecuniam dicimur reddidisse, quamvis pro argenteis numeravimus aureos, quamvis non intervenerint nummi, sed delegatione et verbis perfecta solutio sit.* Fateor *dd. ll.* et *Senecam* de novationis specie una loqui, sed paritatem rationis etiam ad novationem, quae a delegatione distincta est, extendere licebit, et paritate rationis tutius solutio novationi generaliter asseritur, quam dicere inesse novationi prioris obligationis acceptilationem; hanc vero haberi pro specie solutionis. §. 7. *quib. mod. obl. tollitur.* Nam si novatio unius debiti per aliam obligationis speciem, pristinam tollit, contenta virtute acceptilationis, sequeretur quod consensa aut re constans obligatio, nova obligatione non tollatur, cum acceptilatio verbalem tantum obligationem abolendi virtute praedita sit. Novatio autem pristinis obligationibus promiscue fatalis *l.* 3. *ff. de novat.* Haec quae jam dicta, ratio sunt, quod novatio §. 3. *j. quib. mod. obl. tollitur,* obligationem tollere i. e. extinguere asseveretur. Locum itaque inter illa quae *ipso jure* fiunt meritura. Quoniam quippe jus sublationem dictitans eadem interveniente sola dispositionis efficacia actionem tollit, sequitur quod si respectus habeatur ad jus, quod sublationem actionis dictitat; sed insuper requirens operam alterius i. e. excipientis, jus novationis ipsius juris effectus appellari possit. Sed huic sententiae refragari videtur *l.* 60. *ff. de fidejuss.* ubi haec verba: *ubicumque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat: teneri fidejussorem* respondit Scaevola. *Cum vero genere novationis transeat obligatio, fidejussorem* aut *jure* aut *exceptione* liberandum. Hic verbis posterioribus satis clarescit, non *omnis* novationis illum esse effectum ut tollat ipso jure actionem. Nam generi certo novationis, effectus tantus iisdem tribuitur. Profecto quod sensui legis istius regerendum, dubius haereo. Novationis non alia prodita in jure est species, quam delegatio; sed et ipsa tollit obligationem, quia tantum creditor celebrat, dum a debitore debitoris stipulatur, quam cum ab alio quocumque novam obligationem novationis modo quaerit. Caeterum liceat liberum judicium in materia obscura: puto nulli alii negotio, quod obligationem non extinguit, congruere novationis nomen, ac constitutae pecuniae (sub quo verbo in hac materia quaecumque res alia quam pecunia venit) novam enim inducit obligationem; et quoniam pristinam non tollit priusquam constitutum solutum *l.* 18. §. *fin. ff. de const. pec.* fidejussor si inverso ordine conventus (nam et in constituto beneficium ordinis obtinere, ex generalitate *nov.* 4. colligere licet) nonnisi exceptione excussionis liberabitur. Hunc verbis *aut exceptione in d. l.* 60. puto esse sensum. Caeterum verba, *aut jure* satis testantur novationem in specie sic dictam, extra subsidium exceptionis actionem extinguere. Opposita enim sunt verbis, *aut exceptione.* Quod vero dictum, *jure,* simpliciter; et non *ipso jure* uti alias, ubi illud quod extra factum juris sub-

diti judicialis fit, opponitur illi, quod ista aliena opera accedente jus perficit; ratio est, quia Scaevola *dubium* de opera aliena, quae adhibita juri *amovere* noluit, sed dixit simpliciter ibi, obligatione *jure* liberari fidejussorem; hic, operante liberationem juris subdito. Si vero declarare Jconsultus intendisset, *non* opera aliena adhibita jus liberare, sed ipsum peregisse, pronomen adjecisset consuetum.

Praedicta lex 60. *ff. de fidejuss.* sola est, in qua liberatio quae jure solo fit per novationem opposita liberationi, quae fit opera accedente excipientis; verum licet hic disquirere, an postquam *jure can.* aut *moribus* ex pacto nudo datur actio, eodem tollatur actio pristina, si idem ad producendam novam obligationem initum, contra quam jure civili obtinebat, uti supra ex *l.* 20. §. *fin. ff. de const. pecun.* probatum. Disputat hac de re Bachov. *ad tr. volum.* 2. *disp.* 29. *o.* 5. *lit. a.* contra *Althusium* idem affirmantem, his argumentis. Pactum, *ait*, quod pristinam obligationem novandi intervenerat jure civili actionis efficacia pollebat, et appellabatur *constitutum*. Si itaque tunc temporis pristinam extinguendi obligationem impotens fuit pactum, sequitur quod viribus non aestimari mereatur majoribus jure canonico, quo jure actionis generaliter potitur. Praeterea, non extendendam novam illam juris canonici dispositionem, qua pactum potentia actionis praeditum fuit, ad annullationem pristinae obligationis. At enim consideranti constitutum jure civili actionem perimendi ideo extitisse inefficax, ne sc. irregularis pacti vis quoad constitutum, ad interitum obligationis extenderetur, non temerarium videbitur impertiis generaliter pacto virtute actionis jure canonico, etiam reliquum stipulationis effectum i. e. usque ad sublationem obligationis pristinae eidem concedere. Modo tamen reliqua juris civilis requisita, sc. expressus animus novandi et augmentum posterioris obligationis concurrat, de quibus *vid.* §. 3. *j. quibus mod. obl. tollitur*: nec est quod objicias, pactum *facti* esse; num jure moderno incepit esse juris. Sed inanis effectu quaestio, postquam hodie omnia judicia sunt extraordinaria nec formula nec contestatione exceptionis.

§. VII. Acceptilationem quoque sub genere solutionis complecti, §. 1. *j. quibus mod. obl. toll.* testatur et locus Senecae ex *lib.* 5. *de beneficiis* num. *praecedent.* allegatus idem confirmat: hanc actionem perimere ipso jure, nullibi quidem lege aliqua patescit, sed quoniam certum, eamdem tollere obligationem, uti solutio, consequens est, ut dici possit obligationem ipso jure extinguere, habito sc. respectu ad exceptionem, ut in caeteris solutionis speciebus factum. Interim, ubi disquiritur, an transactione subvertatur actio ipso jure, an per exceptionem usum nanciscatur? Quaestio, an acceptilatione ipso jure tollatur actio an per exceptionem. Respondent enim dd. transactione ipso jure pristinam extingui obligationem, si praecedente aquiliana stipulatione, alia quam verbalis actio deducta in verbalem, eademque sublata subsecuta acceptilatione. Quod verum; sed tunc non transactionem tollere obligationem, sed acceptilationem, diceres. Illam enim nudi pacti forma conveniri. *Respondeo*, quoties de animo per stipulationem negotia celebrandi constat et stipulatio quoque intervenerit, toties conventionem solemnem haberi non nudam. Idem in transactione evenit, quam transigentes stipulando celebrare voluerunt. At quaereret quis, an si contractu innominato transactio inita, pristina perimatur obligatio subsecuta solutione? *Respond.* pristinam obligationem, quamvis eadem vere subfuerit, non tolli solutione ista. Solutio enim illa est debiti ex contractu innominato transactionis nati, non pristinae obligationis, quippe quae controversa. *Add.* Donellus *ad l.* 14. *c. de transact.* Tractatu acceptilationis obligationem verbalem ipso jure tollentis involvenda restat reconciliatio legum duarum sibi primo obtuitu observantium. Certum, quod obligatio proveniens ex stipulatione pacto non extinguatur, sed ejus vis saltem exceptione elidatur. Ergo non ipso jure. Contrarium continere videtur *l. lecta* 40. *ff. de rebus cred.* sequenti tenore: si stipulatione Lucius Titius quindecim pollicitus fuerit creditori suo, et in casum deficientis *solidae* solutionis certo tempore determinatae, usuras centesimas, sed *in continenti* terminus solutionis pacto per menses divisus; quaeritur an ipso jure a pactione praecedentis stipulationis, solidam solutionem et usuras convenientis, Lucius Titius liberetur, an per exceptionem? Respondet Paulus, pacta in continenti adjecta stipulationi, inesse eidem, ideoque debitorem contra solidam solutionem et usuras centesimas tutum esse, non exceptione, sed ipso jure i. e. non secus ac si praecedens stipulatio non pacto sed stipulatione i. e. acceptilatione sublata. Verum minime Paulus contrariatur ei quod dictum, ad obligationem verbalem extinguendam opus esse stipulatione, non sufficere pactum. Non enim asserit, tolli praecedentem stipulationem subsequenti pacto; sed ait, fingi praecedentem stipulationem nunquam praecessisse, ubi pactum in continenti secutum, sed haberi ac si a pacto obligatio solvendi sortem et usuras fuisset orta. Idque quia, cum pacta in continenti adjecta insint contractui, *ut posterior contractus pendentis voluntas, vincat praecedentem*. At si Paulus non dixisset, *contra petitionem solidam et usuras centesimas debitorem ipso jure tutum esse*, sed si dixisset, *priorem stipulationis obligationem sublatam esse* pacto *subsequenti ipso jure*, tunc a jure ordinario stipulationis perimendae secessisset. Praecedens quippe obligatio verbalis *pacto* non tollitur. Nisi tunc dicere velis, majoris explicationis gratia Paulum appellasse negotium praecedens, *obligationem*. Adjungit praeterea Paulus, etiam si pactum, secundum quorumdam opinionem, non nisi exceptionis efficacia gauderet, ab usurarum vero immanitate debitorem ipso jure esse liberatum. Notandum hic, quod tantus effectus non provenerit ex illa ratione, qua contra sortem et usuras centesimas prioris *conventionis* (ita enim illud negotium quod pactum praecessit clarioris explicationis gratia appellandum) debitor dicebatur tutus ipso jure, sc. quia pacta in continenti secuta contractui insunt, (Nam praesupponitur praecedens conventio ex mente opinionis, a Pauliana dissidentis, validum et subsecuto pacto non extinctum peperisse contractum) verum quia pactum illud impedivit moram, ex qua usurae debitae fuissent centesimae: licet enim usurae stipulatione fuerint promissae, stipulatio tamen in casum morae erat concepta. Addita vero est ratio rationis a Paulo, *non enim in mora est, a quo propter exceptionem sors peti nequit*. Quod attinet vulgatum illud, quo *d. l.* 40. *lex lecta et nunquam intellecta* appellatur, Ant. Fa-

ber. ad eamdem dd. ob id *suaves* appellat, ideo quia nulla tanta subsit difficultas. Particulare tamen merito in *d. l.* reputandum, quod usurae in *st. j.* judicio i. e. stipulationis, debitae fuerint, si mora commissa, licet ne pacto quidem promissae. Nam dicitur, usuras in singulos menses debitas, si pactum in continenti adjectum et singulis mensibus moram commissam. Verum si reputetur, pactum haberi forte in esse stipulationis contractui (ut ita loquar, sunt enim qui negent, stipulationem non esse *contractum*, quod jam tangere non necessarium.) Usurasque in casum moræ ab initio cupiisse creditorem, easdemque pollicitum fuisse debitorem, prior mens etiam de pacto subsequenti praesumenda, quatenus non conspicitur immutata (immutata autem quoad solidam solutionem et usuras centesimas (credere enim licet interpretibus per denarias usuras, centesimas unanimiter intelligentibus) licet namque mens, prior fuerit de usuris centesimis, et mens prior in secunda pacti conventione perseverasse habetur quatenus non apparet immutata, quia non quoniam ex *d. l.* apparet usuras centesimas creditorem stipulatum, quo calendis futuris debitum reciperet, et posteriori pacto indefinitio i. e. absque determinatione certi cujusdam temporis aut modi usurarum solutio conventa, sequitur, quod, cum posterioris solutionis particularis non tanta necessitas, ac praecedentis solidae et calendis futuris peragendae, contrahentes ab usuris istis sanguinolentis invicem recessisse praesumendi sint. At si tam benigna interpretatione in *st. juris* judicio versandum non est, quoniam posteriori pacto conventio inest, idque ex credita perseverantia prioris mentis usurae quoque secundum pristinam quantitatem erunt perpendendae) id est, pactum istud non habebitur pro pacto nudo sed stipulatione *Add.* Fab. Cujacius *ad d. l.* 40. *et* Zoesius *ad tit. ff. de pactis n.* 63. Wissenbach. *disp.* 24. 17. Caeterum dubitares forte, an pacta in continenti adjecta insint quoque, st. juris judiciis, idem asserente *l.* 5. §. 5. *ff. de pactis.* de b. f. judiciis. Breviter respondeo, unius positionem non esse alterius exclusionem, maxime si alterum deprehendatur alicui inclusum, uti fit quoad *d. l.* 40. *et l.* 7. nec apparens (qualis hoc casu nulla) diversitatis ratio est. Potest quippe esse, ut dubium h. f. judicio imperator *d. l.* 17. amovere voluerit. At dubium Jctum *d. l.* 40. st. j. judiciis avertere voluisse ideo non credendum, quia pro ratione decidendi, opus erat allegare pacta in continenti adjecta inesse stipulationi.

§. VIII. Obligationum ex contractu orientium quae ipso jure tollantur species postrema *d. tit. j. quibus mod. obl. tollitur* est consensus recedendi ab obligatione alia quam verbali. Tollit ille obligationem §. *fin. j. d. l.* idem quoque ipso jure fieri, sed *ope exceptionis*, contra ac in reliquis speciebus tollendi obligationem, *supra* §. 3. ex *l.* 3. *ff. de rescind. vend.* opinor probasse. Verum hic suscipienda tractatio antinomiae arduis omnium dd. reconciliationibus inquisitae. *leg.* 95. §. 4. *d. solutionibus* haec habentur verba: *naturalis obligatio, ut pecuniae numeratione, ita justo pacto, vel jurejurando ipso jure tollitur quod vinculum aequitatis, quo solo tustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur, ideoque fidejussor, quem dedit ex istis causis liberari dicitur.* Sensus horum verborum est, quod naturalis obligatio pacto non minus extinguatur ac solutione, adeo ut eadem pacto ipso jure dici possit sublata, habito se. respectu ad liberationem quam jus per exceptionem, operam alienam peragit. Ex ratione, quia non digniori fundamento suffulta, quam illud est, quo evertenda. i. e. pactum. Unde non per exceptionem *d. l.* 95. casu jus ipsum operatur, uti *d. §. fin.* et *d. l.* 3. *ff. de reso. vend.* Nam naturalis obligatio neutiquam tanti valoris ac consensualis. Caeterum huic ratiocinio contrarius est tenor *l.* 27. §. 2. *ff. de pactis.* Dicitur namque, quod si quis pactus fuerit de non petendo, sed postmodum pactus, alteri petere licere, prioris pacti vis non annulletur posteriori ipso jure, sed ope replicationis i. e. exceptionis. Exceptio enim pro actione, replicatio autem pro exceptione habetur. Non indignum est pactum, pacto et tamen *d. l.* 27. pactum de non petendo non tolli pacto de petendo asseritur; in quo *d. l.* 95. *a. l.* 27. divertit. Verum *d. l.* 27. §. 2. non negatur universaliter, pactumpacto tolli, conceditur quippe, pacto tolli *injuriarum*, quae ex *quasi* pacto, omnemque b. f. actionem; sed vult tantum, non idem juris si pacto liberatorio, quippe quod *juris*, tollendo, pactum obligatorium, quippe quod *facti*, addatur. Cujus rationem qui scrutantur in favore, quo jura liberationibus sunt propensa, eamdem deprehendisse mihi videntur. Agitur enim *d. l.* 95. de pacto obligatorio tollendo, *in d. l.* 27. vero de pacto liberatorio. De quodam itaque pacto *d. lex* 27. saltem loquitur, non autem universaliter ipsa inficiatur, contraria conventione obligationem praecedentem extingui, si consensuali contractui non accesserit traditio, nec praecedens obligatio verbalis. Huc enim favor liberationis non extensus, ut talia per pactum *de non petendo* ipso jure tollantur.

1. Ad tractationem dissensus consensus ipso jure resolventis pertinet quaestio, an pignoris conventio pacto contrario tollatur ipso jure, an per exceptionem? Respondent dd. si pactum intervenit de debito principali tollendo, uti principali obligatione tantum per exceptionem liberatur, ita et ab accessoria. Idque confirmant *l.* 17. §. 1. *ff. de pactis.* et per exempla *l. si major. c. de pign. et l.* 1. *ff. quibus mod. pign. vel Hyp.* Quando autem super hypotheca rei immobilis tantum tollenda paciscuntur, tollitur ipso jure, per *l.* 2. *c. de remiss. pignor.* ubi dicitur: si quis assensus fuerit venditioni pignoris, quod pignus desinat, addita ratione, quia pignoris obligatio consensu et contrahitur et dissolvitur. Quod cum aperto testetur sublatam esse actionem, ex superiorum recordatione patebit, dici posse ipso jure fieri sublationem, habito se. respectu ad sublationem quam jus eamdem dicitamus exequitur adhibita opera excipientis. Nam et per exceptionem actionis obligationem tolli, dici potest, uti loquitur *d. l.* 17. § 2. *ff. de pactis.* Sed prioribus regereres *in d. l.* 2 per exceptionem removeri persequentem pignus; ubi vero per exceptionem quid fit, notam id esse apertissimam, non ipso jure quid dissolutum, *respond.* supra jam *l.* 3. *ff. de excepti.* probatum falsum, usum exceptionis, argumentum esse obligationis adhuc durantis. Dantur enim exceptiones *facti*. Nec ulterius obstat *d. leg.* 2. quod pignus quidem consensu contrahatur, sed non solo, verum re quoque interveniente, quia pignoris contractus realis. Opus igitur esse videtur praeter consensum et rei traditione. Nam non omnis pignoris contractus realis est, sed ille tantum ubi res mobilis oppignorata, de quali casu §. *fin. i. quib. mod. re contrah. obl. et l.* 1. §. 6. *ff. de o. et a.* Ubi vero

res immobilis pignori datur, sola conventione eadem affecta est, et de tali casu intelligenda *l. 1. ff. de pign. action. et l. 2. c. de rem. pign.*

2. Versanti adhuc circa doctrinam dissensus, consensum ipso jure tollentis, suscipienda videtur discussio *l. 51. ff. de pactis.* ubi haec habentur verba: *si cum te ex causa legati debere (pacisci) debitori tuo existimas, pactus sis ne ab eo peteres: neque jure ipso liberatus debitor, neque petentem submovebit exceptione conventionis.* Misere haec Ulpiani verba vexata, adimentibus interpretibus verbum *pacisci*, quo sensu alicui eadem valeant accommodari. Verum quoniam non allegata conformitate editionis holoandrinae aut florentinae correctionem probant, legique perfectus, retento licet verbo *pacisci* sit sensus, correctio fugienda; sensus hic est, Mevius, Titius, rei promittendi, Lucio quid debebant. Cujus Lucium instituit haeredem et ab eodem relinquit Mevio liberationem summae istius, quam Lucio haeredi antea debebat; quoniam vero testator scit (1) illum cui liberatio legata, licet non ipso jure, attamen exceptione removere posse creditorem, imo debitorem agere posse, quo haeres ipsum liberet acceptilatione, (2) quoniam scit tolli obligationem quoque correi si praevia squiliana stipulatione per acceptilationem creditor debitorem dimiserit, ne nimium gravetur haeres, Mevius tamen liberetur, jussit pacisci eidem, i. e. pacto simplici illum liberare, quo casu Mevius agere nequit, ut acceptilatione liberetur. Haec omnia illustratura *l. 3. §. 3. ff. de liberat. legat.* quae evolvenda. Si quis ergo per errorem se jussum a testatore pacisci debitori suo aestimaverit, ait Ulpianus *d. l. 51.* neque ipso jure neque per exceptionem esse liberatum debitorem. Ratio, quia cum pactum ex consensu demum validum, sequitur quod cum idem desit erranti, nullam conventionem de liberatione initam fuisse. Sed quae ratio dubitandi, disquirunt dd. quod Ulpianus dixerit, nec ipso jure ipsum liberatum esse, nec per exceptionem. Respondent *Cujacius et Faber.* At quoniam legem istam tractarunt mutilatam d. verbo *pacisci*, et a me probatum, illud non esse vanum sed genuinum, acquiescere d. responsioni non licet. Puto Jctum omnem liberationis modum excludere voluisse. Et falsum, quod semper legislator quadam ratione dubitandi motus fuerit. Multa enim simplicis doctrinae gratia, non studio decidendi dubium, tractata in jure nostro. Ea quae de obligatione, quam ipsum jus consentiente in ejus dissolutionem parte utraque tollit hactenus proposita, intelligenda de obligatione ex contractu oriente. Caeterum et obligationum ex delicto provenientium et taliter sublatarum jus nostrum praebet exempla. Si actio injuriarum supra *l. 27. §. 2. ff. de pactis* probata extingui ipso jure, si reconciliatio mutuo consensu pacta. Quod confirmatur *l. 17. §. 1. ff. de pactis* ubi expresse dicitur actionem injuriarum ipso jure tolli. Idem *d. l.* de actione furti declaratur. Cujus rationem qui in odio actionum poenalium ponunt, favoris delinquentium jus civile convincunt. Quod forte, si necessarium, plusquam septingenti casus comprobaturi. Diversa tamen sunt *favor delinquentium*, et favor *delicti.*

§. IX. Perspecta liberatione quatenus ipso jure fit et opponitur illi, quae accidit opposita exceptione, *effectum* (licet eumdem jam supra quadamtenus tetigerim,) utriusque nunc serius tradendi remansit debitum. Superius jam annotatum, liberatione, quam *jus ipsum* perficit, actionem penitus annullari, adeo ut neque in *b. f.* judicio opus sit exceptione ipsius juris, neque in *st. juris* oppositione exceptionis ante litem contestatam, sed eadem usque ad sententiam possit opponi. Quoad utramque diversum in liberatione quae fit mediante exceptione, maxime si judicium *st. juris.* Illeque ipsius juris effectus communis quoque liberationibus, quae non uti illae de quibus hactenus egi, *utriusque voluntate* conveniente, procurantur, sed de quibus jamjam nempe §. 10. egetur; sequentes vero priori liberationi proprii sunt. Primus effectus est, quod extincta obligatione jure ipso, ipsa deinde pacto extinctionem sequenti s. pacto de petendo non possit resuscitari. Enimvero superius *ex l. 27. §. 2. ff. de pactis*, perspectum, quod pactum cum *facti* sit, non extinguere possit actionem, qua judex adiri potest, quippe quae *juris* est: hoc si conventio inita stipulatione, secus (1.) Si actio ex delicto orta v. g. injuriarum. Illa enim uti nihil actus legitimi ortu suo experta, sic *juris* esse dici non meretur. Vid. *d. l. 27. §. 2. ff. de pactis.* (2) Si contractus consensualis praecessit, quem pactum tollit subsequens. Tollitur enim tunc ipso jure actio, sed *per exceptionem*, quam jus ipsum judicio a se constituto simulac nata inserit; uti supra §. 3. probavi. Quando igitur manet actio s. obligatio, licet intervenerit pactum liberatorium, attamen jura mediante exceptionis replicatione, si pactum contrarium secutum, sive de petendo eo, de quo non petendo pactum praecesserat, effectum restaurare primaevae conventionis permissum, *d. l. 27. §. 2.* Secus fuisset si pactum de non petendo finivisset originariam obligationem. Haec enim, cum ex pacto non detur actio, non reviviscere pacto, quo conventum, ut non obstante pacto de non petendo, petendi facultas competeret. *Ampliatur* doctrina haec, *d. l. 27. §. 2.* ut si praecesserit, obligatio et pacto de non petendo praemisso, supervenerit pactum de petendo, fidejussor, de jure per pactum de non petendo ipsi quaesito non tollendo, replicandi jus non habeat, adeo ut actione principali qualicumque modo durante, eadem in praejudicium fidejussoris pristinis viribus restituendi debitori jussit. Caeterum huic sententiae peremptorie obstat. *l. si reus fin. ff. de pactis.* Ubi haec verba: *si reus postquam pactus est a se non peti pecuniam, (ideoque coepit id pactum fidejussori quoque prodesse) pactus sit, ut a se peti liceat, an utilitas prioris pacti sublata sit fidejussori, quaesitum est? sed verius est, semel acquisitam fidejussori exceptionem pacto alterius ei invito extorqueri non posse.* Hic contrarietas manifesta est. Nicolaus de Passeribus *cap. 1. qu. 10. n. 20. concilat. legal.* propositis octo conciliationibus, antefert *Hypol. Riminaldi* responsionem quam *in commentar. ad d. §. 2. n. 326.* extare dicit. Dicta *l. fin.* de *debitore* tractati, *ait*, qui pactus est a se pecuniam *non peti*, puta cum centum deberet Titio, cum eo pactus quo in libro scriberet, ne ab ipso peteret. Hocque pactum fidejussori prodesse in tantum, ut in ejus praejudicium pactum *de petendo* principalis debitor inire non possit. Ejusque duplicem allegat rationem, *primo*, quod si pactum illud non prodesset fidejussori, solvens idem soluta recuperandi a principali intentare possit actionem mandati, adeo ut in effectu debitor principalis non pactus esset. *Secundo*, ne fidejussor vexetur a creditore, posteriori pacto in fidejussoris damnum valente. Valide exinde concludi posse

credit *Nic. de Passer.* isto casu, sc. si debitor pactus, ne a se peteretur, fidejussori jus pacto liberatorio quaesitum non posse interverti. Aliam vero esse rationem *d.* §. 2. *l.* 27. ubi *creditor* tractatur pactus, *ne peteret*. Hujus enim non interesse a fidejussore non peti. Posse itaque ipsum in ejus praejudicium pacisci. Verum quod responsionem ad *l. final.* attinet priorem, eamdem refellit ipse *auctor*, nempe, quod debitori, paciscendo quo iterum peti liceat, juris sui, conciliando fidejussori exceptionem contra creditorem, eversor evadere liceat. Credit tamen aliud vindicandae legis rationi sufficere argumentum, nempe quod jus quaesitum pacto de non petendo fidejussori non possit auferri. Quo sibi *Nicolaus* profecto contradicit, quia paulo ante dixerat debitorem posse iterum pacisci de petendo, sed quantum hoc explicandae contrarietati *d. l.* 27. §. 2. conducibile, videbimus. Ait *N. de Passeribus* quod creditoris *d. l.* 27. nihil intersit, si pactus prius fuerit de non petendo, sed postmodum pactum concluserit diversum, sicque fidejussor conveniatur. Breviter. *respondeo*, neutiquam verbis *d. l.* 27. clare constare *creditorem* solum pactum fuisse ne peteret. Nam verba *d. l.* pactus *ne peteret* et *pactus ut peteret*, conveniunt etiam *debitori*, pacto nempe *ne peteret creditor*. Ad haec licet *creditor* pactus fuerit iterum de petendo i. e. ne ipse petat, attamen et una *debitorem* pactum fuisse. Adeo ut nulla exinde diversitas sive *d. l. fin. debitor* legatur pactus, ne ab ipso peteretur, sive in *d. l.* 27. *creditor*, ne ipse peteret. Nec hic disquiritur quis pactus, sed an pacto fidejussori jus quaesitum per pactum anterius possit tolli. Caeterum licet creditoris nihil intersit a fidejussori peti, attamen ob id fidejussori pacto de non petendo quaesitum jus non erit auferendum. Non interest creditoris, interest tamen fidejussoris. Nec facit, uti *N. de Passer.* in *fin. d. n.* 20. quod, cum extraordinarium jus sit, ut fidejussori pactum prosit debitoris principalis *ne a se peteret*, (nam qui a se non peti paciscitur, nullum videtur habere interesse ne a fidejussore petatur, cessante vero interesse, uti non datur alteri actio ex alterius pacto, ita nec exceptio) jus istud irregulare fidejussori pacto praecedenti quaesitum eidem a debitore principali contrario pacto auferre liceat. Verum falsissime asseritur a *d. auctore* debitoris nihil interesse; nam debitoris adhuc interest a fidejussore non peti, licet pactus ne a se petatur, ob competentem fidejussori actionem mandati in principalem. Ergo non jus irregulare. Et licet esset, attamen jure quaesito neminem *ob quamcumque rationem* iterum privare licitum. Hoc quoad insulsam *Riminaldi* opinionem. Interim fateor quod antimonia immedicabilis sit, et dubii juris allegata superius *ampliatio*. Videantur tamen extra dd. a *Passerio* tractatos Ant. Faber. *ad d. l.* 27. §. 2. et Wissenbach. *disp.* 9. *th.* 45. qui *dictae l.* 27. §. 2. intellecto de jure stricto, *l. fin.* de aequitate postmodum respondet aliis, et alioseve se remittit.

2. Secundus effectus sequitur. Quoniam, cum pactum intervenit, obligatio non annullatur, sequitur, si judex durante judicio neglexerit aestimare exceptionem post l. c. in b. f. judicio oppositam, aut, existente judicio *st. juris* usurisque expresse promissis (nam si in *st. juris* contractu non promissae, ante *l. c.* non debentur) ejus oppositio neglecta ante l. c. ab ipso reo, quod usurae currant i. e. non quod currere *incipiant* l. c. sed quod illae quae jam ante litem contestatam cucurrerant, lite contestata et exceptione non opposita, jure pristinae actionis currere *perseverent*. Verum si *litus* ipso jure allegandae liberationis negligentia victus, ad usuras non alio debito tenebitur, quam quod contrahi fingatur litis contestatione. Cujus diversitatis illa ratio, quod pacto interveniente uti stipulatio usurarum non tollitur, nec lite contestata usurae currere desinant, ita si condemnatio aut imperitia judicis aut negligentia debitoris, uti superius praesupposui, secuta, usurae istae ex vero contractu, quippe qui pacto non sublatus, debebuntur. At si obligatio principalis sublata ipso jure, quia contractus pristinus non superest, oportet ut ex ficto illo, qui *l. contestatione* pangitur et cujus tenor est, *omnia praestitum iri, victori quae judex esset tributurus*, usurae debeantur. At si *objicis* exceptiones *facti* s. quae actionem non fatentur, competere, post sententiam quoque posse opponi, *respondeo* juri incognitum esse, ut ulla exceptio in executione opponatur; quod vulgo contra statuitur, id moribus et ineptis opinionibus processit. Sed vero, quid juris quoad finem debiti usurarum obligatione principali vel ipso jure sublata vel *tollenda* (non enim hoc casu de tempore praeterito quis loqui potest, sed de futuro quia actio non citius tollitur quam per exceptionem; cui tempora judicialia i. e. futura saltem conveniunt) per exceptionem, succedit disquirendum. Aut usurae *mora* debentur, aut *stipulatione*, aut *pacto*. *Si mora*, (Hoc in usuris ex mora debitis in actione b. f. Aliud si stipulatione in casum morae concepta, qui est casus *l.* 40. *ff. de reb. cred.*) aut ipso jure sublata sors, et tolluntur quoque usurae ipso jure etiam praeteriti temporis *d. l.* 26. Occasione enim actionis salvae ad sortem, petuntur una usurae, nec specialis earum gratia dicta actio. Ne igitur jus actionis amittat creditor, abstinere debeat conventione praeposterae solutionis, quae est, *prius in sortem* licet solvere *ac in usuras*. Nam si haec non inita, per consequentiam agere potest ad usuras mora debitas, intentando sc. actionem *principalem*, cujus judicio postmodum officio judicis necessitas praestandi usuras intercedit. Sin debitori gratificaturus, oportet, ut praeposteram solutionem antequam accipiat, usuras ex mora debitas stipulatione transferat in propriam obligationem, quam solutio principalis summae non extinguit, quia solutio eam obligationem tantum tollit, in quam constat eamdem esse factam, *l.* 1. *ff. de solut.* Si itaque usurarum talium nulla obligatio specialis, sed eas petendi jus saltem ubi actio b. f. ad summam principalem intentata sequitur, cujus obligationis interitum nocere alteri. Si non concessit creditor, ut prius sors solveretur, sed aut expresse in usurarum obligationem tollendam, aut indefinite pecuniam accepit, quia et hic in usuras eadem prius imputatur *l.* 1. *c. de solut. l.* 103. *ff. eod.* tunc obligationem extingui ipso jure, non est dubium. Solutio enim obligationem quamlibet tollit ipso jure. Hoc in usuris ex mora debitis quoad *solutionem* veram: non idem in *novatione*; haec enim reassumit pristinum debitum principale et accessorium pristino agendi *genere* sublato. Ergo mora debitae usurae, sublata per novationem obligatione principali, non interibunt, et de tali casu intelligendae mihi videntur *l.* 18. *et* l. 27. *ff. de novat.* At si novatione obligatio, in cujus judicio ex mora debebantur usurae, translata in ver-

bolem, et haec *acceptilatione* sublata, quia usurae una tolluntur, videtur dici posse, interitum unius obligationis alii praejudicare. Nam novatione pacta, obligatio usurarum debitum sic firmaverat, ut exinde illas petendi jus ortum Novationi enim inest stipulatio, quae usuras, paulo ante *mora* et consortio actionis principalis debitas, *proprio jure* stabilivit. *Respond.* Novationem quidem efficere, ut quod olim ex mora debitum, nunc condictione certi, peti possit, *l.* 18. *et l.* 27. ibi *non currunt* item *in secuti temporis ff. de novat.* sed non ut usurarum debitum, sed ut debitum similis naturae ac principale sive sortis. Nam novatione expresse facta neque principale debitum amplius est, sive sortis, neque accessorium, sive usurarum. Ita juris si obligatio principalis *ipso jure* finita, et usurae mora debitae. Si per *exceptionem*, contra *praeteritas* tutus est secundum dd. per exceptionem; contra *futuras*, ipso jure. Ex mora enim obligatio ad usuras oritur, pactum vero de non petendo impedit moram. Ergo ipso jure tutus est contra illum, qui nullo jure petendi fretus nihilominus agit. vid. *l.* 40. *ff. de rebus creditis et l.* 54. *ff. de pactis.* Quamquam si accurate judicandum, dici possit, usuras quoque *praeteritas* ipso jure pacto non petendo tolli. Nam obligatio ex mora descendens licet tanta esset, ac illa ex qua oritur actio b. f. si eidem traditio nondum accessit, eadem tolleretur pacto per *jus ipsum*, exceptionem inserens mox judicio constituto a tempore pacti, uti *supra* §. 3. statuimus. Qua ratione non idem praedicare licebit de obligatione *usurarum* quam mora effecit, cum haec tanta non sit, quia ex eadem non jus competit petendi, nisi judicio b. f. inchoato de sorte. Sed diceres, quid si contractui accesserit traditio: *respond.* licet tunc contractus fortior, ac ubi nudo consensu constiterit; implementum enim praestitum contractui, maximum ejus incrementum: attamen ex viribus istis novis contractus usurarum obligatio non est metienda, quippe quae nihil aliud commune habet cum eodem, quam ut occasione ejusdem judicii petitionem earumdem exercendi jus habeat creditor *d. l.* 49. §. 1. *ff. de action. empt. si stipulatione* usurae debentur, iterum distinguitur, num ipso jure extincta sit obligatio principalis, an per exceptionem. Si *priori modo* obligatio sublata v. g. per solutionem, non idem jus ac usuris ex mora debitis. Nam quoniam propriis viribus hic debitum usurae innititur, palam est, quod cum fulcro actionis principali non indigeat, eadem perempta, ipsum subsistat. Sed hic contrarios omnes fere dd. patior, ex *l.* 26. *c. de usuris.* probantes, accessorium sublata principali corruere. Breviter respondeo, regulae isti locum esse non posse, ubi accessorio separatim suae vires, uti cum stipulatione promissae. Aliud si ex mora debeantur ex qua non duae actiones, *l.* 4. *c. depositi.* et de talibus usuris *d. l.* 26. maxime cum generaliter loquatur intelligenda. Sed diceres, etiam fidejussoria obligatio propriis nititur viribus; attamen sublata principali, cessat. *Respond.* unam ibi esse summam, unum debitum; hic diversum et duplex. *Zangerus* sententiae nostrae patrocinatus movetur *l.* 1. *et* 3. *c. de usuris. et l.* 1. *c. de judiciis.* ubi dicitur, quod peti possint usurae promissae *stipulatione*. Sed de eo non quaeritur; nos quippe tractamus, an peti possint principali sublata actione? Dicitur quidem *l.* 1. *c. de judiciis.* quod lite de sorte mota, usurarum petitio, *si stipulatione* promissae, salva sit; sed intellecturi eamdem dd. contrariae opinionis de casu, si pactum de non petendo intervenerit, aut sorte petita creditor condemnatus. Nam neque pactum de non petendo, neque res judicata actionem competentem perimunt, sed debitorem tantum contra eamdem tuentur exceptione. *Zangerum* vero debere *textus*, quibus probatur, actione *radicitus sublata*, salvam esse actionem ex stipulatu. Validius argumentum ex jure novationis videtur: de hac dicitur *l.* 18. *et l.* 27. *ff. de novat.* quod eadem intervenientе usurae desinant currere, et subsecuti temporis non deberi. Ergo praeteriti temporis usurarum debitum mansit, et nova obligatione compreheusum. Novatio enim debitum praesupponit. Jam notum, quod novatione perimatur obligatio sortis; ergo si usurarum obligatio nihilominus salva, oportet ut vera *Zangeri* existat opinio. Verum *dd. ll.* non loquuntur de usuris stipulatione promissis, quia *d. l.* 27. expresse agit de venditore et emptore, adeo, ut usurae ex *mora d. l.* videantur debitae, negotioque b. f. rem versatam fuisse. Haec quae dixi pertinent ad casus quibus consentiente creditore in sortem tantummodo imputata solutio. Alias si aut expresse in usuras, aut *indefinite* in id quod debitum, solutum, tunc uti priori casu solutionem usurae praecipiunt *l.* 1. *c. de solut.* ita et posteriori ordine eodem, solutio imputanda vid. *l.* 103. *ff. de solut.* Equidem in *l.* 1. *ff. de solut.* dicitur, creditorem obstringi ad accipiendam solutionem indefinitam in illud debitum, in quod ipse si debitor esset, optaret eamdem imputari; indubium vero quemvis velle, ut prius sortis tollatur debitum quam usurarum, quia hae tunc aut sistuntur, aut diminuuntur, si particularis solum admissa. Verum *d. l.* 1. *c. et l.* 103. *ff. de solut.* satis testantur *d. l.* 1. *ff. eod.* intelligendam de solutione indefinita in variam sortem imputanda, non de praelatione usurarum. Hoc ordine si solutio dispensata, nullum dubium est de eo, an et quomodo usurae tollantur. Hoc quoad solutionem indefinitam vere talem, sive ubi solutum, quod debebatur. Quid si illud intervenit, quod solutionis loco? Certum quidem, quod et *usurarum* debitum tollatur, et quidem ipso jure. Sed disserere libet quo modo: si jus indefinitae solutionis verae ad similia extendendum, statuendum indefinitam novationem, aut acceptilationem prius absorbere usuras, postea sortem. Verum ob *l.* 26. *c. de usuris* in fictis ejusmodi solutionibus ordinem verae solutionis interverti, primsque principalem sortis tolli obligationem, deinde accessoriam usurarum evanescere dicendum. Praescriptio enim de hac *d. l.* 26. tractatur, est species solutionis *l.* 45. *ff. de adm. et per tut.* Nec haec illis, quae supra disserui repugnant. Licet enim diversae sint summae, attamen novatio *indefinita* utramque exsolvit, quia sic novantibus animus est recedendi ab utraque *l.* 18. *de nov.* Caeterum hoc quoad veram et fictam solutionem; quaeritur: quid si praescriptione liberatio contingat, an et *quomodo* ipso jure usurarum obligatio extinguatur? *Respond.* inferius probabitur, praescriptionem temporalem non modo, sed et perpetuam esse modum tollendi obligationem ipso jure. Tolletur itaque eodem modo obligatio usurarum. Non tamen per praescriptionem, qua finita obligatio sortis, sed ut accesso-

rium collapso principali. Istud enim usurarum debitum quod per tempora praescriptionis completae accumulatum, tale non erat, cum praescriptio contra sortem ineiperetur, sed tunc ne unius anni usur a (fingo nunquam a tempore contracti debiti creditorem interpellasse) debebatur. Et fingam unius anni usuram jam debitam fuisse, cum praescriptio inchoate adversus actionem sortis, praescriptio usurarum sequentium actioni non obstabit, sed annus adhuc currere deberet post completam praescriptionem principalem. Nam haberet se praescriptio haec usurarum, ac praescriptio annuorum reddituum, ubi triginta annis elapsis non omni illi praescriptum, quod tempore triginta annorum completorum debebatur, sed illi tantum, quod ante triginta annos. Mens itaque imperatoris in *d. l.* 26. haec est, non praescriptione usurarum debitum extingui; complenda quippe eadem foret jure annuorum reddituum, ubi pariter singulis annis debitum oritur; sed jure accessionis desinentis destructo principali. Vel contingit, ut per *exceptionem* obligatio, cui usurarum per stipulationem accessit promissio, indefinite tollatur. Videtur, uti sortis obligatio exceptione removetur, pari modo debitorem defendi contra usuras. Ita est, sed *in l.* 40. *ff. de rebus cred.* dicitur, quod si stipulatione in *casum morae* promissae sint usurae, pacto circa principalem obligationem (quam ex mente antagonistarum, Paulus in *d. l.* 40. praesupponit durare, pacto incontinenti licet subsecuto et prius placitum evertente) de non petendo intervenientе, eaedem ipso jure non debeantur. *Respond.* quod ibi contra actionem usurarum tutus sit debitor, non evenire quasi pacto de principali obligatione concepto, ipso jure tollatur obligatio accessoria; sed quia ibi stipulatio in casum morae concepta, adeoque conditionalis. Pactum vero de non petendo oriens, facit, ut conditio deficiat. Hujus eventus ubi deficit, stipulationis spes deducitur in nihilum. Non igitur dici potest, *pactum* peremisse obligationem, quae nunquam extitit. Unde in *d. l.* 40. non dicitur, ipso jure sublatam obligationem usurarum, sed tutum debitorem esse ipso jure, scil. contra actionem naturalem, i. e. nudam actam conventionis judicialis; non civilem, i. e. jure antea competentem. Quid si eventus sive mora extitit, et pactum de non petendo sequatur. *Respond.* quoniam in st. juris judiciis ex mora non praestantur usurae, earumdem debitum stipulationi in casum morae conceptae erit imputandum. Et pacto subsecuto tollentur per exceptionem quoad praeteritas; ex tempore pactum subsecuto, tutus erit ipso jure, uti ex *l.* 40. demonstratum Pactum quippe morae *principium* impedit, impedit et *continuationem*, quia continuatio multis *principiis* novis cohaeret. Restat tractatus usurarum *pacto nudo* debitarum. Has tantummodo obligare, ubi per errorem solutae, non vero promissorem actione ad earumdem solutionem conveniri posse, noti juris est. Quamquam id non competere videatur pacto nudo ex causa alia, quam ejus non esse condictionem, quod solutum exigi non poterat, i. e. errore juris indebitum solutum; attamen in *l.* 8. *ff. de solut.* satis declaratur, subesse obligationem separatam, nempe naturalem, idque, *d. l.* notabili effectu demonstratur. Caeterum sive pacto, sive stipulatione, vel per exceptionem, vel ipso jure sors tollatur, illa tamen *naturalis* usurarum obligatio, pacto intervenientе, ipso jure finietur, *l.* 91. §. 4. *ff. de solut.* Perspecto effectu *ipsius juris* quoad obligationem *accessoriam*, ipso jure *principali* sublata, non alienum erit explorare quid juris, *si altera obligatio aeque principalis*. Tales sunt obligationes correorum *credendi*; et quaeritur, an si unus correorum *novaverit* obligationem, eamdemque sic extinxerit ipso jure, pactio ista officiat alteri, adeo, ut ipso jure contra eumdem tutus sit debitor, si ille pristinum jus usurpare nitatur? Negatur illud *l.* 27. *pr. ff. de pactis.* idemque affirmatur *l.* 31. §. 2. *ff. de novat.* Attingit controversiam hanc Bachovius *in prima part. pand. ad d. l.* 27. *p.* 690. sed assensit tandem *Fabro et Cujacio* apertam antinomiam arbitrantibus. Dici quidem posset *d. l.* 27. expresse loqui de correis sociis *l.* 31. vero de correis non sociis: ibi novationem correo ideo non nocere neqnit *remittendo*, uti contingit *novando* pristinam obligationem; hic vero correo jus liberius esse. Verum remissio ista non est dilapidatio, *quia nova obligatione pristina compensatur*. Locus isti responsioni, si pactum de non petendo correus admiserit, eademque hoc casu utitur Cosam. 6. *comment.* 5. *n.* 13. nihil obstante *l.* 36. *ff. de rec. arbitr.* quia compromittendo correus socius nihil perdit, imitantibus arbitriis judicia, quibus experiri licitum, improspera sententia eidem non nocente. Hoc dici posset agi *d. l.* 27. de obligatione novata, sed ubi pignora et fidejussores pristinae obligationes novando non repetiit socius correus credendi, et sic data opera quid perditurus, nisi jura ipsi liberam denegasseut alienationem. Caeterum solutione in specie tali, acceptilatione, et jurejurando correi unius alterius quoque finiri obligationem ipso jure, nullum dubium.

3. Tertius effectus actionis ipso jure sublatae eluet sequenti casu; noti juris est, quod servitus realis, neque *ex* tempore certo, neque *ad tempus* certum constitui possit, sed in perpetuum et mox constituenda. *l.* 4. *pr. ff. de servit.* Si tamen postmodum pactum secutum, ut ad triginta annos servitus tantum debeatur, prodest id debitori convento actione confessoria, stricto jure servitute adhuc durante, ad exceptionem *d. l.* Verum quid si praedium serviens interim *usucaptum* ab alio, idemque actione confessoria conveniatur? Non prodesse *videtur* ipsi exceptio competens pristino domino, quia ex ejusdem *voluntate*, neque modo *singulari* neque *universali* successit. Haec enim voluntas alias facit, ut successoribus quoque jura transferentis cedant. *vid. l.* 27. §. 4. *in fin. de pactis*. E contrario si pacto alio confessoria sublata fuisset, ipso jure usucapiens contra eumdem tutus esset, quia libertas *praedio* quaesita fuisset. Sed *dicetes*, et usucapione intervenientе usucapientem fieri successorem domino *volente*, quia alienare videatur, qui rem suam usucapi patitur. *Alienationis verbum*, dicitur *l.* 28. *pr. ff. de ve. etiam usucapionem continet. Vix enim est, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi*. Si vulgari explicatione, qua dd. *in d. l.* 28. commentati, uti liberet, *responderem;* usucapionem esse alienationem respectu legis transferentis rem neglectam i. e. ratione legis incuriam mulctantis; non vero ratione domini dominium amittentis. Verum tenor verborum *d. l.* 28. satis perspicue prodit, *Paulum* sensisse, *illum* qui usucapi patitur rem suam, videri eamdem alienare. *Respondeo* igitur l. verba *vix*

est enim ut non videatur, satis ostendere alienationem illam *non tanto* assensu fieri, ut inde *animus* tam perspicuus colligi posset, qui concessionem dominii, et reliquorum quoque jurium v. g. *servitutis* temporariae, domino competentium testaretur. 2. Visum *Paulo*, cum cujus bona usucapiuntur eadem alienare; attamen id *extra consensum* ipsius contigisse plana ratione concludendum: quando quis ignoravit rem suam ab alio possideri, certum ac indubium eamdem non alienari a domino volente. Si tamen idem sciverit rem suam ab alio possideri, et possessionem non e vestigio interpellat legitime, non illud facit rem eidem abdicandi, sed interruptionem prorastinat. Si supervenerit deinde negligentia tanta, ut absolverit usucapionem possessor, recte pristinus dominus alienasse videri poterit, attamen extra ipsius assensum. Idque perspicuum similitudine. (Nam ille verus similium usus, ut intellectus conceptu *novo* obtusue sive occoecatus eumdem perspiciat, facta ejus comparatione cum conceptu *familiariori*) sequenti: quando quis, cum scit furem imminere rei male custoditae, *differendo* custodiam arctiorem re privatur, dici ne merebitur, *vim esse ut non videatur rem illum alienasse*? i. e. in causa fuisse qua res alienata. Nam qui causae auctor est, dici meretur auctor quoque effectus, maxime si effectum certo ex actu praeviderit. Interim illud absque ipsius fit consensu. Omnia ista concurrunt, ubi quis sciens rem suam ab alio possideri, interruptionem prorastinat, et post negligentiam superveniat complimentum usucapionis. Non itaque exceptio acquisita pristino domino, proderit domino posteriori ex usucapione tali. Atque haec ex principiis *H. Donelli l.* 11. *c.* 10. *lit. e.* deducta praedicto ratiocinio demonstranda fuerunt; infinitosque assecias nactura ista opinio, quia pluribus placuit, pacti commodo non frui successorem alium, nisi qui praecedenti domino placuit. Verum crederem, cum jura dominium invito abstulerint domino ob negligentiam, nec conuexa successori invidisse. Nec *d. l.* 27. §. 4. officit mihi persona, quia saltem sanciturr, pactum unius in *alia* non prodesse: exceptio enim statuenda mihi videtur, si unius peccatum postea effecerit, ut jus contra statuerit. Et si indignus alter pacti exceptione, *doli mali* tamen exceptio tribuenda. Vid. *lib.* 10. §. *fin. ff. de pactis.* Caeterum insignem alium effectum idem *Donellus d. l.* refert, nempe si servitus conventa indefinite, et postea ejus *exordium* ex *certo* tempore per pactum convenerit, hoeque pactum iterum alio pacto interversum, quia priori pacto non extincta ipso jure fuerat principalis conventio, eadem restauratur pacto postremo adeo ut jam peti possit, quod primum convenerat, nempe *perpetua* servitus. Quod secus esset, si pactum ipsam extinxisset; quia cum postremo pacto non detur actio, *principali* i. e. primitivae locus haud futurus. Comparati sic effectus ipso jure actionis sublatae, cum effectibus liberationis peragendae beneficio exceptionis, indicant quatenus vera *l.* 112. *ff. de r. i.* quae nihil interesse sit sive ipso jure actionem quis non habeat, sive tutus debitor contra eamdem sit exceptione. Scilicet, ubi exceptio in *st. juris* judiciis debito tempore, nempe ante l. c. objecta. Differentia tamen insignis ex tertio effectu jam jam proposito elucebit.

§. 10. Absoluta tractatione ipsius juris accedente *utriusque* (i. e. tam creditoris quam debitoris) consensu liberationem producentis, suscipienda doctrina liberationis, quam jus *ipsum* efficit, facto *ulterius*, nempe liberandi, juri ipsi cooperante. Et quoniam ordo hic licet promiscuus, auspicium promeritura quaestio: an praescriptione ipso jure tollatur actio, an per exceptionem? Antequam tractatum resolutionis aggrediar, monitione duxi lectorem esse instituendum, in jure romano vocem *praescriptionis* sumi *vel* pro modo excludendi actionem realem, *vel* pro modo excludendi actionem personalem. De primo acturus refero, arcta Romanorum primordia uti prospectu urbis ditiones emensa universas, ita usucapionem diversitate terrarum non fuisse variatam. Mobilium negligentia anno, immobilium biennio mulctabatur, donec patrios limites dedignata ambitio potentiam in finitima Italiae regna protenderet. Tunc, postquam multi ex urbe aut militiae prooemio, aut contractu fundis provincialibus potiti, in decennium *immobilium* licuit neglectus. Sed quoniam provincialia cuncta summo dominio reipublicae romanae, nunquam suorum negligenti, adscripta, ideoque privati ejusdem incapaces. (Nisi cives romani provincialia possederint, uti *vult Raevard. ad ll. XII. tabb. c.* 16. *p.* 74. *et seqq.*) ne effectum diversum *usucapionis* (dominium quippe tribuentis plenissimum) dedeceret vocabulum, *praescriptionis* voce acquisitio provincialis denotata. Dominium namque haec tribuerat bonitarium saltem, quod *habendi* et *transferendi* facultatem continebat, non *vindicandi*. Idque oppositum dominio *Quiritario*, cui res *mancipi* subjectae existebant. Omnimodam hanc potestatem dominis permittebant, dummodo res legitimo modo acquisita sc. cessione judiciali, aut emancipatione. Alias usucapio acquisitioni necessaria existebat. De quo pluribus *Raevardus d. l.* Omnem deinde Justinianus italici et provincialis soli legitimae possessione in poenam negligentiae acquirendi, uti longa serie *l. unic. c. de usucap. transformand.* perspicitur, sustulit differentiam. Cum vero imperator *d. l. unic.* dominium tribuerit rem alienam legitime possidentibus tam in provincia, quam in Italia (ait enim idem esse ac si usucaptae essent res provinciales. Usucapione vero acquirebatur dominium, uti ex dicto *Raevardi* loco et *ex d. l. unic.* satis conspicitur) probant exinde dd. *praescriptionem* post *d. l. unic.* ipso jure tollere actionem. Opinantur enim mansisse pristinum praescriptionis nomen rei *adjectione dominii* innovatae, imo idem communicari posse et pristinae usucapioni, id est, acquisitioni rei immobilis in Italia et mobilis (nam res *mobiles*, uti ubique mancipi, id est, in quas domino tantum jus competebat ac domino in mancipium, hoc est plenissimum; ita et in provincia, ipsarum procedebat usucapio) in provincia. Videtur quidem, istam opinionem non admittendam esse, cum rei diversae nomen diversum non conveniat. Sonat quidem *rubrica tit. inst. de usuc. et longi temporis praescriptionibus.* Et titulus codicis *de longi temporis praescriptionibus*. Verum regeritur *a Donell. lib.* 5. *cap.* 4. *lit.* 1. quod *d. rubrica* vocabulam *praescriptionis* exhibeat, non quasi nomen usucapionis synonymum, sed tamquam imperator acturus de praescriptionis objecto, effectu usucapionis donato. et *tit. codicis d. l. unic.* esse priorem, cui ultimo magis hoc adjicientium, quod *d. tit.*

cod. loquatur de acquisitionibus fundi provincialis. Nam italica praedia biennio acquirebantur. Proprium vero acquisitionis fundi provincialis nomen est *praescriptio*. Vid. *l.* 2. *c. in quibus causis cessat longi temp. praescript.* Ubi usucapio et praescriptio longi temporis notabiliter sibi opponuntur. Sed vero omne tollit dubium *nov.* 414. *cap.* 7 *et* 8. ubi expresse acquisitio longi temporis, *praescriptio longi temporis* appellatur. Et non jus excipiendi forte sic denominatum, uti forte regeri posset, sed ipse actus usucapionis, sive usucapio adhuc pendens, uti *d. cap.* 8. clare ostendit. Dicta vero novella *anno c.* 541. lata; *d. l. unic.* anno 531. quo tempore usucapionis vocabulum fundo tam Provinciali, quam Italico communicatum, uti *ex d. l. unica et pr. t. de usucap.* constat. Caeterum licet promiscuus utriusque vocabuli *post* imo et *ante d. l. unic.* usus, minime dici poterit praescriptionem *hodie* tollere ipso jure pristinam actionem. Nam si praescriptionis vocabulo usucapio intelligitur pristina sive fundi italici, illa non hodie demum dici poterit tollere actionem ipso jure, cum ante tempora Justiniani eadem actionem extinxerit, habitoque respectu ad sublationem, quam jus moliebatur non ipsum, sed opera accedente alius, sc. excipientis, reputari meruit ipso jure actionem finire. Sin pristinam praescriptionem dd. intelligunt, non justius ipsa hodie dici poterit ipso jure praestare tutum; licet enim dominio tributo actionem jus sustulerit, eumdemque ipsum reddiderit tutum, attamen idem fieri potuit perimendo omnes actionis vires tempore legitime completo. Jus vero actionem longo tempore penitus extinxisse, non video quid repugnet. Tempore quidem non extinguitur obligatio; sed illud secus praescriptione omni tempore fuisse, in *l.* 6. *ff. de o. et a.* clare testatur. Idque juri licuit in poenam subditorum; privatis autem non aeque. Accedit lapsui temporis, meritum possessionis. Nec est quod objiciatur, passim *d. tit. c. de longi temporis praescript.* dici, pristinum possessorem exceptione repelli. Nam datur exceptio; actione licet sublata *l.* 3. *ff. de exception.* Postremo ex *lege* 3. *c. de praescript.* 30. *annor.* innotescit, praescriptionem 30. annorum quamcumque vindicationem extinxisse; quae lex plus quam centum et quinquaginta annis *d. l. unic.* antiquior est. Ex his universis apparet, non dici posse praescriptionem *hodie* tollere actionem ipso jure; dici tamen posse, praescriptione tutum ipso jure fieri acquirentem. Hoc quoad praescriptionem obligationem tollentem ipso jure, quatenus est usucapio aut exceptio (nam praescriptio et exceptio sunt synonyma, contra actionem realem.) Quod attinet praescriptionem, quae competit contra actionem *personalem*, consentiunt dd. quoad temporalem actionem i. e. quae mox limitata erat, cum a legislatore concederetur, ipso jure tollat. Morentur *l.* 6. *ff. de o. et a.* Ubi dicitur *tempore finiri obligationem*. Nec non *l.* 45. *ff. de administr. tutor.* ubi is, qui tempore tutus est, dicitur satisfecisse. Satisfactionem autem esse loco solutionis, quae obligationem tollit ipso jure. Non invalidae sunt rationes; sed *l.* 6. quis objiceret finiri praescriptione obligationem, sed mediante exceptione, qua eadem *tolli in ll.* dicitur. Verum cum *d. l.* 6. dicatur tempore finiri obligationem, satis manifestum, non demum per exceptionem i. e. ubi judicium institutum, sed momento *temporis* completi. Quoad actiones perpetuas omne vertitur dubium. Hae perpetuae erant i. e. nullo tempore finiendae datae, sed post *l.* 3. *c de praescript. annor.* in triginta annos reductae. Has negant ipso jure tollere praescriptionem, quia eamdem non finiant, adeo ut respectu habito ad obligationem semper durantem, sed exceptione elidendam, pronomen, *ipsum*, eidem non possit adjungi. Verum quoniam *in d. l.* 3. expresse dicitur, tempore triginta annorum elapso actionem *vivendi facultatem* non amplius habere, non minus poterit dici praescriptionem actionem perpetuam olim, *d. l.* 3. vero ad 30. annos redactam, ipso jure tollere, habito sc. respectu ad sublationem, quam jus peragit, non ipsum, verum adhibita opera excipientis. Proinde nil quoad utramque actionem, temporalem et perpetuam (scilicet jure codicis) dicere restat, quam ut celebri argumento respondeam ducto ex *l.* 7. §. 1. *c. de praescr.* 30. *annor.* Sancit hic *imp. Justinianus*, actionem hypothecariam, qua quis res oppignoratas persequitur, et quae olim perpetua, quadraginta annis post haec cessare debere. Exinde sic in praejudicium opinionis, actiones personales perpetuas olim, sed post reditas temporales, ipso jure extinguere actionem, ratiocinatus *Salicetus in comment. ad d. l.* Quadraginta annis actio non tantum principalis extinguitur, sed et actio serviana sive hypothecaria. Pro illa computantur triginta anni; pro hac reliqui decem. Unde vero contingit, ut actione principali 30. annis sublata, actio hypothecaria accessoria subsistat, praescriptionemque exposcat decem annorum. Non alia id ratione fieri, ait *Salicetus*, quam quod praescriptione actio non tollatur, quae olim perpetua fuerat. Non igitur dici posse, principali sublata, tolli accessoriam. Principalem enim adhuc durare. Verum falsa penitus illa *Saliceti* opinio. Expresse enim *d. l.* 7. dicitur, actionem limitari illam, *quae res persequitur*, i. e. oppignoratas. Ergo totum tempus sibi una vindicat actio, rem s. pignus persequens, non debitum ex obligatione. Sed objicis, licet tempus quadraginta annorum proprium sit actioni hypothecariae, tempus istud non posse elabi, quin etiam elapsum tempus triginta annorum destinatum actioni principali efflunt. Nam si ad triginta annos creditor cessaverit debiti sibi procurare solutionem, non quidem praescribendae actioni hypothecariae cessat, sed 10. anni adhuc necessarii. Intesim quoniam per 30. annos cessavit, actioni principali praescribendae sufficiens tempus praeteriit. *Respond.* praesupponendos terminos esse habiles, scilicet, actione personali creditorem judicio convenisse debitorem, deinde cessasse, sicque actionem personalem in quadraginta annos protractam, si interim elabantur quadraginta anni, a tempore competentis actionis personalis computandi, evenit ne ut salva, principali sublata, sit accessoria? *Vid. Cenanus* 3. *comment.* 11. *n.* 5. Sed dicaret quis *d. l.* 7. quadraginta annos computandos esse a tempore, quo hypothecaria intentari potest. Non prius vero hujus exercendae tempus venisse, quam personali nihil consequente. Falsum id est. *Ex l.* 27. *et l.* 14. *c. de pignor. et hypoth.* satis notum, quod actione hypothecaria quis experiundi jus habeat, non convento prius reo actione personali.

§. XI. An mulier, alius quam mariti obligationem vel principaliter, vel accessorie accedente scriptura tribusque testibus (nam extra haec accedentis ipso jure eam tutam existere dd. vulgo arbitrantur *l.* 23. §. *fin. c. ad sc. vellej.*) suscipiens contra sc. vellejanum tuta sit ipso

jure, an per exceptionem? discutiendi licentia esto. Communi opinione receptum est, non ipso jure, sed exceptione eamdem liberari; eaque sententia rationibus fulcitur sequentibus (1) quod toto *tit. ff. de sc. vellej.* *exceptione* eidem succurri legatur. Ubi vero est exceptio necessaria, ibi non tutus liberandus est ipso jure. Ipsum jus enim tunc praestat securitatem, ubi nulla actio remanserat; ubi exceptio ibi salva actio, quia ista hujus exclusio. Caeterum ratio illa foret insufficiens, si non aliis firmaretur demonstrationibus praedicta opinio. Constat enim *ex l.* 3. *ff. de except*, quod *exceptioni* locus, actione licet nulla existente. Fortius sententiam istam juvare videtur ratiocinium Jcti cujusdam quaestionem istam considerantis. *ex l.* 1. §. 2. *ff ad sc. vellej. l.* 24. §. *fin.* nec non ex l. 8. §. 7. *ff. ad sc. vellej.* constat, *ait*, quod, si actionem alienam novando in se susceperit mulier, mulieri quidem succurratur exceptione, aequum tamen visum, ut creditori restitueretur actio in veterem debitorem. Et *ex l.* 28. §. *fin.* quod actio restituatur illo tempore per quod neglectum ejus judicium antequam novaretur, et continuatio complendae praescriptionis ex eo tempore oriatur, quo actio restituta. Tempus vero quod effluxit ex eo, quo actio novata et donec restituta, ad praescriptionem debitori non prodesse. Si tempus illud non prodest, concludit *Jctus iste*, quod obligatio vetus novatione extincta; quamlibet enim actionem viventem, sed neglectam subjacere praescriptioni. Si extincta, videtur, quod nova valida extiterit. Si hoc, manifestum quod mulier non tuta dici possit ipso jure, quippe quod actione non patitur obligatum, quem ipsum liberat. Sed falsa consequentia, novatione extincta est obligatio, e. nova tenet novantem. Nam si pupillus novat, idem non obligatur, nihilominus pristina extincta §. 1. *i. quibus mod. oblig. tollitur.* Validiora sequentia (1) quod *d.* §. 2. *l.* 1. dicatur in *veterem debitorem* restitui actionem, quod dici non posset, si actione pristina sublata nova non esset constituta. Verus enim praesupponit novum. (2) Si mulieri novanti creditor haeres extiterit, restitutoria actione creditorem uti posse dicitur *l.* 8. §. 12. *ff. eod.* addita ratione, *quod successerit ei, quaecum effectu* obligata non erat. Ibi verba *cum effectu*, nihil aliud significant, quam vulgata temporis nostri locutio, *in effectu.* Respexit vero Jctus d. *l.* ad exceptionem, qua effectus novae obligationis annullatur. Intellexit exceptionem actionis, quia de exceptione facti illud praedicari non poterat sc. ut impediverit, ne id effectu esset obligata, quia illa exceptio nullam praesupponit actionem. (3) Quando mulier debitori successit, potest restitutoria conveniri, et illa quae ex novatione oritur. *l.* 8. §. 13. *ff. eod. vid. Cujacius* 15. *obs.* 11. Jam vero si *actione* mulier obstringitur, oportet ut *exceptione*, unico actionis obstantis remedio, defendatur. Sed haec licet rationes (ex legibus *pandect.* dictae l. 23. *fin.* vulgo accommodatis derivatae) satis testentur, *mulierem obligatam esse*, sed liberari *exceptione*, adeoque tutam non esse ipso jure; attamen principiis juris communibus illud adversari non immerito alicui videri potest: Constat enim quod illa, quae contra leges fiunt, nullum pariant effectum. Videbatur proinde, uti nulla actione mulier novans illigata, sic nec exceptionis, quippe quae praesupponit actionem, indiga. Nam non tantum ante sc. prohibita iisdem erat intercessio, adeoque denegata actio creditori contra eamdem, uti aperte *l.* 7. §. 1. *verbis*, *tametsi ante etc. ff. eod.* dicitur, sed et post illud variis *legibus* imperatoria sublimitate idem confirmantibus. Caeterum difficultatis explicandae varia *dd.* patent conamina. Duo eorumdem perpendere libet. Denegari ajunt actionem ex stipulatu erga mulierem, novatione alterius obligationem in se recipientem, siquidem in confesso sit, quod eadem novaverit; ideoque tunc ipso jure tutam. Sin de eo ambigatur, accommodari ipsi *exceptionem.* Ultimam ideo, ne convicta de celebrata stipulatione, alienam obligationem vel principaliter vel accessorie in ipsam transferente, prohibeatur exceptionem post litem contestatam allegare, cum judicium quo convenitur st. juris sit, quod post litem contestatam intervenientia non patitur. Probant idem paritate juris, quo contra debitorem, praestito ex conventione juramento, denegatur actio, si creditor fatetur, quod ex placito juramentum praestiterit, sin de eo controversia, exceptionem litigandi causa praeberi. *l.* 9. *ff. de jurej.* Consentio eumdem intentandae contra mulierem actionis esse processum, si eadem confessa intercessionem: sed quod *exceptio* sc. vellej. mulieri detur tentata novationis inficiatione, ne ab allegatione ejusdem repellatur lite jam contestata, dubium mihi videtur. Victa enim muliere, quae receptionem alienae obligationis abnegaverat, judicium finitum, nec novum de jure competentis exceptionis suscipitur, quia ipsi dd. confessi, denegari actionem certa existente intercessione. Caeterum licet actio denegata. (Hoc fiebat, ubi praetor *formulam*, qua jus tam actoris, quam rei excipientis proponendum antiquitus fuerat, denegabat: *Vid. infra* §. 11.) contra mulierem, attamen idem non testatur nullam actionem provenisse ex negotio stipulationis, nec declarat, quomodo lege prohibente actio adversus eamdem competere potuerit, quae elidenda fuit exceptione *sc. vellej.* Licet enim praetor denegando *formulam*, actionem denegaverit, competebat tamen ipsa, productaque haec ex stipulatione prohibita. Haec *prima* opinio est. *Secundo* respondent, scta non tanta eminuisse auctoritate, ut gesta contra eadem nulla extiterint, ut contra leges. Cujus forte haec ratio allegari posset, quod detractum senatui plurimum potentiae ante competentis, nec illud caesares eidem reliquerint, ut pari *legum* gauderet auctoritate; sed eidem obstat, quod caesares plurimum ex suo impertiti fuerint scto, proponendo, senatum ingressi, solemni oratione, jura condenda, quae post senatus spe et meta in quaecumq; obsequia provolutus confirmavit, de quo *Cujacius* 1. *obs.* 18. *Brisson.* 1. *Antiqu.* 16. *Vultejus ad* §. 8. *j. de jur. nat. et gent.* Add. *D. Von Bekelen eruditissima dissertatio*, de *orationibus principum* Argentorati habita. Quoniam tamen consultationes istae nomine senatus promulgatae, non caesarum, *conjectari* adhuc poterat, caesares illam efficaciam *sctis* denegasse, maxime cum illud, quod tempore caesaream rempublicam antecedente effecerat, ut *scta* jus facerent, sc. jus condendi potentia a populo senatui data *d.* §. 8. cessaverit temporibus caesarum, ubi populus resumpta a senatu illa potestate, eamdem lege regia in caesarem, transtulerit. *add. l.* 2. §. 11. *ff. de origine juris.* Sed simul monendum, conjecturam illam dissuaderi *l.* 9. *ff. de ll. et* §. 7. *j. de except.* maxime autem *l.* 3. *ff. de except.* ubi *legum* vicem *scta* habere dicuntur, *et l.* 23. §. *fin. c.*

ad sc. vellej. leges appellantur. Adeo ut videatur, vel *cumulative* principi obvenisse legis potestatem, vel abdicative quidem, sed communicatam iterum senatui, *leniendi odium interversae libertatis*. Tanti pretii dd. deprehendo explicationes. Obstrictum me sentio ad tradendam veriorem, sed non omnium, quae jure sancita, erui potest ratio. Stabilivere enim legislatores quandoque sanctiones suas, non *per* rationem communem, sed *praeter* rationem (quod tamen non *contra* rationem communem fuit) hoc cum facti, divinari non valet. Ratum interea, mulierem fidejubentem aut se ream pro alio constituentem, aut pignore bona sua istum in finem afficientem, tutam non esse ipso jure, sed per exceptionem. Haec universa *ll.* pandectarum indubia; et etiam praxi moderna *d. legibus ff. d. legem* 23. § *fin.* inquinante, dum dd. communiter arbitrantur mulierem fidejubentem, post *d. l.* 23. accedente scriptura et tribus testibus *exceptione sc. vellej.* juvari. Hac vero non opus, si scriptura aut testes non adhibita, sed ipso jure ipsam tunc defendi. Quid in illa *dd.* opinione mihi displiceat, sequenti tractatu praebebo examinandum.

Quaerendum itaque, an ipso jure mulier tuta, si alio modo, quam instrumento trium testium subscriptione celebrato pro alio se obligaverit? Id communiter affirmatur, ob §. *fin. l.* 23. *c. ad sc. vellej.* ubi imperat. *Justinianus* loquitur his verbis: ne *autem mulieres* perperam *se pro aliis interponant, sancimus*, non aliter *eas in tali contractu posse pro aliis obligari, nisi instrumento publice confecto, et a tribus testibus subsignato, accipiant homines a muliere pro aliis confessionem*, tunc enim tantummodo eas obligari, *et sic omnia tractari, quae de intercessionibus foeminarum vel veteribus legibus cauta, vel ab imperiali auctoritate introducta sunt. Sive autem extra eamdem observationem mulieres acceperint intercedentes; pro nihil habeatur ejusmodi scriptura, vel sine scriptis obligatio, tamquam nec confecta nec penitus scriptura*: ut nec *seti auxilium imploretur, sed sit libera, quasi nullo penitus in eadem casu subsecuto*. Ex his verbis concludunt dd. quod imperator voluerit mulierem obligare instrumento praedicto modo confecto, sed eidem reliquerit pristinum seti vellejan. beneficium, cujus *exceptione* contenta ex obligatione praedicto ordine contracta, se valeret tueri. Si vero sola stipulatione, aut scriptura legitime non confecta interveneriit, non exceptione eamdem indigere sed tutam esse jure ipso. Quod primum attinet, videtur mihi imperator sanxisse, ut mulier, celebrata pro alio obligatione testibus et scriptura tam valide obligetur ac vir, *abolitamque* posthaec *vim beneficii sct. vellejan.* Probo illud (1) quia *d. l.* 23. §. *fin.* imperator statuere voluit *ne perperam obligetur*, et declaraverit *praedicto modo si scriptura confecta, eas obligari*, quo genere verborum non locus fuisset, si *exceptio* uti vulgo statuitur, postmodum *actionem subrutura*. (2) Si imperator postmodum obligationem per *exceptionem* annullari voluisset, quare studuisset obligationi secundum modum praescriptum constituendae? *Cur ei quod mandaverat, studuisset annullando?* Cur tam serio intimasset duo requisita iste conjunctim adesse debere, unum absque altero nulla efficacia gaudere? *Regeneret* quis, ad meliorem probationem susceptae pro alio obligationis imperatorem id sanxisse. Sic Zenonem imp. *l.* 1. *c. de jure emphyteut.* scripturam ad constitutionem emphyteuseos requisivisse, ejusdemque defectum mulctasse nullitate contractus. Idem in testamento. *Respond.* In testamento solemni id requisitum, quod testator constituit facere scriptura. At si scripturam omittat, apparet nuncupativum celebrare voluisse, quod postmodum non minus subsistit, ac illud quod scriptura constat. Quod constitutionem Zenonis attinet, ait imperator *d. l.* voluntatem contrahentium eo modo valere, prout in scripturam redacta. Exinde nihil aliud probabile, quam scripturam intervenire, melioris probationis gratia, sed neutiquam substantiae complendae gratia ab imperatore injunctam. In dubio enim probationis gratia intervenire voluerunt scripturam contrahentes; non substantiam extendendi. Ad extraordinaria enim non magis vergere debet conjectura, ac extraordinem res geri solent. Sed dicunt; nihil novi sic Zenonis constitutionem continere, quia scriptura probationis gratia antea intervenerit. Imbecillis ista argumentatio. Nam si in novum jus reorquenda constitutio pristina nova lege repetita, quoad infinitas codicis leges, pandectarum constitutiones imo ipsius codicis, eodem tenore repetentes. Evolvi meretur de cumulatione jurium eorumdem pandectis codice et canonibus pontiff. facta, *Guid. Pancirolus lib.* 1. *cap.* 78. *thesaur. var. lection.* Interim fateor quod lex ad substantiam contractus possit exigere scripturam, quippe cum illud et privatis liceat; sed oportet, ut *conjecturae satis conspicuae illam legis* doceant mentem, quales nullae ex *d. l.* 1. *c. de j. empt.* pro emphyteusi; nec ex *d. l.* 23. §. *fin.* pro intercessione mulieris. Cur enim imperator praesumendus scripturam requisivisse ad contractum, quem mox exceptione perimi passurus. (3) *In novella* 134. *cap.* 8. statuitur, quod mulier, si pro marito se obligaverit *in scriptis*, non obligetur. Si *d. l.* 23. §. *final.* mulier ex scriptura non obligata fuisset, dicta novella non opus fuissent. Novellas vero in confirmationem juris veteris conditas fuisse, nullo exemplo comprobatur; maxime cum mox *verbis initialibus d. nov.* 134. *cap.* 8. expresse appareat, *imperatorem d. cap.* 8. *corrigere* velle. Eademque ratio facit ut verba *d. c.* 8. *aut scribat* intelligenda de scriptura confecta legitimo modo, numero testium debito concurrente. Nam si simpliciter scripserit testibus adhibitis, jam *d. l.* 23. §. *fin.* non obligabitur. Ideoque novella opus non fuisset. Postremo quoad hanc rem observandum duxi *d. nov.* 134. editam an. 541. ut *Cujacius* computat *d. l.* 23. vero prius ante. Intimavit enim eamdem Justinianus *imper.* Juliano *pp.* cum quo imperatori quid negotii intercidisse post an. 540. nullibi inveni. Adeo ut *d. novella d. l.* 23. posterior. Nec obstat opinioni meae, omnibus dd. contrariae (1) quod imperator *d.* §. *fin.* statuendo, *nec senatus consulto opus esse*, si mulier extra scripturam et testes se obligaverit, innuat sc. opus esse, si praescripto modo se obligaverit. Verum argumento a contrario sensu deducto, repugnat clarior mens imperatoris ex verbis *ne perperam* obligetur, et ratio *secunda* superius adducta. Adeo ut verborum *d.* §. *fin. ut nec* seti *auxilium imploretur* sensus sit, seto non opus habere mulierem, non quod seto locus adhuc post *d. l.* 23. in aliquo casu, sed quod ipso jure tunc tuta, si neglecta nova *d. l.* 23. ordinatione se substituerit alterius obli-

gatione. Moris erat ante *d. l.* 23. *scto vellej.* se tueri, quod cum sustulerit Justinianus *d. l.* 23. inutilis posthac scti mentio facienda erat. Nec (2) verba, *et sic omnia tractari sancimus, quae intercessionibus foeminarum aut pristinis legibus cauta, aut ab* imperiali *auctoritate introducta.* Quoniam enim ex rationibus adductis constat, imperatorem mulierem obligare voluisse, si scriptura legitima se obligaverit, nec reliquerit tali modo obligatae *exceptionem*, clarius interpretabitur obscurum, et istorum verborum sensus erit: quae hactenus de mulieris alienam obligationem recipientis exceptione dicta fuerunt vel legibus, vel imperiali rescripto, sic tractanda, ut nullius momenti post *d. l.* 23. nostram constitutionem sint, nec scti beneficio posthac opus, quia volumus ut mulieres scriptura et testibus accedentibus obstringantur, aut si neglecta, plane immunes ab obligatione sint ipso jure, nisi mulier scriptura et tribus testibus subsignata se obligaverit. Nec (3) quod imperator non praesumendus facilitati foeminarum, qua creditae fuerunt a legislatoribus praecedentibus propendere in fidejussiones, constitutione sua in tantum opitulari voluisse. *Respond.* Facilitas illa, quam legislatores considerasse leguntur, nulla fuit. Si enim mulier scivisset, se ad solvendum obstrictum iri, ad fidejussionem non minus facilis evasisset ac homo. Et legislatores potius facilitatis mulieris auctores aestimandi, causantes quippe ipsi concessa exceptione, quod mulieres alienam obligationem suscipiendi existunt *pronae.* Merito itaque illam rationem postposuisse aestimandus est imperator. Tertia movenda restat quaestio, an mulier *pro marito* intercedens tuta sit ipso jure, an per scti exceptionem? Quod jus pandectarum attinet, quoniam *l.* 1. *ff. ad sc. vellej.* dicitur, Augustum imperatorem interdicto vetuisse mulieribus intercessionem *pro marito*, principumque *placita* per *l.* 2. §. 11. *ff. de origine juris*, leges sunt, jus sc. vellej. prohibentis intercessionem pro alio quam maxito, sed eamdem non annullantis *ipsum*, uti alias juris, verum adhibita opera alterius restringendum erit. Idemque aestimandus effectus, qui alias ordinarius contra leges contractae conventioni, ipsoque jure tuta uxor dici poterit. Caeterum quoniam imperator *d. l.* 23. §. *fin. l. ad sc. vellej.* Mulierum intercessionem generaliter admiserat, si scriptura triumque testium subsignatio intervenerit, et periculum permanserat, ne uxor invita cogeretur ad fidejubendum marito, idque perpetuo iniquum, oportuit, ut nova sanctione imperator intercessionis talis, sc. scriptis tractatam, valorem coerceret, si pro marito intercessit. Extat novum illud jus in *nov.* 134. *cap.* 8. ex qua contracta *authen. si qua mulier. c. ad sc. vellej.* Statuitur hic, talem fidejussionem nullatenus valere, quo satis declaratur exceptione sc. vellej. non opus esse, quippe haec civilem praesupponit obligationem, quae verbo *nullatenus* excluditur. Habito igitur respectu ad jam dicta palam, quod dici possit mulierem tutam esse ipso jure. Enimvero non extra rationem quis quaereret, quis effectus differentiae, an mulier tuta sit ipso jure, an per exceptionem? *Respond.* Exceptionem contestandam esse ante litem contestatam *l.* 8. *c. de except.* post eamdem non licitum ipsam opponere, adeoque ut mulier condemnationem patiatur. Objicis, mulierem ubi agitur de damno avertendo, ignorantiam exceptionis ante l. c. contestandae, parcendum videatur. *Respond.* Non poenam neglecti juris contestationis ante l. c. peragendae, exceptionem postea allegari inhibitum; sed quia potestas judicis tardam ejus allegationem recipiendi eousque non pertingit. Judicio enim constituto, judici non aliud licet, quam quod conventione qua actus litis contestationis consistebat, comprehensum, et secundum quam formula, quae pedaneo praescribebatur concepta. Omissa igitur exceptio tempore litis contestandae, uti formulae non poterat adjungi, ita nec judici eamdem postea objectam considerandi facultas competere potuit. Eadem ratione evenire puto, quod lite contestata in universum exceptionem allegare non liceat. Nam si commissa ignorantia juris eadem tali casu non foret mulctanda, quia ignorantia hujus in re amissa recuperanda tantum non prodest, uti si quid indebitum solutum, aut usucapio contigerit; in re amittenda autem non noceat. Talis casus contigeret, si contra aliquem pronunciandum, qui exceptionem non contestatus fuerat. Non igitur in poenam ignorantiae juris id statutum, sed quia judicio potestas praecisa. Et ob id mulier privilegio hoc casu non juvabitur. Compensatum tamen damnum exceptionis post l. c. non allegandae, quod exceptionem sc. vellej. et maced. in ipsa executione liceat allegare. Non tamen ob hoc dici poterit mulier *post litem contestatam* exceptionem opponendi jus adepta, sicque una via concessum, quod priori prohibitum. Quae enim licita post sententiam judicis, non dici possunt fieri post l. c. Quia tempus post litem contestatam praedicatur de judicio adhuc durante. Hoc vero sententia finitum. Adhaec, *juri scripto* nullibi consentaneum legi, sive *sc. vellej.* sive *scti maced.* sive quasvis alias *exceptiones juris* in executione posse opponi. Quae de hac licentia a dd. hodie perhibentur. *Praxi* potius firmantur, quam jure. Non diffiteor, quod *l.* 11. *ff. ad sc. maced.* usque *ad sententiam* exceptionem *sc. maced.* liceat allegare; attamen non dicitur *post sententiam* et in *executione.* Et a *scto maced.* ut odiosissimo, valet argumentum ad *sc. vellej.*

§. XII. *L.* 8. §. 16. *ff. de inofficios. testament.* dicitur, testamentum inofficiosum, contra quod judex pronunciaverat, nec a sententia appellatum, ipso jure rescissum esse, libertates quoque ipso jure non valere nec legata deberi: sed soluta repeti, aut ab eo qui solvit, aut ab eo qui obtinuit. Carpit Anton. Faber *ad d. l. Tribonianum*, quod testamentum *ipso jure rescissum* dixerit, cum tamen ipse, *referendo judicem contra illud pronunciasse* sententiam, testamentum rescidisse dicat; non ergo *jure ipso* factum dici posse videtur. Invenit proinde in *Tribonianum*, quasi *Ulpiani* auctoritate suam errorem tuto expendere conetur; at hercule erroris magnitudo monet circumspectius eumdem suspicari de magno viro. Meam mentem libero cujusque judicio exponere liceat. Puto hanc *Ulpiani* esse sententiam. Injuste pater exhaeredaverat filium *in potestate existentem.* Hic intentata contra testamentum querela, obtinuit. Tali eventu testamentum ipso jure rescissum esse dicitur. Legata et libertates ipso jure non deberi, et condici si forte jam soluta. *Hoc dicit.* Et de filio *in potestate constituto* legem agere apparet, quod rescisso testamento suus esse *d. l.* dicatur. Nam si emancipatus injuste exhaeredatus, (quippe et hic ex-

haeredari solitus, quia beneficio bonor. possessionis alias ad haereditatem, licet indignus perventurus) prospere querelam movisset. (Id enim ipsi licet non minus ac suo *l.* 23. *pr. ff. de inoffic. testament.*) portionem quidem tantam ut suus habuisset, *pr. j. de bonor. possess.* sed non ob id *suus* appellari meruisset. De filio antea *exhaeredato* institutam ibi tractationem, inde probabile, quia, de inofficioso egisse refertur. At si *praeteritus* fuisset, non *querela* utentem ipsum introduxisset *Ulpianus*, praesupponente eadem testamentum, quod rescindendum. Testamentum vero quo filius in potestate constitutus, praeteritus est, nunquam testamentum fuit, *l.* 1. *ff. de injust. rupt. etc. testam.* Ergo cum non rescindendum, querela contra illud intentata minime judicandum. Quod vero ipso jure rescissum testamentum dicat *Ulpianus*, hac ratione meo judicio factum videtur. Testamentum validum erat antequam rescinderetur, uti expresse habetur *l.* 2. *ff. de inoffic. testament.* Ergo ante rescissionem soluta legata, post eam condici non poterant, quia non poterant dici indebita fuisse. Proinde *jus ipsum* fuisse fictum, credo, peregisse rescissionem mox, aut eo momento, quo legata et libertates deberi inceperant, aut tempore subsecuto, praecedente tamen solutione, quo allegari posset indebitum solutum. Ergo datur repetitio solutorum *ante sententiam*. Quod fieri non potuisset testamento post exsolutionem sententia rescisso. Fit quidem mentio *d.* §. 16. sententiae intervenientis, sed illa sententia non censenda, processisse ex judicio testamenti rescindendi, sed testamentum jam antea rescissum fuisse *declarante*. i. e. Versatum quidem judicium circa disquisitionem, num testamentum omni ex parte legitimum, sed non quo rescindatur ob defectum inventum, sed quo *declaretur* jus ipsum jam antea illud rescidisse. Praebuisset illud ipsius juris factum exemplum *sertioni* 2. *membr.* 1. nisi ejus tractationem conjungere libuisset casui quem *d.* §. 16. *sectioni huic* videbatur tribuisse. Dicitur namque legata et libertates ipso jure non deberi. Quod non alium sensum habet, quam non opus esse exceptione contestanda ad repellendum legatarium, sed jure ipso evenire, ut non teneatur haeres.

§. XIII. *L.* 4. §. 2. *ff. de pactis*, statuitur, si dos stipulatione promissa sit, *inesse* eidem conditionem, *si nuptiae sequantur*. His vero non secutis, ipso jure stipulationem evanescere. Ratio pronominis non alia, quam quod nuptiis non sequentibus idem sit, ac cum conditio deficit; haec ubi deficit, idem est ac si nihil unquam antea gestum. Hoc jure fit, quod ubi respectus ad modum illum, quo gesta quae praecesserant, factum subsequens liberatorium, quoad effectum evanescere facit, facto excipientis, ipsum merebit appellari. Sed nullum videtur commodum ex eo, quod ipso jure hoc casu tutus sit. Conveniretur enim actione ex stipulatu, quae bonae fidei est, ubi super dote praestanda intervenit *l. un.* §. 2. *c. de rei uxor. act.* §. 29. *j. de action.* In b. f. autem judiciis quoniam exceptiones insunt ipso jure, licet non contestatae facto rei conventi, nihil interest, an exceptio nulla contestanda sit; an aliqua contestanda, sed contestatio, seu inserito, peracta sit jure ipso. Ita est post *d. l. unic.* Aliud de tempore quo *d. l.* 4. condita, ubi actio ex stipulatu erat *stricti juris*.

§. XIV. *L.* 31. *ff. de oper. libert.* dicitur, si liberta, quae operas promisit ad eam dignitatem perveniat, ut inconveniens sit praestare patrono operas, *ipso jure* easdem intercidere. Respexit sine dubio jus ad jus illud, quod liberat per exceptionem. Sed quoad realia ipsa quis objiceret, quod libertam ducere non licuerit senatori, de quo *d. l.* loqui videtur, *respond.* A Principe licentiam talis conjugii senatores quandoque obtinuisse, et de eo casu *d. l.* 34. tractari *vid. l.* 31. *ff. de ritu nupt.*

§. XV. *L.* 8. §. 3. *ff. de fidejuss.* haec habentur verba *et post litem contestatam fidejussor accipi potest: quia et civilis subest obligatio, et hoc Julianus admittit. Eoque jure utimur. An ergo condemnato reo exceptione uti possit, quaeritur? nam ipso jure non liberatur. Et siquidem judicati actionis acceptus non est, sed tantum juris exercitationis; rectissime dicitur, uti eum exceptione posse. Si vero acceptus fuerit, etiam totius causae cessabit exceptio.* Sensus est, si de *judicio sistendo reo*, fidejussor acceptus, non convenitur actione rei judicatae, non tamen contra actionem ex stipulatu de reo judici sistendo tutus ipso jure, sed per exceptionem. Aliud si aut de reo judicio sistendo et judicato solvendo, aut de judicato solvendo *tantum*, acceptus. Cur *exceptione* tutus sit et non *ipso jure* ille, qui reum sistere pollicitus, minus recte posset statutum videri. Nam notum quod *exsolutione* ejus quod debetur, omnis dissolvatur obligatio. Fidejussor hic stitit reum, *ergo*. Si enim non stitisset, nec *exceptione* foret tutus. Idque responsionem praebere *videtur* orituras conjecturae, exceptione opus ideo esse, quia ex *l.* 86. §. 4. *ff. de v. o. et l.* 44. §. 1. *de o. et a.* constat, quod ubi ad tempus quis se obligavit, lapsu temporis non liberetur ipso jure, sed per exceptionem. Hic vero fidejussor se obligavit ad tempus, sc. finiti judicii per litis contestationis actum, qui specie conventionis creditur peractus. Videtur enim, cum solutio omnia tollat *ipso jure*, temporariam hanc obligationem quoque extinxisse adeo, ut *exceptione* non opus. Verum licet solutione ejus quod debetur extinguatur alias obligatio, attamen ubi quis ad certum tempus solvit, ad quantum se obligaverat, non tamen solvisse habetur ea, quae temporis progressui, adhuc *stricto jure inspecto*, debebat. Nihil itaque aliud debiti exsolutio facit tollendo alteri, quod *stricto jure* adhuc remanserat, quam ut praebeat exceptionem solventi contra creditorem, qui juris perpetui praetextu prorogat actionem. Vid. *dd. ll.* Idem contingit ubi quis ad personam sistendam (i. e. *solvendam*. Nam in jure omne illud quod ex debito praestitum, *solutum* censetur, sive pecunia fuerit, sive res alia animata aut inanimata) obligatus. Hic stricto jure inspecto in perpetuum obligatus fuerat, licet se ad certum tempus obligaverit. Si hujus quantitatem praestitit, pro eadem consebitur liberatus ipso jure. Non vero pro illa, quam *ulterius* stricto jure obligabatur.

§. XVI. Libertatis *concedendae* gratia servus domino quidquam promittere potest. *l.* 2. §. 2. *ff. quarum rer. act. non datur*. Libertatem vero onerandi promissio non valet. Onerare vero libertatem est, cum dominus poenam certam stipulatus, si libertus *quacumque offensa* etiam levi (nam si de *magna* aliqua injuria ista conditione conventum secus erit. Cum enim actionem ingrati, cujus effectus revocatio in servitutem (summa poena) ob talem injuriam jure proliderint, nullum du-

blem, quin poena leviori in ingratitudinis eventum concepta, libertatem minime onerari crediderint) dominum effecerit. Ratio prohibitionis non alia, quam quod jura improbaverint, ut dominus *stolidam* ambitionem in libertum, metu poenae patientem, exercere valeret. *l.* 1. §. 5. *et l.* 2. §. *fin. ff. d. t.* Caeterum si libertus *libertatis causa* cum patrono coierit *societatem*, exceptione *onerandae libertatis causa*, non opus esse, sed libertum tutum esse *ipso jure*, dicitur *l.* 1. §. 7. *ff. quarum rerum act. non datur et l.* 36. *ff. de operis libert.* Rationem decisionis hanc esse putant, quod *metus* coegerit societatem illam. Metui autem inesse *dolum*; vel si id alicui displicet (versantur enim quidam dd. in ista opinione metui inesse dolum, quorum sententiam nunc discutere non vacat) Eumdem tamen esse *contra bonam fidem*, omnes fatebuntur. Societatem vero contra *bonam fidem* initam jus pro nulla habere *l.* 3. §. 3. *ff. pro socio* habitoque respectu ad jus, quod non ipsum nullitatem perficit (i. e. facit. Nam qui *perficit* potest dici *fecisse*, quia initii absque fine hoc casu nullus effectus) sed per excipientem *ipsum* poterit praedicari, quemadmodum *d. l.* 3. §. 3. *expresse* refertur. Effectum ipsius juris noscere quis cuperet considerando (1) conventum libertum actione pro socio ad portionem lucri ex tempore offensionis accepti, non onerosius tutum esse exceptione onerandae libertatis causa (fingo societatem onerandae libert. causa conventam valere) quam si tutus ipso jure. Actio enim pro socio *b. fidei* est, cui exceptiones *insunt* in tantum, ut qualicumque judicii parte eamdem allegare sufficiat. Idemque necessarium, licet conventus tutus sit ipso jure. Divinare enim jus reo competens judex non potest. (2) Polliceri *d. rubricam* tractatum *earum rerum quarum actio non datur*. Proponi proinde eadem exceptionem *jurisjurandi*, quod in *alea* gestum, et quod *libertatis onerandae* causa promissum. Concludendam exinde, *nec dari actionem* ubi libertatis onerandae causa quid promissum. Adeo ut dispositione *ipsius juris in d l.* 1. §. 7. non opus fuisse videatur. Quid vero sit *actionem non dari*, explicare *l.* 9. §. 1. *ff. de jurejurando*. Nempe ubi patronus *confitetur*, societatem initam mulctandi offensam liberti, *denegat ipsi praetor actionem* (Denegando formulam aut quae accepta, litigaturi adiebant pedaneum, aut qua litigantes ipsi jus sibi competens i. e. actor *actionem*, reus *exceptionem* praetori, qui postea demum dabat pedaneum, indicabant. De ultima id magis crediderim. Licet namque certum, quod *formula* et *actio* sint synonyma, ut patet ex *fragm. Ulpian. tit.* 19. *et* 19. nominis tamen communionem formula, non meretur, quam ubi ipsa inservit agitationi litis. Huic vero non inservit formula, quae praescripta pedaneo, quippe qui litem non agitare dici potest; sed decidere. Adhaec ubi praetor formulam concesserat jus deferendi ad judicium, abstinere non potuit a concessione consequentiae, quae est *formulae concessio* qua pedaneus adibatur, ipse enim praetor non judicabat. Principale itaque praecavisse potius praesumendus. Haec quo melius intelligantur, parenthes. includere liceat epitomen historiae *formularum* talium. Sancito jure *legum* XII. tabb. eodemque disputationibus prudentum dilatato, ut formula certorum verborum illud jus judicio proponeretur, institutum fuit. Harum impetrationem *pontificum* collegium, intimandi potentiam suam *quotidianae necessitati*, fato aliarum gentium, sibi vindicaverat, donec liber eorumdem ab Appio Claudio compositus, a Flavio scriba vulgo profanaretur. Neglecti sic pontifices, superstitione tamen laicorum erga ipsos perseverante, ad novas formulas non *verbis* tamen, sed *litera* verbum significante conscriptas, eosdem obstrinxerunt. Nec hoc tantum quoad actiones proprie tales obtinuit. Sed et actionum quae *exceptiones* appellantur, *formula* reo fuit impetranda; et ita ad *quadruplicam* usque. Mansitque more tali jura in forum deferendi usque ad tempora Constantini. Caeterum sive praetores ipsi collegio pontificum allecti, sive quod fuerit communicatio expresse a republica imperata praetoribus, qua formulas istas partibus litigaturis concedere licuit, secundum quas postmodum composita formula pedaneorum; mansit formularum istarum usus ad *Constantinum* usque imperatorem. Hic primus de illis tollendis *legem* 1. *c. de formulis et impetration.* condidit. Sed sive lex ista obliterata, sive ad minora saltem judicia eadem spectavit, quae mens est Jacobi Gothofr. *lib.* 2. *tit.* 3. *c. Theodos.* Theodosius multis annis post *l.* 2. *c. eod.* condidit, qua impetrationes formularum tam majori quam minori judicio litigaturis remissae. Haec Eberlinus et Bachovius in commentariis ad §. 7. *l.* 2. *ff. de o. j. et* fr. Balduinus *ad rubr. j. de except.* ubi eadem testimoniis ex Cicerone aliisque pro more accitis confirmantur) Sin conventionem *spontaneam* nec *m. fide* extortam causatur, concedenda liberto *exceptio*, quo eadem *formulae* insereretur, illum in finem, ne ubi post litem contestatam convictus fuerit patronus de onerata libertate, actione adhuc potens libertum, cui jus *exceptionem* opponendi lite contestata eademque formulae non inserta ademptum, subjiceret condemnationi. Ob. *l.* 9. §. 1. *ff. de jurejurando* concludendum, de oneratae libertatis veritate et de exceptione contra eamdem competente uno processu fuisse judicatum. Non enim alias opus fuisset *exceptione*; sed convicto patrono de libertate onerata denegari potuisset actio. Nam in *d. l.* 9. dicitur, denegari actionem, ubi in confesso, quod actor juramentum detulerit. Idem futurum in libertate onerata *ob rubr. quarum rerum actio non datur*, et quia sub eadem positae exceptiones, *quod libertatis causa*, it. *exceptio jurisjurandi*. Idemque testatur, quod legislatores nulla necessitate fuerint obstricti dare exceptionem *quod onerandae libertatis causa*, sed quoniam iidem sanxerunt, ut, ubi manifestum, oneratam esse libertatem, denegetur patrono actio; idem fieri potuisset, si victor judicialis actionem stricto jure competentem intentare voluisset. Caeterum ad *utramque* objectionem *superius* traditam *respondeo*, naturam judicii bonae fidei et *artificium* praetoris aequare in casu *d.* §. 7. effectum securitatis, quae ipso jure provenit, et illam, quam jus opera exequitur excipientis.

§ XVII. *L.* 14. §. 1. *ff. legat.* 1. Ipso jure dicitur ademptum legatum, si testator dixerit, Titio lego centum, *iterum* ipsi lego centum, et *denuo* centum, et *ante completum* testamentum dicat, volo ut praedicta summa *semel* tantummodo praestetur. Ratio pronominis deprimenda ex oppositione facta inter ademptionem, quam jus ipsum peragit, et illam quam opera exequitur excipientis. Ratio vero quod exce-

ptione praedicto casu non sit opus, haec est, quia ubi nullum legatum extitit, ibi nulla ad legatum actio, haec ubi deest, exceptioni non est locus. Ubi vero extra exceptionem tutus est conventus, tutus est ipso jure. Duae namque securitatis sunt species, ipsius juris et per exceptionem. Quod nullum vero legatum fuerit praedicto casu nisi *unum*, illud (de cujus debito tamen jam agitur) inde perspicuum, quia omnia annullantur illis sublatis, quibus subsistebant. Subsistebant legata diversa *in d. l.* voluntate quae praesentia quinque aut septem testium solemnis. Poterat ergo contraria voluntate illa diversorum legatorum voluntas tolli penitus ante consummatum testamentum, quia cum testes adhuc praesentes erant, non minus solemnis dici poterat, quam illa quam annullat. Aut si testator testamentum scripserit ante comparitionem testium, ejusdemque diversa legata ante eamdem ad unius effectum coarctaverit, non minori vi eadem dici poterunt abolita, quam qua valuerant. Diversa contingunt in ademptione post testamenti conclusionem peracta. Itaque solemnis voluntas minus solemni non tolletur. Verum multum ei quod dictum, ipso jure diversa legata sic adimi, obstat *l.* 1. §. 3. *ff. de his quae in testament. delentur aut induc.* Paragrapho *praecedenti* Jctus statuerat, ante consummationem testamenti ademptum legatum non deberi. Post, §. 3. subjungit, exceptione opus esse, si consulto testator ademerit legatum prius datum. Tractat antimoniam illam *Bartolus*; sed optime *responderi* puto, si dicatur, Ulpianum agere de casu, ubi post consummationem testamenti testator mutaverit voluntatem. *Paragrapho* enim praecedenti aperte professus fuerat, non deberi legatum ante consummationem testamenti ademptum, idque non esse intelligendum de indebito, quod tale in effectu fit, ob oppositam exceptionem, *d. l.* 14. convincit, quae ipso jure illud non deberi ait, quia ipso jure ademptum. Igitur si paragrapho subsequenti alium exhibuit effectum, ejusdem alia praesumenda erit causa, nempe testamentum jam consummatum. Nihil obstat (2) *l.* 3. *ff. eod.* ubi dicitur, si testator nomina haeredum et legatariorum induxerit, quosdam statuere ipso jure testamentum perimi. Verum aut agitur de inductione facta, ante completum testamentum, aut post illud. Si de priori casu, qui *d. l.* 3. referuntur statuere, nihil obstant; si de posteriori, dicendum, quod *d. l.* 3. tantum referatur *nonnullos* sic statuisse, illorum vero opinionem *d. l.* nullibi probari.

§. XVII. Quaeritur, an obligatus *naturaliter* tutus sit ipso jure, an per exceptionem? Liber quid m est ab exactione, retentioni tamen et compensationi subjectus est, aliisque effectibus orientibus ex accessione. Verum quoniam satis certum, jura romana ex naturali obligatione actionem talem non praebere, qua judex adiri potest, et exceptio praesupponat actionem, quam elidendi comparata est *l.* 2. *et arg. l.* 9. *ff. de except.* Ipso jure dicendus erit securus. Cum enim duplicem tantum habeamus securitatem, sequitur uni locum esse, cum alteri non locum esse demonstratum. Sed ista securitas non universis gaudet effectibus securitatis ipsius juris uti ex jure naturalis obligationis est notum.

§. XVIII. An confusione, quae oritur aditione haereditatis, *naturalis* extinguatur obligatio, pertinentior quaestio classi exemplorum securitatis ipsius juris *volente* creditore contingentis, eamdem tamen sero animadversam, hic tangere liceat. *Respondent* dd. naturam non minus nolle, ut idem sui ipsius creditor aut debitor existat, quam jus civile. Sed potius quid rationi juris civilis congruat intuendum videtur, quamquae rationi naturali conformia apparent. Nam prioris nulla efficacia, nisi quatenus jure civili recepta. Caeterum quoniam juris civilis obligationem ipso jure extingui jus romanum statuit, idem multo magis de naturali sensisse judicandum. (Haec quatenus *communem* dd. opinionem sum secutus; caeterum falsum mihi videtur, quod effectus naturalis obligationis juri civili sint adscribendi. Imperator enim in *institutionibus* et jureconsulti *pandectarum* fatentur, jus naturae omnes obstringere gentes. Censendi igitur voluisse, ut omne jus secundum jus naturae aestimetur, nisi quatenus illud a jure civili *reformatum*. Numquam enim imminutum, nec cum voluit ut solemnis consensus, v. g. stipulationis, tantummodo pariat actionem. Nam non inhibuit jus naturae illum irrito punire negotio, qui non secundum principis jussum illud tractaverat. Ne quidem ubi ex contractu domini cum servo naturalem permisit obligationem. Licet enim Imperator §. 2. *i. de jure person.* dicat, contra naturam esse servitutem; non tamen intellexit *jus* naturae, sed *statum* naturae. Magis igitur respiciendum puto, an juri naturae congruat, ut naturalis obligatio *in specie* talis (nam et civilis appellatur naturalis *l.* 10. *de o. et a. et l.* 16. §. 4. *ff. de fidejuss.*) confusione tollatur. Add. *Cujacium ad African. tr.* 9. *ad l. frater a fratre p.* 584. *B.* Quae *lex* sententiam nostram ratione sua aperte videtur confirmare. Ait namque, fratrem *totum* solventem debitum fratri, quo naturali obligatione contracta patris durante potestate (nam ita juris, ut quoties lex alias producit validam obligationem utroque contrahentium obligationis capace, toties naturalem permittit uno eorumdem incapace existente *vid. l.* 64. *de indeb.*) patri obstrictus, pro illa parte qua est haeres, ipsum pecuniam posse condicere. Quod non alii imputandum videtur rationi, quam quod confusione extincta fuerit obligatio. Ex naturali enim obligatione solutioni repetitio non datur. Oportet igitur ut sit sublata, et quoniam nihil aliud gestum quam adita haereditas, interitus naturalis obligationis *praesumendus* (si rationes superius traditae non fuissent) evenisse ex confusione, quam in civilibus quoque obligationibus aditio haereditatis causatur. Verum quod in *d. l.* 38. dicitur, eo ipso naturalem obligationem sublatam, quia peculium communicatum, non probat, aditione istius obligationis confusionem extitisse, sed sublationem imputat peculio communicato.

§. XIX. Iste mihi speculando exempla oppositionis facti ipsius juris et subditi ejusdem judicialis tam ex ll. quam ex earundem commentariis contigit numerus. Copiam forte praebitura majorem utraque seges, sed rationi pronominis exponendae (principale proposito praesenti opus) illa quae hactenus dicta, sufficientia fore confido. Sed animum progrediendi morantur duo materiae relinquendae residua debita. Superius differentiae gratia tractatum; *ipso jure* tutum non opus habere aliqua *exceptione*, multo minus ejus contestatione; e diverso onus utrumque incumbere

stricti juris judicium suscepturo. Verum *l. 4. §. ult. ff. de noxa. action.* dicitur, si damnum passus a servo alieno actionem noxalem detracta noxae deditionis mentione, intentaverit contra dominum conscium (Nam si dominus vel jusserit damnum dare, aut sciens servum damnum daturum id non prohibuerit, non arbitrio ipsius relictum, aut damni aestimatione factum luere mancipii aut illud noxae dare, sed obstringitur ad damnum resarciendum *l. 2. ff. d. t.*) licere ipsi durante judicio poenitentiam, ne si convictus de scientia domino falso imputata prohibeatur ob damnum ex solo servi facto proveniens, repetere actionem servum noxae tradendi causa. Hic quis *objiceret*, in *stricti juris* judiciis non licet post l. c. judici admittere exceptionem, quia post litem contestatam adstrictus est *formulae*, cui mentio observandae *exceptionis* non est inserta a praetore. Si extra formulam nil valet pedaneus, sequitur quod nec in *d. l. 4.* statuendum fuerit licere actori poenitere, et ad noxae deditionem solummodo agere; actione noxali stricti juris existente. Anton. Faber *in rational. ad d. §. fin.* ait, unum idemque judicium versari circa *aestimationem* praestandam, aut *servum*; et formulam quam praetor tradere solitus pedaneo, duas continuisse clausulas, unam earumdem jussisse quo condemnetur in *aestimationem*, alteram ad noxae *traditionem*, si aestimatio displiceret. Exinde conjecto *Fabrum*, credidisse, si non detracta noxae deditionis mentione quis contra dominum egisset, licere ipsi poenitere, et solius *aestimationis* esse tenaci, si postea confisus convincere dominum, quod sciverit delictum iri; nec quid contra jus pedanei debitum fieri, si idem durante judicio mutationem illam admitteret. Nam juxta *aestimationem* praestandam, ipsi quoque formula ista permissum, dominum condemnare in noxae deditionem. Verum si detracta noxae deditione actor mox initio dominum convenerit, ut *consciun* in aestimationem, aut mox initio litem exorsus tamquam dominus non conscius, adeoque alternative contra eumdem egerit, praetorque formulam ad tenorem susceptae accusationis conceperit, jure veteri pedaneum non valuisse recipere mutationem actoris, adeo ut nec ipsi postea ad noxae deditionem in priori casu, nec posteriori casu ad aestimationem *solam* reverti fas futurum, quia formulae clausula hoc casu saltem unica fuerit, nempe ut condemnetur dominus in aestimationem. At jure novo evenire, ut judici major sit tributa potestas, pedaneo non amplius judicante, qui ante adstrictus formulae, sed magistratu ordinario *l. 2. c. de pedaneis judicibus*, et quoniam *l. 1. et l fin. c. de formulis etc.* Constantinus formularum necessitatem *cunctorum actibus* remiserit, nec magistratus ordinarius eidem postmodum adstrictus. Competere proinde jure novo facultatem quamcumlibet emendationem aut immutationem libelli post litem contestatam. Illudque jus respexisse Tribonianum *d. §. fin.* Esse proinde ejusdem *emblema*. Verum ponam *d. l. 2.* generaliter sancire, non in provinciis modo (nam de his *d. l. 2.* expresse agit) sed et Romae magistratus ipsos debere judicare, licentiamq; dandi pedaneum ademptam esse, attamen usus pedaneorum non penitus cessavit. Nam jubentur ipsi judicare, sed addita exceptione, nisi causarum multitudo aliaque judicia id prohibeant. Remansit igitur *in talem casum* pedaneorum necessitas. *Zuno* praeterea numerum pedaneorum auxit, uti superius relatum. Iste vero imperator longe *posterior* est Diocletiano et Maximin. *impp. d. l. 2.* auctoribus. Quod *l. 1. c. de formulis* attinet, *dicitur* quidem, quod *cunctorum* actibus formularum necessitas remissa sit. Verum ut ex *lege sequ.* aperte constat, loquitur de formulis quae a pontificibus *impetrandae* erant, *jus competens proponendi*. Cum vero de *cunctis actibus* loquitur, vel intelligendae omnes actionum species proponendae, vel alii actus ubi formularum pariter superstitiosa erat necessitates, quales fuerunt actionum, nuptiarum, dotium, donationum, sponsalium, de quibus formulis sublatis, vid. *l. ult. c. th. de sponsal. l. ult. c. th. de nuptiis, l. ult. de dotibus, l. ult. de naturalibus filiis l. ult. de legit. haereditat.* Et ad eas ll. Jacob. Godofred. Idemque *ad l. unic. c. Theod. de omissa actionis impetrat.*) Non vero de *formula quae praescripta pedaneo*. Haec enim aucupatione syllabarum non insidiabatur, (de qua tamen Constantinus *d. l. 1.* agit) sed *sensui* syllabarum pedaneum adstringebat. Praeterea si formulae non amplius pedaneus post tempora Constantini adstrictus fuisset, cur *Zenoni* imperatori faciendum (quae constitutio §. 34. *h. de action.*) fuit, quod judex condemnare possit in reliquum, si *minus* ab initio petitum? Nam id prohibitum antea fuerat, ob formulam, quam egredi non licebat, judici, uti clare perspicitur ex *Seneca l. 3. benefic.* Sequiturque illud permissum fuisse, si formulae necessitas ante Zenonem jam sublata, atque nihil opus constitutione Zenonis fuisse. Sed objicis Theodosium imperatorem *d. l. 2. c. de formulis* formulae necessitatem tam majori quam minori judicio remittere; per minus vero intelligi pedanei judicium. *Respond. d. l. 2.* agi *apertissime de impetranda actione*. Actio vero et *formula pedanei* non sunt synonyma, uti superius probatum. Quodnam vero in *d. l. 2.* judicium *majus* sit, quodnam *minus*, explicat *Jacob. Godofred. ad. d. l. unic.* Scilicet *majus* judicium praefecti praetorio, item proconsulum, vicariorum, omnium denique vice sacra judicantium illustrium, spectabilium: *minus* vero judicium, rectorum provinciarum, judicum ordinariorum puta, praesidum consularium, correctorum, aliorumque clarissimorum, vel perfectissimorum. Hoc sensu Valentinianus minorem et majorem judicem dixit: nempe praefectum v. g. annonae, minorem praefectum urbi majorem, *l. potioris 5. cod.* Justin. *de off. rector. provinciae*. Minime igitur conjectura *Fabri d. legibus* juvatur. Si confirmari eamdem putas dicta *Zenonis* constitutione §. 34. *jur. de action.* extante, quae testari videtur, formula istum imperatorem exsolvisse pedaneum, quia illa introduxit, quae consistere non poterant, si formula adhuc observanda. *Respond.* Zenonem quoad *casum dicto* §. 34. exhibitum relaxasse facultates pedanei, non quoad caeteros. Justius argumentum *Fabro* ex *l. 47. de neg. gest.* clarius patrocinatur; proinde aut censendum cum *Fabro*, Tribonianum *d. l. 4. §. ult. ff. de nox. action.* Juri veteri admiscuisse jus novum; aut speciali jure pedaneo *in noxalibus* liberiorem permissam fuisse facultatem. Quo casu fatendum, nihil jure novo interesse, num tutus quis fuerit ipso jure, an per exceptionem; sed illuc non spectat, quod *l. 112. ff. de r. i.* dicitur. Nam idem longe ante tempora Zenonis dictum, et quis l. istius sensus, superius explicatum. *Alterum* quod annotandum duxi-

hoc est: superius dictum, ipsum jus oppositum *exceptioni* pronomen istud mereri, quia ibi jus ipsum id faceret quod fieri voluerat, sed ad id opera alterius utitur i. e facto subditi excipientis. Qui licet *perficiat*, ad quod prohibendum jus jam *aliquid* egerat; quia tamen principii absque fine nullus est effectus, *exceptione* quid *factum* esse, juste dici posse. At enim non improbabile, jus ipsum oppositum exceptioni, pronomen istud meruisse inter Jctos, ex quibus pandectae compilatae, *quia jus civile* oppositum *juri praetorio*. Nam juri isti hoc casu pronomen illud deberi *memb. I. sect. I.* satis declaratum. Omnia vero quae exceptione expediuntur, esse juris *praetorii* (aut ad minimum ista, quibus ipsum jus hactenus oppositum) videri potest clarissime ex *l.* 5. §. *pen. ff. de constit. pecun.* ibi, *si quis quod jure civili debebat, jure autem praetorio i. e. per exceptionem non debebat etc.* Accedit, quod ubi jus civile opponitur exceptioni, illud *jus* appelletur, et jus exceptionem praebens nomine *juris* non dignetur, uti apparet ex *l.* 60. *ff. de fidejuss.* Idem evenit, ubi jus civile opponitur juri praetorio *l.* 1. *pr. ff. quibus mod. ususfr. vel usus amittitur* ibi, *et parvi refert utrum ususfr. jure sit constitutus, an vero tuitionis praetoris*, de qua lege. *d. m.* 1. *sect.* 1. pluribus actum. Licebit ita que ista quae dicta tota hac sectione ad *d. m.* 1. *sect.* 1. referre. Interim locus uterque convenit.

§. XX. Tres quaestiones addendae jubent filum, quod credebam absolvisse, denuo attrectare. Prima istarum, an haeres *ipso jure* retineat falcidiam an ope *exceptionis*? Causam ventilandae quaestioni dedit *l.* 73. §. *fin. ff. ad l. falcidiam* ubi quod dicatur, dodrante excesso *legata per legem ipso jure minui*, creditum, removisse Cajum factum juris subditi *judiciale* seu excipientis. Utroque enim casu dici posse minui legata, sed modo diverso, superius frequenter explicato. Ipse vero, licet non refragaror isti conjecturae; credideri.n tamen factum subditi *extra judiciale* respectum fuisse, malebamque *legis istius* 73. conjunctae *l.* 1. §. 5. *quod leg.* tractationem *sectionis* hujus *membr.* posteriori reservare. Interim propositam quaestionem, quia ab interpretibus hic agitata, *sectioni* praesenti adfero. Quod ad *dict. l.* 73. §. *fin.* spectat, ipsa nihil certi hujus quaestionis decisioni confert, cum verba *per legem ipso jure minui* utrique subditi facto opponi possint, tam facto *exceptionis*, quam facto *separantis* a dodrante quadrantem; itaque aliunde ratio accersenda. Puto ipso jure legata minui, nec opus esse haeredi convento tribus istis actionibus, legatum directo vel per consequentiam petentibus, quo exceptionem contestetur initio. Nam quoniam lex ultra dodrantem vetuit legari, sequitur quod amplius legatum sit contra legem *prohibentem*. Talia vero nullam pariunt obligationem, nec actionem. Ubi nulla *actio*, ibi nec *exceptione* opus esse, praecedentibus sufficienter puto declaratum.

Anton. Faber. *lib.* 4. *conj.* 6. nostrae sententiae adstipulando hanc dat rationem *l.* 12. *ff. ad l. falcid.* dicitur, si haerede creditore scripto debitor *voluerit* (uti alias licet) debitum confusum, imputare quantitati aeris alieni, ubi ejusdem *detractione* vera quaeruntur bona perspiciendi, num falcidiae locus sit deducendae, et id facere *recusaverit* creditor haeres, ac de integro legato conventus objecerit jus falcidiae, tam quam testator legando supergressus dodrantem, *si suum* debitum quod aditione extinctum aestimaretur, *legatarium* doli mali exceptione uti posse contra *illum*, *qui defuncto successit et factum* ipsius praestare recusat. Concludit exinde Faber exceptione non usum fuisse haeredem, uti tamen debuisset, si *exceptione*, non *ipso jure* haeres quadrantem retineret, quia tunc non doli exceptio data fuisset legatario, sed doli replicatio. Allegationem namque actoris quae subsequitur exceptionem rei, replicationem non *exceptionem* appellari. Et *exceptionem facti* simplicem (aliud est in exceptione doli speciali) admittere doli replicationem. Haec mens est *Fabri d. loco.* quam suo pretio relinquo.

Caeterum *idem Faber. d. conject.* 6. quosdam pro 1
ponit casus, ubi exceptione opus, nempe si legata res indivisibilis, uti servitutis realis species. Cum enim hoc casu quadrans (rei enim individuae nullae partes) ex re legata deduci nequeat, *legem* 80. §. *fin. ff. ad l. falcidiam* consuluisse haeredi, quo a legatario petat quartam partem *aestimationis* servitutis legatae, et si id facere recusaverit, doli mali utatur exceptione contra exactionem servitutis. Vera mihi ista videtur exceptio. Nam competebat legatario actio in solidum legatum, uti in *d.* §. *fin.* expresse habetur. Si nihilominus aequum ut liberetur, oportet ut id fiat praedicto modo et per exceptionem. *Altera* exceptio, si pluribus rebus legatis quasdam haeres, solvit falcidia non detracta. Posse namque haeredem reliquas res retinere *solidas* pro satisfactione partis istius, quam ex re soluta retinere poterat, opposita doli mali exceptione. *l. si ex plu-* 2
ribus 16. *ff. ad l. falcid.* Posset et haec exceptio recipienda videri, quia dodrans debebatur. Si nihilominus retineri potest, oportet ut actio repellatur exceptione. Et quidem exceptione doli, quia dolo petit, qui mox redditurus, quod petit. Teneretur vero reddere legatarius superflua (ipso jure quippe lege falcidia legata divisa, uti *subsequenti sectione* §. 2. perspiciemus) rerum prius solutarum. Verum quoniam certum, quod compensatione debitum extinguatur ipso jure, et haec, quia solutionis vice, ipso jure conventum reddat tutum, ut exceptione non sit opus, possit videri exceptione doli non esse opus haeredi res residuas pro indebitis restituendis retenturo. Tribui quidem *d. l.* 16. exceptionem doli, verum *minus* facile datum cui *majus*, i. e. Securitas *ipsius juris* competebat, et *l.* 3. *ff. de except.* satis patet, dari exceptionem, licet quis tutus ipso jure. At enim illa quidem non spernenda, ubi res soluta in solidum culpa extincta et aestimatio solvenda, ac extincta pariter culpa haeredis legata residua. Nam cum hic ab utraque parte quantitas debeatur, compensatio volente haerede procederet. Verum cum *d. l.* 16. agatur de diversis speciebus, compensationi non locus erit, sed necessario statuenda erit *secunda* haec exceptio.

Enim vero diversa sunt jura quartae, quam retinendi jus habet haeres fiduciarius. Hic enim non ipso jure tutus est, sed per exceptionem. De ratione diversitatis Hilliger *in Donell. lib.* 8. *cap.* 26. *lit. h.* his verbis agit. *Acute*, inquit, Ant. Faber. 6. *conject.* 3. *et* 4. *de ratione diversitatis si ratiocinatur: lege falcidia ita restituta libera legandi facultas, ut tamen de solo fiat dodrante, quadrante integro, quem lex omnino vetat onerari. Hic igitur quadrans jam haeredi solo potestate legis confectus est, antequam quid-*

quam ei testator legaret, vel alio modo relinqueret. Contra *sc. pegasianam tantum* retinendi *quadrantis potestatem fecit: non vero eripuit testatori facultatem totius haereditatis fideicommittendae. Diversa haec: haeres rogatus de haereditate restituenda, quartam deducit: quod verum est, et haeres non potest ita rogari, quod falsum. In falcidia autem verum est. Haeres non potest onerari ultra dodrantem: lex falcidia* prohibet *plus legare. sct. non item. Ergo ei satisfit si quartam habeat haeres, undecumque consequantur. Quarta Trebell. non ipso jure sed per doli exceptionem retinetur, l.* 21. ad Trebell. *Falcidia autem capitur jure haereditario, legata ipso jure minuuntur, et legatariis non amplius dodrante capere licet* l. 27. h. t. *Acuta haec*, pergit Hilliger; *sed quaerendum tamen superest, cur diverse disposuerint l. falc. et sc. pegasianum, ac ratio rationis investiganda. Ea non incommode poni videtur a* cl. Arumaeo exerc. Justin. 9. th. 17. *in praesumpto testatoris erga haeredem affectu, quem plus creditur testator dilexisse, quam legatarios, contra autem majore amore prosequi fideicommissarium, quam fiduciarium.* Confer. Fachinae. 5. *contr.* 2, 25.

§. XXI. Secunda quaestio est, an *ad diem* usufructu vel emphyteusi concesso, lapso tempore eadem cessent ipso jure, an vero opposita exceptione. Quod usumfructum attinet, apud *Paulum* 3. *sent.* 6. §. 38. dicitur, tempore elapso *finiri* usumfructum, et *l.* 1. § *pen. de usufr. accresc.* Sancitur *usumfructum quotidie constitui et legari. lege* 5. *c. de usufr.* dicitur, usufructu ad tempus relicto, lapsu temporis fructus posse repeti ab usufructuario. Exinde dd. colligunt, quod in usufructu exceptio sit regulae ex *l.* 44. *pr. ff. de o. et a.* notae, nempe tempus non esse modum finiendi obligationem. Additur ratio, quia usufructus in *facto* constitit, non *jure* jura vero *aeterna* esse; facta tempore interire. Non adeo firma ista mihi videntur. Nam *Pauli* locus nihil facit ad probandam opinionem juri *Justinianeo* nempe *d. l.* 44. contrariam. Sed quoniam *l.* 5. *c. de usufructu*, tempore elapso usufructus finitus dicitur, possit illud de effectu oppositae exceptionis intelligi. Nam ubi exceptio opposita est, et postmodum exceptio rei judicatae, *quoad effectum* extinctus ac *finitus* dici potest usufructus, qui stricto jure adhuc vivebat. Quod *d. l.* 1. attinet, quotidie ibi dicitur constitui usumfructum. Sed id potius oppugnat, quam comprobat sententiam, *usumfructum tempore extingui*, habito sc. respectu *ad d. l.* 44. ubi jura tempore non extingui, dicitur. Nihil praeterea habetur in *d. l.* 5. quod *legem* 44. oppugnet. Nam fructus tempore finito non retinere usumfructuarium dicitur, non finitus sit *ipso jure*, sed per exceptionem, *d l.* 44. accommodatam. Id est si usufructuarius conventus actione reali, qua etiam fructus petuntur a proprietario, exceperit de jure adhuc durante, hicque replicaverit de tempore finito. Postremo nec usufructus tantum *facto* consistit, quia pariter jus est. Definitur enim, quod sit *jus utendi rebus alienis* etc. Sed quicquid sit, communis illa dd. est opinio, *usumfructum ipso jure lapsu temporis cessare.* Probaretur *d. l.* 1. Cum quotidie non constitutum dici possit, nisi quotidie finitum. Verum alio id ibi sensu dicitur hactenus obscuro. Certius videtur esse probatum, ipso jure emphyteusin lapsu temporis finiri *l. pen. ff. si ager vect.* Ubi dicitur non competere actionem in rem emphyteutae, si tempus ad quod constituta emphyteusis, praeterit. Si enim jus adhuc duraret, actio adversus tertium ad minimum competeret, quippe qui jure dominii directi, ut tertius, uti non valeret. Sed indistincte *d. l.* 1. *et l.* 2. *ff. si ager vectigal.* denegatur actio. Igitur si effectum denegavit, oportet ut causa, durans emphyteusis, pariter interciderit. Sicque exceptione non opus convento, quippe quae praesupponit actionem, sed tutus ipso jure. At enim, fateor et hic respici posse ad *d. l.* 44. quae dat exceptionem tempore elapso contra actionem stricto jure competentem. Et *principaliter* tale esse dici posse, quod *in effectu* tale est. In effectu vero non competit actio, quae exceptione elisa. Nec obstat, quod si alius quam dominus directus conventus, exceptionem ex jure tertii, domini directi nempe, non possit objicere, et per consequens efficere non valeat, ut in effectu actio non competere dici possit; nam toties de jure tertii licet excipere, quoties perimitur jus agentis *l. ult. c. de rei vindicat. et l.* 6. *c. de serv. fugitiv.*

§. XXII. Ultima quaest. ex *l. fin.* §. 5. *ff. de v. o.* oritur, ubi haec verba; *cum mihi aut Titio stipulor, dicitur aliam quidem rem in personam meam, aliam in Titii designari non posse: veluti mihi decem aut Titio hominem. Si vero Titio soluta sit ea res quae in ejus persona designata fuerit: licet ipso jure non liberetur promissor, per exceptionem tamen defendi possit.* Exinde nobis formanda incumbit quaestio. Cur ipso jure non liberetur promissor? Certum quod ipso jure liberetur promissor, si stipulatus quis *mihi aut Titio decem dare spondes*, et decem Titio soluta §. 4. *l. de inut. stip. respondeo*, aliud esse, si agatur dare mihi debita Titio soluta; aliud si eidem soluta res mihi non debita, quam tamen Titio stipulatus: priori casu ipso jure promissor solvendo liberatur, quia Titius est mandatarius scil. quoad acceptionem, et ut contra ipsum actio mandati detur stipulanti; non quoad exactionem; quae alius mandatariis competit) mandatario quod fit, id fit ablegantis. Huic vero si solvitur quod debetur, ipso jure tollitur actio, *d.* §. 4. solventemque extra operam exceptionis ipsum jus reddit securum. Contrarium in casu posteriori; hic enim dici nequit, solutum fuisse, quod debitum. Nam si Titio quis rem aliam dari stipulatur, quam sibi stipulatus fuerat, illa res nemini debita. Non stipulanti, quia eamdem habere noluit; non Titio, quia ipsi stipulari non poterat. Quoniam tamen pactus videtur, ait Donell. *in commentario isto excellenti ad tit. ff. de v. o. d. l. fin. explicando*, ut alio modo sibi satisfieret, nempe si Titio homo solutus, et ex pacto provenit securitas non ipso jure, sed per exceptionem, recte *d. l. fin.* §. 5. statutum, expromissorem non ipso jure, sed per exceptionem tutum evadere solvendo. Verum obstat *Donello*, quod conventio ista de homine Titio praestando non pro *pacto* accipienda, sed pro *stipulatione*, quia *eodem* tempore, quo decem quis sibi *stipulatus*, de altera quoque satisfactionis specie convenerat, nempe de homine praestando. Stipulatio vero, qua in alterum confertur solutio, non est prohibita; prohibita est obligationis in alterum facta collatio. Proinde puto *respondendum*, ipso jure expromissorem ideo non liberari, quia non solverat, cujus debitum substiterat prius in persona stipulantis. Solutio enim tollit obligationem ipso jure; sed ubi solutum, quod debebatur: homo autem neque stipulanti, neque Titio debebatur. Quoniam tamen prae-

statione hominis sibi satisfactum in stipulando declaravit, exceptione solventi succurrendum esse, aequum visum fuit.

§. XXIII. Huc usque me attinuit numerus exemplorum ipsius juris oppositi uni speciei facti subditi judicialis, quod est *exceptio*, quae est actio, qua conventus agit. Sequitur facti istius altera species, nempe *actio*, qua quis alterum judicialiter convenit. *l.* 16. §. 2. *ff. de minoribus*, dicitur: si quis jussus fuerit res quasdam restituere fratris filiae, cum conditione, ut si ipsa decesserit sine liberis, res illas haeredi restitueret, et haec defuncto haerede, haeredi ejus cavisset se restituturam, foeminam illam restitutionem in integrum mereri. Imo eamdem condicere posse cautionem. Non enim ipso jure mulierem esse tutam, sed opus eidem *condictione*. Haec *condictio* facti judicialis altera est species, cui ipsum jus opponitur, et species quoque esset *petitio restitutionis*. Eadem hic ratio pronominis, quae erat ubi ipsum jus oppositum primae speciei facto juris subditi judicialis s. exceptionis. Non vero altera, quam §. *praeced. prope finem.* tradidi, ratio hic applicabilis. Non enim *condictionis* juris praetorii effectus. Caeterum veriam tractationem *d. l.* 16. §. 2. admitteret. Verum cum ei quod ipso jure fit, non debeatur, nec objectum meum erunt. Alias aequitas competentis condictionis manifesta, nempe quod fratris filia non obstricta amplius ad restitutionem, defuncto nempe ante conditionem evenientur illo, cui res restituendae, indebitam cautionem extinguere possit condictione *sine causa*. Uti namque nullum jus haeredis haeredi, ita nec cautio eidem debebatur; et quamvis alias error juris impediat condictionem, contra tamen statuendum in foemina, cui jus ignorare indulgetur.

§ XXIV. *L.* 16. §. *final. ff. de jure patron.* haec habentur verba: *si quis plane non semel alienaverit, sed quasdam res ante, quasdam postea, alienatio earum rerum, quae postea alienatae sunt*, ipso jure non revocabilis, *sed priorum: in posterioribus Favianae locus erit.* Egerat Ulpianus §. §. *praecedentibus d. l.* 16. de fraude liberti, qua idem minorem centenario se fecerat in fraudem legis, *i.* e. si se minorem centum aureis alienando fraudulenter fecerit, quo patrono occasio successionis praescinderetur, de quo *vid.* §. 2. *de success. libert.* Dicto §. *final.* statuit, si quis non una vice ista alienando se minorem fecerit centenario, sed diversis vicibus alienaverit, prima vice alienata ipso jure revocari, habito respectu ad revocationem, quam jus revocationis aequitatem agnoscens non ipsum, sed adhibito subditi facto judiciali quo actio Faviana a patrono fraudato peragitur; non vero illa, quae secunda vice alienaverat, quibus alienatis integra patrono debita portio (de qua *d.* §. 2. *j.* agitur) absorpta. Rationem diversitatis *Bartolus* hanc dat: prima vice facta alienatio, licet aureum unum saltem transtulerit, minorem centenario reddit libertum, et talis alienatio nulla est, uti apparet ex *pr. d. l.* 16. Sequiores vero alienationes ipsum non reddunt minorem centenario, quippe talis jam prima alienatione factus fuerat. (Praesupponendum proinde centum *omnino* (i. e. non plus, non minus) libertum possedisse. Alias si ultra possederit, prima alienatione centenario se non poterat facere minorem) Ulpianus §. 1. *d. l.* 16. vero illam alienationem in fraudem legis factam ait, quae minorem reddit libertum centenario, illamque saltem effectu destitui. Non vero illas sit in fraudem legis fieri, quibus portio competens diminuta, sed in fraudem patroni. Ergo jus voluit, quo destitueretur effectu, sed duraturo usque ad revocationem. Quoniam namque eandem portionem patrono debitam abstulere, revocationem aequam jus judicavit, sed ipsum illam non peregit, sed usus opera agentis Faviana. Caeterum non capio, quod Ulpianus dicit, ipso jure revocari illud, quod centenarius minutus. Nam *pr. l.* 16. dixerat, illam alienationem esse nullius effectus. Ergo non alienatio effectu solito censenda, nec per consequens revocanda ipso jure. Interim ex hactenus dictis facile apparet, quomodo verba *princ. d. legis* 16. *si libertus minorem se centenario fecerit in fraudem legis, ipso jure non valet id quod factum est*, intelligenda sint. Oppositus enim effectus ipsius juris revocantis (ex opinione Ulpiani) effectui revocationis subditi judicialis, i. e. utentis actione Faviana.

§. XXV. Facti judicialis species *petitio bonorum possessionis* quoque habenda. Eique ipsum jus oppositur *l.* 7. §. 8. *ff. de bonor. possess. secund. tabulas*, ubi haec verba: *si duo haeredes instituti, primus et secundus, secundo tertius substitutus: omittente secundo bonorum possessionem, tertius succedit. Quod si tertius noluerit haereditatem adire, vel bonorum possessionem accipere, recidit bonorum possessio ad primum: nec necesse ipsi erit petere bonorum possessionem, sed ipso jure ei accresceat: haeredi enim scripto, sicuti portio haereditatis, ita et bonorum possessio accrescit.* Haeres qui ex parte est institutus, universae haereditatis seu universi juris defuncti evadit successor caeteris haeredibus deficientibus. Idque ex conjectura voluntatis defuncti, qui censetur reliquis institutis, i. e. amatis deficientibus, ipsorum partes illi tribuere voluisse, quem jam ex unius partis donatione apparet amore prosecutus; eidemque potius, quam proximis consanguineis, quia apparet illos rejecisse alios praeferendo, hunc vero ab eodem fuisse electum. Adhaec licet non praesumatur in tantum testatorem amasse unum, qui adiit, ut ipsi quoque partes deficientium reliquerit; necessitas tamen praesumenda esset, compulisse eumdem ut amiserit, quo deficientium portiones illi accrescerent. Nam nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest. Et sic res universa devolveretur ad causam intestati. Quod cum nullo modo evitabile, in eumdem consensisse praesumendus. Idem fundamentum facit, ut bonorum possessori secundum tabulas reliquae partes bonorum possessionis, deficientibus reliquis, accrescant. Nam et talis bonorum possessor, ex voluntate defuncti aperta, jus habet, cum bonorum possessio *secundum tabulas* praesupponat testamentum aliquando constitutum, licet subtilitate juris quadam, non immutata voluntate testantis, subsistere desierit. Idem juris in bonorum possessione *contra tabulas*. Nam cum testamentum seu tabulae sunt effectualiter (nam formaliter non rescinduntur, imo prodita est liberis *suis* praeteritis, ne rescindendo per *querelam inofficiosi testam.* voluntatem defuncti patris, ignominia quadam ipsius memoriam afficiant) rescissae, potiores consanguineos credidisse censendus est defunctus, quam extraneos non amatos, et uno consanguineo deficiente, proximum potiorem fisco. Unde Tribonianus generaliter (i. e. ut ad B. *possess. contra et secundum tabulas* pertineat) de

bonorum possessione accrescenda loquitur, uti patet ex *ll. sequentibus l.* 3. §. *fin. ff.* de Bonor. possess. *In bonorum possessione* (non certam speciem ponit, sed generaliter loquitur,) *sciendum est, jus esse accrescendi; proinde si plures sint quibus bonorum possessio competit, quoniam unus admisit bonorum possessionem, caeteri non admiserint,* (sequitur *lex* 4. *eod.*) *veluti quod spreverunt jus suum: aut tempore bonorum possessionis finito exclusi sunt, aut ante mortui sunt, quam petierunt bonorum possessionem* (sequitur *lex* 6. *eod.*) *ei qui admisit, accrescent etiam hae portiones, quae caeteris competerent, si petiissent bonorum possessionem.* Quoniam igitur ista voluntatis conjectura universum jus defuncti in alterum transit, sequitur, non opus esse petitione reliquarum partium bonorum possessionis istius. Ergo consideratis illa juris sanctione, et habito respectu ad factum illud subditi judiciale, quo bonorum possessio petitur, poterit quis dici bonorum possessionis reliquae compos factus *ipso jure.* Et ita Jctus locutus in *lege proposita.* 2. §. 8. et ex eadem ratione. Sed dubium, quod ibi dicitur, *recidere* bonorum possessionem, si reliqui eamdem non petierint. *Diceres*, quo pacto recidere eamdem dici potuit, cum ipsa praesupponatur nondum petita, ideoque non quaesita. *Respond.* bonorum possessionem recidere in illum, qui eamdem ex parte agnoverat, non quae extiterat, quod alteri quaesita. Sed fingendum, bonorum possessionem (quae est synonymum *juris haereditarii.* Bonorum possessio praedicatur de quasi haerede) simul ac unus eamdem petere inceperit, eamdem se explicasse in varias partes, singulis partibus recipiendi singulos bonorum possessores. Si hi autem non petierint easdem, ipsas ad primam partem recessisse, et quia ne momento quidem jus haereditarium divisum esse potest extra possessorem, dicendum, partes istas recidisse i. e. impetu quasi recessisse, et accrevisse primae portioni. Proinde incrementum istud non adeo congrue a dd. comparatum fuisse arbitror cum alluvione. Haec enim est incrementum *latens.* Illud *impetu* et uno momento contingit. Hoc simile jam explicat quomodo recidere potuerit bonorum possessio, quae aliis non erat acquisita. Et *Jctum*, dum ait bonorum possessionem *recidere*, non aliter intelligendum esse, ac si egisset de vero haerede (bonorum possessor enim est quasi haeres) et dixisset *uno deficiente, recidere jus haereditarium.* Jus haereditarium enim uti superius dixi, et bonorum possessio sunt synonyma, diversitate haeredum saltem discernuntur. Et uti non obscurum quid, ubi dicitur *jus haereditarium uno deficiente,* ita nec ubi idem de bonorum possessione asseritur.

§. XXVI. Quaeritur: an processu condemnatus, qui nullitate laborat tutus dici possit, ipso jure? *Aff.* sc. cum habetur respectus ad factum juris subditi judicialis seu appellantis. Idem quoque dici potest, ubi respectus habetur ad appellationem extrajudicialiter peractam i. e. coram notario et testibus, si judicium minus tutum. Quo casu ipsius juris oppositio facto subditi judicialis exemplum praeberet. Ad horum recensionem progredior.

MEMBRUM II. SECT. II.

De eo quod fit ipso jure, quatenus opponitur facto juris subditi extrajudiciali.

SUMMARIA

I. An quoddam jus *ipso jure constitutum dici possit?*
II. Libertas ipso jure transfertur.
III. Nuptiis secutis dominium transit ipso jure ad maritum, si res in dotem data ante nuptias et priusquam eaedem subsequantur, dotans vita decesserit.
IV. An haeres falcidiam habeat ipso jure, an opus ut eadem facto aliquo separetur a dodrante?
V. An publicis corporibus obveniat dominium ipso jure, an ad id jus utatur, uti alias, facto tradentis?
VI. An personae istae, quae rei pecuniis ipsarum empta domini evadunt, absque corporali acquisitione ipso jure domini redditae dici possint?
VII. An sententia lata in judiciis divisoriis ipso jure transeat dominium?
VIII. An legatarius legati ipso jure evadat dominus, an opus legati apprehensione?
IX. An supervenientibus literis, ipso jure rei donatae revertatur dominium, an opus redditione? id triplici quaestione expeditur:
1. *An* l. *si unquam* c. de revoc. donat. ad *quemcumque donatarium pertineat?*
2. *An quotacumque bonorum pars donata irrita evadat donatio?*
3. *An donata* ipso jure *revertantur, an* redditione?
X. An ipso jure acquirantur socio, quae socius prius acquisiverat?
Hic juxta quaeritur, an bona post irritam societatem quaesita, ipso jure *alteri sociorum acquirantur?*
XI. An lege commissoria dicta et pecunia justo tempore non soluta, ipso jure revertatur dominium? Et quid juris in addictione in diem *meliori eveniente conditione?*
XII. An res donatae ipso jure fiant uxoris, matrimonio morte soluto?
XIII. An domino rem apud aliam detentam vi auferente, ipso jure alter evadat dominus?
XIV. An ob impensas necessarias dos ipso jure minuatur?
XV. An ipso jure peculium minuatur servo vendito cum peculio ante traditionem, domino furtum faciente?
XVI. An servitus ipso jure quodam casu debeatur?
XVII. An suus ipso jure haeres existat?
XVIII. An successores ab intestato dici possint succedere ipso jure?
XIX. An ipso jure haereditatem directam obvenire dici possit?
XX. An posthumo alieno instituto, ipso jure testamentum non valere dici possit?
XXI. An ipso jure actio ad complementum legitimae competat?
XXII. An portio haereditaria ipso jure quandoque minuatur?
XXIII. An ipso jure pignus competat locatori in fructus et illata?
XXIV. An cujus nomine procurator de pignore habendo pactus est, is actionem hypothecariam assequatur, actione non cessa?

XXV. An pignus solutum dici possit ipso jure, ubi creditore non comparente actio noxalis, ob servum oppignoratum damna inferentem, intentata?

XXVI. An ipso jure pignus liberetur, debito ex fructibus soluto?

XXIX. Ipso jure citra cessionem acquiritur actio.

XXX. An ipso jure intempestiva renunciatio societatis sit praecauta?

XXXI. An ipso jure insit conventioni de debito solvendo, ut quo minus pignus venisset, reliquum debitor redderet?

XXXII. An ipso jure debita castrensia et pagana sint divisa.

XXXIII. An ipso jure correi in solidum debeant?

XXXIV. An ipso jure inter fidejussores debitum sit divisum?

XXXV. An ipso jure nomina inter haeredes sint divisa?

XXXVI. An compensatione debitum extinguatur ipso jure?

XXXVII. An datus ab avo materno tutor ipso jure tutor non sit?

§. I. *Membri* 2. *sectionem* alteram, finemque doctrinae *ipsius juris* attingimus. Acturis vero de *eo quod fit ipso jure, opposito facto subditi extrajudiciali*, tradenda istiusmodi *ipsius juris* definitio. Haec est, ubi jus eumdem dicitur sanxisse effectum gesti alicujus, quem aliis gestis cooperante demum alio i. e. subdito ejus extrajudiciali, oriri voluit. Nam si respectus non habetur ab uno ad alterum, non *ipso jure*, sed simpliciter *jure* factum illud erit dicendum. Ea vero, quae sic ipso jure fiunt, pertinent (1.) *ad jus qua tale* (2.) *ad personarum statum.* (3.) *Ad jus reale et personale.* Ad primum referenda erit *l.* 1. §. 1. *ff. ad sc. vellej.* ubi haec verba: *nam sicut moribus civilia officia adempta sunt foeminis et pleraque ipso jure non valent. Ita multo magis adimendum eis fuit illud officium, in quo non sola opera nudumque ministerium earum versaretur, sed etiam periculum rei familiaris.* Posui, *ipso jure non valent*, licet in *edit. Francofurt. novissima* 1663. excusa negatio absit. *Pacius* enim et *Charondas*, necnon *Haloander* negationem agnoscunt. Non aliam vero puto pronominis rationem, quam quod jus solemniter constitutum oppositum fuerit isti juri, quod tacito populi consensu i. e. *moribus*, nascitur. Jus enim ex consuetudine oriens, *effectu* saltem jus est, non *forma*, adeo ut nomen juris, juri *formaliter* tali, paulo magis convenire visum fuerit: jus itaque et consuetudo, respecta *forma*, duo sunt diversa. Quoniam vero Paulus *jure*, ut pleraque non valerent, factum esse significare voluit, et simul respexit ad id, quod per alium (per illos scilicet qui consuetudinem introducunt) quod jus mulierum effici dixerat, illudque removere voluit a priori. i. e. quoniam dicere voluit, non per alium factum, quod jure docere voluit factum, satis perspicuum, *ipso* jure illud (scil. *pleraque*, quae dixerat non valere a mulieribus gesta) effectum esse dici potuisse. Illi quoque, qui consuetudinem producunt, cum juris subditi sint, idque facto peragant extrajudiciali, ipsum jus *d. l.* 1. §. *II.* oppositum facto juris subditi extrajudiciali, credi potest.

§. II. Jus *ipsum* quoque circa illud efficiendum occupatum est, quod per factum subditi extrajudiciale productum ad *jus personarum*, qua tales sunt, refertur. Nam si servus venditus, adjecta conventione, ut certo tempore elapso manumittatur ab emptore, tempore isto elapso, mox liber fit extra manumissionem. Et quoniam jure ita constitutum, sequitur, quod habito respectu ad factum testamenti ac reliquorum modorum quibus manumissiones extrajudicialiter (*vindicta* quidem judicialiter peragebatur, sed *unus* iste casus pluribus extrajudicialibus in nostra methodo cedere debuit,) per subditos jus legimus peragere, eodemque remoto ab illo, quod dispositum a jure, die manumissionis adjecta, ipso jure libertatem translatam dici possit; et ita expresse loquitur Scaevola *in l. final. ff. de servis exportand.* de qua lege disceptantes *vid.* Cujac. 10. *obs.* 21. Hotom. 4. *obs.* 13. Raevard. *j. var.* 13. A. Fabr. 14. *conj.* 4. Quos perpendendi operae pretium non video.

§. III. Ad *tertium* pervenio, nempe *ad jus reale et personale* personis competens. Nec hoc semper personis obtingit facto ipsorum cooperante extrajudiciali, sed *jure ipso* multoties idem conciliatur. Ejusque doctrinae *sectio haec tota* complebitur. Uti vero subditi juris factum extrajudiciale versatur vel circa jus *acquirendum*, et jus antea existens *extinguendum*, ita et ipsius juris operatio classes ad easdem rediganda. Quod juris spectat *acquisitionem*, ipsa vel juris *realis* est vel *personalis.* Licet vero jus personale quidem dd. praeferendum censeant juri reali, quod isto obligetur haeres; hoc autem non aliter, quam cum possidet, et non ut haeres, sed ut possessor; realis tamen juris considerationem praelatione certior securitas et *institutionum* ordo vindicat. Varii vero casus operationis *ipsius juris* hac ultima oppositione sumpti, in legibus expressi extant. Nam *l.* 9. §. 1. *ff. de jur. dot.* Dominium rei in dotem spe futurarum nuptiarum datae, *ipso jure* statuitur ad maritum transire, licet *tradens* mortuus ante nuptias, licet nec *haeres* nuptiis secutis expresse comprobando properam defuncti traditionem, ipse tradidisse dici mereatur. Non alia pronominis ratio, quam quod *Ulpianus* jus ipsum consideraverit effectum istum dedisse facto sanctionis, qui alias facto juris subditi extrajudiciali (illud hic *traditio* comprobatione facti testatoris administranda, fuisset) provenire deberet. Non enim factum ipsius juris fuisse oppositum facto juris ministri extrajudiciali, seu juri praetorio, conjectandum, quia praetor nunquam facit dominum jure suo. Non vero conjectare licet, jus ipsum seu jus civile oppositum juri praetorio, quam ubi certum, aut disceptatum ad minimum jus praetorium similem effectum producere, quem jus civile. Nec factum *ministri* judiciale respexit, quia eodem nunquam dominium impetratur, sed dominii occupandi occasio, uti evenit ex secundo decreto, et faciente Praetore dominium actione noxali experientem contra dominum absentem, *l.* 2. *ff. ult. si ex noxali causa.* Nam apprehensione rei opus est utroque casu. Nec est quod §. *fin. j. de officio jud.* in tribus judiciis divisoriis mox dicatur nasci dominium; nam inferius probabitur, non virtute actus sententiae id fieri, sed occasionaliter. Et satis perspicuum, Ulpianum *d. l.* casus istos *penitus speciales* non respexisse. De facto *subditi* judicieli ab Ulpiano *d. l.* non respecto, nullum est dubium, quia eodem nullus nanciscendi dominii modus. Ergo solum factum subditi *extrajudiciale* respicere potuit. Hoc vero

modis acquirendi dominii varie, uti ex *titulo j. d. r. d.* quasi tabella apparet, ministrat. Inter istos modos vero, cum et sit *traditio*, et Jctus statuerit, ipso jure dominium ad maritum transire, licet non ratihabuerit haeres traditionem defuncti, juste licitum concludere, *Jctum* factum subditi extrajudiciale, facto ipsius juris *dictae legis casu removisse*. Istaque demonstratio oppositionis ipsius juris, et subditi facti extrajudicialis sine dubio facta exemplis quibuscumque jam secuturis sufficiet. Caeterum elicuit hoc factum ipsi juri favor, quo in dotem propendere alias solet. Monetque id ipsum *Ulpianus*, et jure singulari hic opus fuisse inde perspicuum, quia dominium ab illo, qui dedit, recesserat tempore evenientis conditionis. Nam si tempore evenientis conditionis non universa illa adsint, quae requisita fuissent ad vinculum contractus, ubi idem eodem tempore et tractandus et absolvendus fuerat, eventus nihil operatur. Uti enim in obligationibus initium nihil prodest sine fine; ita idem erit in eventu conditionis, quippe qui tractatae obligationi affert conclusionem. Cum igitur in casu nostro tempore evenientis conditionis dominium jure ordinario sit alienum, sequitur, purificatum domini consensum nihil operari ad transferendum dominium, quia extra eumdem dominii compos esse debet, qui dominium vult transferre. Hujus impedimenti consideratione *Ulpianus* opinatus est, permotum fuisse juris favorem doti ordinarium, ut dominium alienum hoc casu transtulerit *ipsum*, domino licet nolente, in illum, qui dominum ad illud transferendum tenebat obligatum. Verum *Ulpiani* opinioni tria obsistere videntur. *Primo* quoad jus tam activum quam passivum *defuncti* haberi, ac si viveret adhuc, ubi haeredem nactus fuerit. Ergo videtur, *Ulpianum* non credere debuisse dominium alienum, sed adhuc defuncti, per haeredem viventis. Nondum quidem haeres possessionem arripuisse refertur *d. l.* sed ubi quis adiit haereditatem, succedendo in omne defuncti jus, dominus etiam evadit rerum omnium haereditariarum, nec necessitas apprehendendae possessionis alia ex ratione foret, *quam remediis utendi possessoriis*, nisi ejus defectum sublevaret interdictum *quorum bonorum*; hoc enim omnibus datur haeredibus, quia omnes haeredes *bonorum possessores*, si velint, evadere possunt. Bonorum vero possessoribus illud interdictum competit, possessio licet non sit apprehensa. Nec obstat quod cum haeres petitionem haereditatis saltem habeat, non rei vindicationem proprie sic dictam, dominus uti nondum redditus, sic nec defunctus per ipsum talis mansisse dicendus; nam habet haeres rei vindicationem proprie sic dictam, possessione licet nunquam apprehensa, sc. si titulo *singulari* possidens conveniatur *l. 7. c. de petit haered.* et clarius. *l. penult. c. in quibus causis cessat longi temporis praescriptio*. Sin pro haerede aut possessore, petitione haereditatis opus. E praedictis itaque sequitur ipsius juris non opus esse facto, (hoc factum se prodit sanctione, *dominium non traditione haeredis transire*, *sed lege*) cum marito solo eventu conditionis, quoad dominium nanciscendum consulatur; eveniente enim conditione, si sub ea traditio facta, dominus evadit possessor absque reiterata traditione, quia defunctus adhuc dominus per haeredem habendus, et eveniente conditione propria defuncti traditio retrotrahitur. Verum quod ad subtilitatem hanc spectat, puto eamdem cedere ipsertae *d. legis*. 9. expressioni, novum et alium, nempe haeredem, *dominum* appellantis. *Secundo* quia cum maritus haeredem habeat obligatum ad praestandum factum defuncti, et rem possidere ipsam ab *Ulpiano* praesupponatur, exceptione doli sibi poterit conservare possessionem, et sic non minori lucro expectare coactionem judicialem, ac cum ipso jure dominus redditus fuit. Ergo cum illud, quod opera ipsius juris *directo* quis assequitur, non plus sit, quam quod effectus oppositae exceptionis praestat, opera ipsius juris non censenda illud praestitisse, quod alias facto alieno, sc. subditi extrajudiciali, traditione, producit. Cur enim jus ipsum tantilli effectus causa accurreret. *Respond.* Majus esse lucrum ex dominio, quam ex sola possessione. Actione enim legis aquiliae duplum captare nemo potest quam dominus. *l. 2. l. 6. §. 6. ff. 1. d. l. aquil.* Nec simplum juxta duplum aut quadruplum condictione furtiva obtinere valet, quam dominus. *l. 1. ff. de condict. furtiva*. Destitutus praeterea erat remediis possessoriis possessionem civilem poscentibus, cum maritus non aliam quam naturalem censendus esset habere, jure ipso eidem non accurrente. Possessio enim in eumdem sub conditione translata erat, cujus eventus, cum morte dantis, et successione haeredis in tempus mortis retracta ineffica, nihil pro civili possessione actum habendum. Et ob eamdem rationem nec publicianam exercere posset. Postremo objici validius potest, quod in *l. 2. §. 5. ff. de donation.* habetur. *Pecuniam*, inquit Julianus, *mihi Titius dederat absque ulla stipulatione, ea tamen conditione, ut tunc demum mea fieret, cum Sejus consul factus esset, sive vivente eo sive mortuo Sejus consulatum adeptus fuerit, mea fiet.* Ex hoc casu manifestum putant dd. quod commune sit, ut ante eventum conditionis, moriente illo qui dedit, ipsa eveniente accipiens ipso jure evadat dominus. Proinde non opus fuisse casui *d. l. §. 1. ff. de jure dotium* juris favore, sed jure ordinario ac communi ex *d. l. 2. §. 5.* satis relucente ita obtinere. *Salicetus ad d. l. 9. §. 1.* improbatis variis Glossae explicationibus, veram putat hanc: in casu *d. § 5.* translationem possessionis esse de praesenti, sed acquisitionem dominii esse dilatam in tempus consulatus, Traditione autem facta, rem donatam non revocari. Casum vero *d. l. 9. §. 1.* diversum proponi. Ergo opus speciali juris favore fuisse. Verum similes utroque loco tractari casus, quis non videt. *Ulpianus* ponit, nullam stipulationem praecessisse traditionem, sed nudam pactionem in dote constituenda. Traditionem factam quidem, sed effectum ejusdem, translationem dominii, conditione suspensam. Mortuum deinde tradentem conditione nondum impleta. Atque Julianus *d. l. 2. §. 5.* eadem tractat. Nam absque stipulatione praevia rem *traditam* praesupponit, sed dominii translationem futuram cum consul factus. Ubi vero quid ex incerto dependet eventu, quale quid est consulatus, pro conditionali habetur, licet dictum a transferente, *cum* tale quid factum, nec opus conjunctione *si*. Mortuum praeterea pariter praesupponit tradentem ante conditionis eventum dominiumque mutatum. Et ipso jure quoque in casu *Juliani* dominium fuit translatum; idque inde probabile, quia dicitur conditione eveniente rem *fieri Titii*, et praesuppositus casus, ubi non stipulatione, sed nuda pollicitatione dominii translatio promissa. Nuda vero pollicitatione

cum defunctus non teneatur, nec haeres obstrictus erit censendus. Igitur cum res nihilominus fieri dicatur consulis, oportet, ut alio translata facto sit, quo non aliud quam ipsius juris erit intelligendum. Haec statuit *Julianus* in casu donationis, favorem specialem non promerentis. Qualem enim favorem s. jus extraordinarium exigeret *consul factus*, quo respubl. gavisura, licet dominium pecuniae a Titio datae non ipso jure ad me transiturum. At reipubl. interest, ut mulieres dotes habeant, et aequum, ut in compensationem onerum maritus eadem potiatur; qua dote tamen non potiturus, nisi ipso jure favente. Quoniam itaque Ulpiani ipsius juris casus communis est omni donationis generi, uti ex *d. l.* 2. §. 5. apparet, palam est, quod Ulpianus speciale aliquod jus i. e. juris favorem adhibere non opus habuerit. Quid igitur respondendum? Nihil. Antinomia aperta est.

§. IV. Non ignota quaestio, an legatis dodrantem transcendentibus, haeres quadrantem s. portionem l. falcidiae ipso jure habeat? An opus sit reali deductione s. *separatione?* qua opus hic ad acquisitionem dominii, ac alias, praecedente titulo, rei *apprehensione*. Illi, qui ipso jure falcidiam deduci arbitrantur, fundant se in *l.* 73. §. *ult. ff. ad l. falcidiam*, ubi ipso jure legata minui dicuntur. Nec non in *l.* 1. §. 5. *Quod legator.* ubi dicitur, *si donatarius rem mortis causa acceperit a testatore, haeredi non competere* interdictum quod legator. *Quia portio legis falcidiae ipso jure apud haeredem manet, et si corporaliter res insolidum translatae.* Utuntur praeterea *l.* 26. *ff. ad l. falcid.* ubi vindicari posse dicuntur res solidae legatario solutae. Quod *legem* 73. attinet, communiter dd. eidem innituntur; sed jam *section. praecedent. non procul a fine* probatum, de lege ista non minus oppositionem ipsius juris, ad facti juris subditi judicialis s. excipientis, praesumi posse, quam oppositionem factam inter jus ipsum et factum subditi extrajudiciale, seu deducentis corporaliter quadrantem ante restitutionem dodrantis. Fortius juvat: *d. l.* 1. §. 5. et sensus est: si quis rem mortis causa donatam acceperit viro adhuc donatore, *interdictum quod legatorum* haeredi non competit, quia illud ad vindicandam possessionem propria auctoritate occupatam tendit. Interim non nocere ipsi interdicti defectum, ait *Ulpianus*, ad nanciscendam falcidiam, ob quam causam illo interdicto praetor haeredi succurrit; nam portionem legis falcidiae ipso jure remanere apud haeredem, etsi corporaliter res insolidum translatae fuerint. Hunc sensum *dicta l.* 1. interpretatione Wissenbachii *vol.* 11. *disp.* 23. *th.* 15. obtinuit, idemque melius probatur attenta connexione verborum, *quia portio etc.* cum casu praeposito, quam conciliatio *Bartoli* substituentis pro verbis *utique cessabit interdictum*, verba *utique necesse habebit.* Caeterum ratio adjuncta cur interdicto non locus, satis testatur, ipsum jus ab *Ulpiano* non fuisse oppositum facto juris subditi judiciali, seu exceptioni, sed extrajudiciali, seu corporali quadrantis deductioni. Praesupponitur enim *d. l.* casus, uti haeres nunquam dominus factus corporaliter fuerat, si nihilominus dicitur ipso jure remansisse apud haeredem quadrans, non aliud praesumendum, quam quod Jctus removerit factum subditi extrajudiciale, seu corporalem deductionem. Postremo utuntur ad probandum *d. l.* 26. qua datur vindicatio haeredi. Verum eidem Cujacius *lib.* 8. *obs.* 2. objicit, quod *dicta lex* 2. loquatur de casu, ubi res fuerunt apud legatarium mortis tempore, quas forte a testatore vivo consecutus, ubi non est locus retentioni, quam Cujacius *d. obs.* 2. ordinariam et solam modum consequendi falcidiam arbitratur, motus *legibus*, ubi *retentione* uti posse haeredem, non dicitur. Verum *legibus* istis *sola retentione* uti posse haeredem, non dicitur. Ex aliis textibus juris praecipue ex *d. l.* 1. §. 5. *et d. l.* 26. contrarium apparet, nempe juxta *retentionem* dari et *vindicationem*. Nec specialis casus in *d. l.* 26. Cur enim daretur vindicatio rei, quam nunquam haeres possedit? sed eamdem ex jure defuncti vindicat; cur denegaretur vindicatio, ubi quadrantem, seu quartam jam ante possederat? Opinio illa *Cujacii* fama indigna. Fortius obstat *primo*, quod vindicari possit quadrans ideo, quod jura dominii defuncti consecutus fuerit quoad quartam, contra legem quippe prohibentem attrectatam. Ergo non opus, ut sanciatur quartam esse haeredis, et ab ipso vindicari posse, quia ipso jure separata a dodrante. Cur causa ex novo jure derivanda, cum pristinum sufficiat? proinde dicendum esse arbitror, quadrantem vindicari posse, et ipso jure falcidiam deduci; sed non demum *d.* 1. §. *nec d. l.* 26. sed ex jure praecedenti. Effectum tantum *d. l.* 1. §. 5. *et l.* 26. juris veteris explicatum fuisse. Non vero effectum *dd. l.* expositum, ex iisdem originem cepisse. Quando enim quadrans, quia contra legem legatus, habetur ac si haeredis manserit, et haeres etiam non apprehensa possessione rerum haereditariarum, dominus earumdem evasisse habetur, potest dici quartam vindicari posse, et separationem quartae a dodrante factam jure, scilicet illo, quod annullat contra legem prohibentem gesta, et quod haeredem in jura defuncti deducit, habitoque respectu ad separationem, quam subditus juris facto extrajudiciali peragit, ipso jure legata diminuta. *Alterum*, quod objici poterat, est, si legata ipso jure minuuntur, si vindicari possunt, cur opus haeredi, ut curet sibi satisdari a legatario? si diffidit dodranti observato, nondum tamen de eodem certus, legatarius interim sub cautione *quod amplius legatorum nomine*, de qua *tit. ff. si plus quam per legem falcidiam licebat, legatum fuerit* pluribus agitur, legata integra sibi exsolvi poscat? Responsio ex *l.* 1. §. 9. *ff. d. tit.* accedit, ubi haec verba: *haec stipulatio ideo locum habet: quia et si repeti possit id, quod solutum est: tamen fieri potest, ut non sit solvendo is, cui solutum est, ac per hoc pereat, quod datum est.* Ex quibus verbis satis apparet, dictae cautionis nullam esse necessitatem juris; cumulataque remedia, haeredi falcidiam conservandi.

§. V. Communis opinio est, dominium transferendi, nec opus traditione, scilicet si quid *publicis corporibus* venditum aut inter vivos donatum. Eademque probata §. *pen. l.* 23. *c. de ss. ecclesiis.* Hoc eum jure ita disponente provenisse, habito respectu ad translationem dominii, quam jus non *ipsum* efficit, sed requisito facto subditi extrajudiciali, seu, traditione et acceptione illam §. *pen.* translationem ipso jure contingere dd. statuere. Non male ita locuti fuissent; verum probandum prius, imperatorem *d.* §. traditionis necessitatem remisisse. Verba §. haec sunt: *in his autem omnibus casibus non solum personales actiones damnamus, sed etiam in rem et hypothecariam*

secundum constitutionis nostrae *tenorem, quae legatariis et fideicommissariis hypothecariam donavit, et supradictis omnibus unum tantummodo terminum humanae vitae imponimus i. e. centum metas annorum.* Quoniam imperator in omnibus casibus, quos *pr. l.* 23. tractaverat, dat actionem realem, *videtur* etiam eamdem communicasse, si cum *administratore publici corporis* emptio et venditio contracta, *nec subsecuta rei traditio*, quippe de quo casu *d. pr.* pariter egerat. Nam quid sanctione ista opus fuisset, si intervenisset traditio. Nec putandum, imperatorem ob verba subsequentia *d.* §. *et supradictis omnibus etc.* declarare solummodo voluisse, omnibus actionibus praecedentibus, tam *personalibus* (i. e. quae ex contractu emptionis et venditionis cum publico corpore celebrato oriuntur, aut actio ex testamento, si legatum pecuniarium relictum) quam *realibus*, et hypothecariae centum sé indulsisse annos; *duo* namque ipsum sancire voluisse, nempe primo vindicationem emptori publico, re nondum tradita a venditore, *secundo* centenariam praescriptionem, exindé concludendum videtur, quod diversis orationis partibus consistat *d.* §. quas convincit conjunctio *et*, quae praecedit verba *supradictis omnibus etc.* Haec conjunctio cum sit copulativa, et non nisi *multa* copulari valeant, probabile, imperatorem *duo* ista tractavisse. Enimvero licet praedicta vindicandae dd. opinioni attulerim; verior tamen contraria visa mihi est sententia. Puto imperatoris *d. l.* 23. §. *pen.* non aliam esse sententiam, quam declarantis, *quando ecclesiae*, aliique pio corpori *ex legato aut fideicommisso personalis ex testamento actio competit, aut realis ex legato et fideicommisso vel ex traditione rei venditae sive donatae, non minus hujus ac alterius actionis judicium centenarium fore.* Vid. Salycetus *in comm. c. ad d. l.* 23. *n.* 10. Nec adeo validum argumentum ex conjunctione *et*, quae verba *supradictis omnibus etc.* praecedit. Licet namque exinde superius demonstrare conatus sim, *duo ibi tractari*, hanc conjunctionem monere (*primum* personalem, realem, ut hypothecariam dari sive ex legato quid debeatur, sive ex venditione et donatione, traditio licet non subsecuta; *alterum*, illas actiones cuicumque praemissorum casui communes, centum demum annis expirare) attamen non credibile, imperatorem jus extraordinarium et *novum* emphasi critica, dubia maxime aut obscura, intimare voluisse. Alias quoque connexiones tam in pandectis quam in codice si quis consideraverit, scrupulositatem hancce non fuisse *religionem*, animadvertet. Nec multum facit, quod imperator retulerit se ad constitutionem aliam, qua forte triplicem actionem legatariis competentem simul dederit *emptoribus* et donatariis publicis; nam incertum illud est; ideoque eidem inniti nemo potest. Non impossibile, *constitutionem* quo se imperator *d. l.* 23. refert, extitisse in codice Justinianeo, sed detractam *codici repetitae praelectionis.*

§. VI. Voluntate transferendi et accipiendi, accedente ipso traditionis et acceptionis actu vel naturali vel ascitilio, acquiritur dominium. Nihil vero interest corpore quis suo an alieno porrectum dominium accipiat. Potest quis itaque alteri demandare contractum et acceptionem dominii. Verum nondum ista sufficiunt ad dominium nanciscendum. Nam licet mandatario, praecedente voluntate transferendi, tradita possessione traditum sit dominium; attamen si non *nomine* mandantis *expresso* cum venditore mandatarius contraxit, dominio ille non prius potietur, quam ubi actione mandati intentata mandatarium ad dominium tradendum compulerit, aut ad cedendam rei vindicationem, si mandatario domino eadem ablata. Quo tamen casu, postquam rem obtinuit, mandator procurator in rem suam erit, nec dominus evadet, nisi spontanea rei judicialiter obtenta relictione. Nam si nolit mandatarius, non prius erit dominus mandans, quam ubi judicialiter ad relinquendum fuerit compulsus. Cessione enim juris exercendi contra detentorem, non juxta concessum est jus possessionem apprehendendi, seu dominium acquirendi. Et praedictae decisionis ratio haec est, quia *venditor* dominus dum huic dat *nescius* ipsum esse mandatarium, non dedit mandanti. Ex *voluntate* domini vero dependet dominii translatio. Ubi igitur mandatarius auspicando contractum venditori officium suum explicuerit, et secuta dominii traditio, non accipientem dominum facere voluit, sed ablegantem. Sed vero licet ista praedicto jure sese habeant, dantur tamen personae, quarum pecunia si res fuit empta, sive ablegaverint ementem sive non, et sive tradita fuerit res domino pecuniae, eaedem domini evasere. Tales sunt 1. *miles, l.* 8. *c. de rei vind.* ubi dicitur, si nomine suo quis pecunia militis quid emerit, et ita dominus factus ex ratione superius allata, militi competere rei vindicationem utilem. Sed cur *utilis?* Certe videtur competere *directa*, si miles *dominus* factus revera fuisset. An ideo, quod dominus evaserit jure extraordinario? videtur tamen, non minus esse dominum, qui jure extraordinario talis evadit. An quod vindicationem habeat ex *privilegio*, non ex *dominio* ipso jure forte translato? Huic quidquam firmamenti ex *l.* 55. *ff. de don. inter. vir. et uxor.* ubi utilis rei vindicatio dari videtur, si pecunia uxoris res fuerit empta. Sed *l.* 12. *c. de jure dotium*, dicitur, rem pecunia dotali (ergo magis ita obtinet in pecunia paraphernali, de qua *d. l.* 55. sermo) comparatam, *non* quaeri uxori. Adeo ut in casu *d. l.* 8. miles contra emptorem quidem rei vindicationem utilem habiturus, sed non contra alium, in quem forte emptor rem istam transtulerat. Idem de utili actione *d. l.* 55. concludit Ant. Faber. *lib.* 5. *conj.* 9. *n. fin.* Cum igitur dubium, an *dominium* translatum, non expedit quaerere, num ipso jure idem fuerit factum. 2. *uxor* si res pecunia dotali fuerit empta *l.* 54. *ff. de j. dotium.* Ubi haec verba; *res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur.* Concludunt dd. rem pecunia dotali uxore inscia comparatam, mulieri propriam dotalem (credunt enim dd. utrumque concurrere statu, ubi rem dotalem esse asseritur) evadere, etiamsi res eidem tradita non fuerit postquam empta, imo etsi nec ipsius nomine empta. Idque ideo, quia nullum alias dubium esset, eamdem evadere propriam et dotalem, ubi constat nomine uxoris rem istam emptam fuisse. Verum Ant. Faber. 5. *conject.* 9. ob *l.* 12. *c. d. j. dot.* (quae *d. l.* 54. apertissime contrariatur) putat *d. l.* 54. intelligendam esse de casu, ubi *nomine uxoris* pecunia dotali res empta. Nec ait obstare, quod nullum dubium, rem fieri dotalem pecunia dotali nomine uxoris comparatam; nam hoc casu rem uxoris evadere soluto matri-

monio quoad effectum *vindicationis* certum esse, sed ut quoad hypothecariam, et actionem ex stipulatu i. e. ut evadat non tantum propria mulieris, *sed et dotalis* non certum, nisi ex *d. l.* 54. Videbatur enim dotalem eam non esse, quia post dotem constitutam acquisita fuisset, quamvis ex pecunia dotali. Consentit igitur *Ant. Faber*, *d. l.* 54. statui rem evadere dotalem, si nummis dotalibus nomine uxoris comparata, et verbum *videtur d. l.* 54. praedicandum non de eo, quod videtur *ratiocinio dubitanti*, sed quod videtur ratiocinio *certo*. At valde *Fabro* obstat, quod dos constituatur ab uxore marito, non vero inter maritum et extraneum, venditorem forte, id negotium absolvatur, adeo ut mihi non videatur probabile, *d. l.* 54. agere de re empta *nomine uxoris*. Caeterum *d. l.* 12. Donell. *l.* 5. *c.* 2. *c.* intelligit de acquisitione constante (quippe tunc maritus dominus est) matrimonio cessante, sed de ortu ejusdem matrimonio finito. At enim quoniam jus mulierem durante quoque matrimonio dominam appellat rei in dotem datae *l.* 75. *ff. de j. dotium l.* 3. §. 5. *de min. l pater.* 71. *de evict.* apparet mulierem rei pecunia dotali comparatae dominium nancisci potuisse. Igitur cum illud *d. l.* 12. eidem denegatur per verba, *non tibi quaeritur*, praesumendum, jus ordinarium obstitisse, quo minus rei pecunia dotali comparatae uxor mox extiterit domina. Firmiori ratione ex *l.* 55. *ff. de donat. inter vir. et uxor.* adjuta. §. *fin. l.* 5. *ff. eod.* communi *dd.* opinioni consulitur, quippe qua *l.* statuitur, uxorem vindicare posse rem pecunia ipsius marito *donata*, comparatam; indeque justa procedit argumentatio ad rem pecunia *dotali* partam. Nec *d. l.* 55. praesupponendum, agi de re *nomine* uxoris empta, quia maritus non accepisset pecuniam donatam, si mox nomine uxoris rem emptus, illud enim est reddere donata. Ipso jure igitur dominium uxori utroque casu acquiri, palam est. Sed si nomine uxoris pecunia ejus res empta uxoris dominio subjiciatur, quaerendum, num ipso jure dominium acquisitum? Nego, quia omnia hic accessere, quae jus requisivit ad dominium facto subditi extrajudiciali acquirendum. Ergo cum juri ad contribuendum nihil quidquam remanserit, translatio dominii istius *ipsi* non erit imputanda. 3. *Pupillus*, si res pecunia pupillari a tutore empta, *l.* 2. *ff. quando ex facto tutoris etc.* ubi haec verba: *si tutor vel curator pecunia ejus, cujus negotia administrat, mutua data ipse stipulatus fuerit, vel praedia* in nomen suum *emerit; utilis actio ei cujus pecunia fuit, datur ad rem vindicandam vel mutuam pecuniam exigendam.* Quorum verborum sensus cum aperte demonstret, rem acquiri pupillo et minori pecunia *nomine proprio* a tutore aut curatore emptam, non opus, ut ratiocinio exinde formato demonstrem, pecunia pupillari rem emptam, licet non nomine ipsius, dominio ipsius accrescere. Et quoniam hoc casu dominium extra traditionem jus transfert, sequitur illud ipso jure dici posse translatum, si respectus habitus fuerit ad dominii translationem, quam jus non ipsum peragit, sed requisito facto alterius nempe tradentis.

§. VII. *In* §. *fin. i. de officio judic.* haec habentur verba: *quod autem istis judiciis* (scil. judiciis tribus divisoriis) *alicui adjudicatum fuerit: id statim ejus fit, cui adjudicatum est.* Subintelligendum sine dubio, dummodo durante societate res fuerit propria, non aliena. Caeterum concluserе exinde *interpretes*, dominium portionis divisione contingentis *extra apprehensionem* transire, et quoniam jus traditionem et acceptionem non requisivit, uti alias ex *l.* 20. *c. de pactis* necessarium, dominium adjudicatae portionis *ipso jure* transire, si habeatur respectus ad dominium rei alterius, quod jus non ipsum transfert, sed requisito facto subditi extrajudiciali i. e. tradentis. Verum huic asserto opponendum, quod socius, cohaeres et vicini agrorum, jam domini fuerint durante communione, per consequens non fiant per jus sententiae domini, sed tales solummodo fuisse declarentur, per consequens *jus ipsum* non mereatur dici dominos fecisse, qui tales jam ante extiterant. At enim firmandi priorem opinionem allegandum videtur, dominos quidem existere, praefatas personas durante communione; quoniam tamen caeterorum jus incumbebat lateri juris alterius, illudque eidem amotum per jus sententiae, adeo, ut unus, cui quid adjudicatum, jam pure et in solidum dominus evaserit, partis adjudicatae, idemque effectus ipsi juri sententiae imputantur. Sed hoc ratiocinio dicta opinio non juvatur, quia superius dictum, jus non *ipsum* posse dici quid fecisse, ubi facto alterius usum fuit; hic vero sententiae interventus ipsi opus. Ergo non ipso jure in tribus judiciis divisoriis dominium litigantes sortiri dicendum. Unde Ulpianus *tit.* 19. *corporis sui* tractans de acquisitionibus dominii, inter alios modos quoque *adjudicationem et legem* refert, quod aperte testatur, esse differentiam inter *ipsum jus*, et id, quod fit *ope sententiae*. Dispiciendum restat, an in adjudicatione *omni* dominium transeat ipso jure? Huic quaestioni intelligendae talis ponendus est casus. Mevio Titius vendidit aedes, postmodum conventus actione empti. (Nam si praesupponatur dominium ante sententiam jam transisse, et lis orta inter venditorem et emptorem, v. g. si res vendita et sic tradita, ut tamen manserit penes venditorem, indubium sententiam non reddere dominum illum, qui vicit.) Verum licet praedictis terminis casus ponatur, attamen non video, quomodo quaeri potuerit; an sententia fecerit dominum, cum ipsa saltem pronunciaverit rem deberi, et traditio adhuc requiratur illius, qui condemnatus. Add. Fachinaeus *i. contr.* 62.

§. VIII. Dominium rei legatae ipso jure transire in legatarium, nec jus factum haeredis tradentis ad id exigere, vulgatum est. Creditur probari istam opinionem *l.* 80. *ff. de legat.* 2. Ubi dominium rei legatae nunquam factum dicitur haeredis, sed recta via transire ad legatarium. Cum igitur factum transferentis jus praeter morem, non adhibeat, sed dominium nihilominus translatum statuat, illud jure ipso transmitti dici poterit, ubi mos iste respectus ac remotus. Sed obstat, quod *d. l.* 80. dicatur, dominium rei legatae haereditatis esse, haeres vero, cum sit successor haereditatis, dominium quoque ad haereditatem pertinens, videatur consecutus. *Resp.* quoniam *ad d. l.* 80. *aperte* statuitur, *dominium nunquam fuisse haeredis*, eidem accommodandum esse sensum verborum, recta via *dominium, quod haereditatis fuit, ad legatarium transeat*, ut Jctus innuisse videatur, haeredem succedere in dominium haereditatis, sed eo momento, quod *aditionem* factam (qua testamentum corroboratum, debitum legati relicti proluxit) et *haereditatem* jam haeredi *acquirendam* intercessisse fingendum est, haere-

ditati subtrahi dominium rei legatae ac transisse ad legatarium. Fateor, fingi potuisse dominium momento *ante* haereditatem aditam transisse, sed quoniam *l.* 7. §. 5. *ff. de dolo.* nec non *l.* 86. §. 2. *ff. de legat.* 1. Dominii ortum *ab adita* jam haereditate computant, priori modo fictio dispensanda. De qua fictione omnibusque aliis *tractatu de fictionibus* uberius discurrendi occasio mihi praebebitur. Nam *obsequium, Hottomanno* ad tractatum istum adhortanti, praestitit *Alteserra* non *executionem.* Caeterum illud quod dictum, ipso jure transire dominium rei legatae ad legatarium, *dd.* intelligunt de legato *vindicationis.* Negant de legato *damnationis.* Legatum vindicationis fiebat hisce verbis: *illum servum tibi do, lego*; vel *illam rem tibi praesume, habe, vindica.* Damnationis autem hisce: *tu haeres meus illi hoc da*; aut, *illud illi ab haerede meo dari jubeo.* Aliud erat legatum *sinendi modo*, aliud *praeceptionis.* Quibus ex Theoph. §. 51. *de fideicom. haered.* quintum *dd.* addunt nempe *partitionis*, quo pars *haereditatis* relinquitur. Legatum quod *sinendi modo* veniebat, quoad hoc incidit cum legato *vindicationis*, ut dici possit, dominium transire ipso jure quia vindicationem eidem competiisse, ex §. 7. *J. Caji de legatis* apparet. Nec est: ut quis dicat, *traditionem* brevi manu intervenire, ubi haeres jubetur sinere, (hac vero *formula* relinquebatur hoc legatum, uti patet ex *d.* §. 7.) quo ipse legatarius rem capiat, adeo, ut non *ipso jure* hoc legati genus videatur acquiri. *Respond.* jussum quidem haeredem pati quo sumeret, sed et rem alteri *jam acquisitam* aliquem juberi posse, quo tolli patiatur, sc. quo eidem obtingat *naturalis* possessio. Imo clare id comprobant verba *d.* §. 7. *In quo legato, non quidem haeres legatario rem, quae relicta est jubetur* tradere, *sed vindicanti legatario non permittitur prohibere.* Ex eadem ratione i. e. quia vindicatio datur, legatum quoque *praeceptionis*, pro specie legati *vindicationis* habendum. Nam §. 11. *de legatis* corporis *Ulpiani*, legitur, *per praeceptionem legari possunt, quae etiam per vindicationem.* Si eadem res, cum nihil aliud obstat, praesumendum, eas quoque eadem actione petitas: sed haec quoad effectum ipsius juris transferentis dominium in legatarium. In aliis differentia fuit, quae refertur a Cujo *tit. de legat.* et ab Ulpiano *corporis sui tit.* 24. Add. Ant. Faber. 6. *conject.* 1. et Cujacius *ad Papin. l.* 80. *ff. legat.* 2. Quod veritatem istius opinionis attinet scil. legati per vindicationem ipso jure translatum esse dominium, puto significatione nominis eandem adstrui. Nam vindicatio non competit successori singulari (aliud enim in universali, huic quippe competere rei vindicationem, licet rei haereditariae traditio ipsi nondum facta, superius memini me probasse) si eidem res non tradita. Quod vero legatum *damnationis* ipso jure non transferatur, non isto argumento puto probari posse, quo *dd.* utuntur, nempe damnationem involvere damnum illius, qui damnatur. Damnum vero praesupponere rem *propriam.* Adeo, ut cum testatori jus permisit, damnare haeredem, ad rem aliquam legatario tradendam, concludendum sit, rem tradendam dominio haeredis antea subjacuisse. Sed exinde sequeretur quod semper, ubi lex permisit *damnare* haeredem, id pro signo dominii rei legatae translati in haeredem sit habendum. Atque ubi quis *sinendi* modo legatum reliquebat, dicere, referente Ulpiano *d. tit.* §. 5. poterat, *haeres meus* damnas *esto sinere Lucium Titium sumere illam rem, sibique habere.* Probavi autem supra §. 7. *instit.* Caj. *de legatis*, legato *per sinendi modum*, transire dominium. Validius forte illud, quod praebet §. 1. *i.* Caji *d. t.* ubi statuitur, licere legatario, legatum *vindicationis* propria auctoritate praesumere, non expectato haerede, notanter addito: *si rem per* vindicationem *legatam legatarius praesumpserit, nec pro praesumpto legato ab haerede potest calumniam sustinere, nec si aliena res fuerit, quae legata est, legatarius hoc poterit ab haerede repetere.* Quod cum legato per *vindicationem* tributum, ademptum legato per *damnationem* censendum, quod comprobant verba *fin.* §. 4. *d. t.* Cujus non aliam conjecto causam, quam quod dominium non transeat ipso jure, sed demum facto haeredis. Verum cum §. 2. *inst. imper. de legatis* discrimen quatuor (aliud enim de legato partitionis Turaminus *de exaequat. leg. c.* 2. *n.* 2. *et* 11. *et seqq.* astruit) legati specierum sublatum, obsoletae rei doctrinae operam navare ulteriorem, non expedit. Caeterum effectus dominii transeuntis ipso jure est, ut antequam res ipsi fuerit naturalis possessionis causa ab haerede tradita, *mox eo tempore*, quo dominium ad ipsum transiit ipso jure, scilicet ab adita haereditate, *cunctis dominii competentis beneficiis fruatur.* Nempe quod pignus ex eo tempore subsistat, quod competat rei vindicatio, condictio furtiva, actio legis aquiliae. Quaeritur, an ex eo tempore usucapio pro legato auspicium habeat? *Affirmandum* illud videtur; nam si *haeredis* aditione retracta, et ficta possessione, a tempore mortis usucapio ipsi succedat; cur non idem in *legatario*, retracta agnitione ficto ab adita haereditate possedisse. Non indocta haec: verum obstat *primo*, quod continuatio possessionis requiratur; ea est, si a nemine possessio occupata a morte testatoris. Nam quam primum possessioni alius, licet injuste successerit, in haeredem possessio defuncti non continuatur. Atqui videtur possessio rei legatae in haeredem translata. *Respond.* Haeredem quidem in naturalem possessionem succedere, non vero in civilem, quae ex affectu (conscientia enim competentis dominii non requiritur) dominii constat *l.* 7. §. 5. *ff. de dolo. l.* 80. *ff. legat.* 2. *l.* 64. *ff. de furtis.* Civilem vero possessionem, neminem sibi arrogasse, hic requiritur. Proinde si haeres rem esse legatam inficiatus fuerit, licet postmodum a legatario victus, possessio tamen defuncti non proderit, sed a suo tempore, quo ipse naturaliter incepit possidere, tempus usucapionis auspicandum erit. *Alterum* quod obstat, est; licet possedisse habeatur ob retrotractionem a tempore aditae haereditatis, attamen nulli efficit retrotractio, ut res legata, a tempore mortis habeatur possessa. Hae enim, facta licet retrotractione aditionis usque ad tempus mortis, rem legatam nunquam possedisse habetur. Nec legatarii agnitio, quia eadem ad haereditatem aditam retrahitur, et haereditatis aditio retrahatur ad tempus mortis, habenda tempore mortis jam exitisse, ejusdemque effectus continuatio possessionis, ab isto tempore aestimandus. Nam quod aditio retrahatur, est incommodum haeredis, non legatarii, uti ex *dd. ll.* perspicue argumentari licet. Praeterea nec haereditas, quae rei legatae domina, ante aditam haereditatem *d. l.* 80. dicitur censenda possedisse isto tempore: Nam possessionis haereditae-

jacens, uti inferius demonstrabitur, incapax est. Diceres dominam fuisse haereditatem, dominium non esse absque possessione. *Respond.* Dominium regulariter non incipere, nisi a possessione. Sed absque possessione subsistere acquisitum. Quod apparet, domino vi possessione rei tam mobilis quam immobilis dejecto. *Responsionem* praedictam quaestionem *affirmantibus* relinquo.

§. IX. Celebris quaestio, *an liberis supervenientibus*, ipso jure *magna* quaedam donatio revertatur, adeo, ut ante restitutionem donator mox dominus redditus fuerit? Affirmativa plerisque placuit, ob *l. si unquam* 8. *c. de revocand. donat.* cujus verba apponas, *Si unquam libertis patronus filius non habens, bona omnia, vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, et postea susceperit liberos; totum quicquid largitus fuerat, revertatur in ejusdem donatoris arbitrio mansurum.* Primo hic quaerendum,
1 an lex ad quemcumque donatarium pertineat? Negant id dd. allegantes, de *liberto* eamdem loqui. Proinde jus, ob *l.* 11. *ff. de r. j.* extraordinarium non esse extendendum. Adhaec diversam esse rationem liberti et extranei. Libertus enim cum plus pietatis debeat patrono, censendus quoque magis consensisse in restitutionem, dum accipit ab illo, qui eo animo censetur dare, ut revocatum velit, si liberi supervenerint. Ex quasi vero contractu isto, dependere jus repetendi. Minori debito devinctum esse donatori extraneum. Verum si ex praedicto quasi contractu, jus revocationis desumptum, et in confesso, extraneum quoque eumdem, licet non tanto consensu inire, probandum illis dd. incumberet, quasi consensum extranei non tantum esse, *qualis requiritur ad conventionem*. Universali igitur ratione juris extraordinarii existente, universaliter quoque obtentura. Magis negativam juvaret, quod extraneus non teneatur donatori ad alimenta, uti libertus. At ratio decidendi in *d. l.* 8 in-
2 certa. Praxi sane affirmativa recepta. *Alterum*, an quotacumque bonorum pars sit donata, irrita evadat donatio? Hoc affirmandum videtur ob verba, *vel partem aliquam*. Sed verius praxis verba ista intellexit, de magna bonorum parte eadem interpretando. Non enim credibile, de parte exigua restituenda quasi conventum, quae neque patrono, neque liberis postea natis alimenta adimit. *Postremo* quaerendum, an verbis *d. l.* 8. probabile, donata *ipso jure* restitui dominio donatoris, an demum postquam reddita a donatario? Affirmativam probare conantur verbo, *revertatur*; *uti enim*, ajunt, *ire dicitur, qui per se it ita et reverti, quod sine cujusquam facto revertitur.* Sed vero quoniam reversum aliquem dicimus, licet curru advectus, ex verbo isto *revertatur, temere* mihi videntur astruxisse, rem donatam absque facto donatarii restituentis reversam. Dicitur praeterea *revertatur*, verbo in futurum tempus directo. Si dominus mox redditus fuisset momento liberorum natorum, dixissent impp. *reversam* esse rem donatam. Nec praeterea ipso jure dominium reverti, statui posset, licet veram *d. l.* 8. rationem dedicendi esse quasi contractum superius explicatum. Nam uti dominium non transit absque traditione, si conventum ut res alterius sit, ita nec tunc, ubi praedicto quasi contractu praesupposito conventum, ut supervenientibus liberis res revertatur. Utrumque igitur argumentum satis comprobat, opus esse redditione, si dominium donator recuperare velit, nec illud restitui ipso jure. Hac perspicuitate non obstante, *Tiraquellus* celebri *commentario ad d. l.* 8. et praecipue ad d. verbum *revertatur*, nec non Donellus *in comment. codicis ad eamdem* id voluere, ut universaliter *ipso jure* dominium reverti, ante redditionem sit receptum. Caeterum non idem esse in revocatione competente ob commissam *ingratitudinem*, aut ob cessantem eventum, cujus causa donatum, quia jus revocationem dando, nullibi legatur eamdem esse naturalis saltem possessionis, rei ipso jure domino jam restitutae pristino; applicandum proinde esse jus ordinarium dominii recuperandi. Exceptionem ajunt (1) esse in donatione, ob alimenta praestanda donatori, si donatarius obtemperare noluit. *l.* 1. *c. de donat. quae sub modo etc.* Recte quidem: nam datur *d. l.* rei vindicatio utilis, qua dominium pristinum restituatur, et expresse adjicitur, non *personalem* dari actionem, sed *realem* rei vindicationem (2.) Si sponsa sponso, aut vice versa, quidquam donaverit, et nuptiae non sequutae *l.* 15. *de donat. ante nupt.* Datur enim repetenti, non modo condictio, sed et actio in rem utilis. Exempla *d. l.* 1. *et d. l.* 15. videntur esse rei vindicationis utilis competentis, ob dominium ipso jure collatum. *Dominii* vero *competentis* notam non esse competentem utilem rei vindicationem, Ant. Faber. *d. conject.* 9. *n. fin.* assertum ivit; sed quod rem praesentem spectat. *d. l.* 1. satis probatur contrarium, qui non *personalem* dari actionem, sed rei vindicationem *utilem statuitur*. Caeterum effectus dominii ipso jure redeuntis commissa ingratitudine est, ut accusatio ingrati (obtinendi nempe sententiam non *definitivam*, sed declaratoriam saltem) postquam intervenerat reconciliatio tacita aut expressa, non cesset. Cessatura vero, si reconciliatio intervenisset ipso jure dominium restituente; amicabili enim conversatione nemo acquisita donat. Donasse vero haberetur amicabili conversatione, si res jam dominio ipsius restituta, donatario rediret.

§. X. Quaeritur, an bona sociorum, in quibus voluerunt ut consisteret communio, ipso jure invicem acquirantur, an opus sit, ut socius socio rem sibi ante acquisitam tradat? *Respond.* Duplicia illa bona sunt; vel quae sociorum sunt cum initur societas, vel quae socio acquisita *inita jam* societate: quod prius attinet, *l.* 1. §. *fin. et l. sequ. ff. pro socio* iisdem scripta, ibique haec verba: *in societate omnium bonorum, omnes res quae coeuntium sunt, continuo communicantur.* Sequitur *l.* 2. *Quia licet* specialiter *traditio non interveniat,* tacita *tamen creditur intervenire.* Agitur quidem *d.* §. *fin.* de societate omnium bonorum, sed quoniam diversitatis ratio nulla dari potest, cur non idem obtineat quoad modum translati dominii rerum, particularem societatem constituentium, quae ibi sancionntur, particulari quoque societati statuta censenda. Verbis praeterea, *quae coeuntium sunt*, clarescit, de bonis, quae tempore initae societatis jam acquisita erant, ibi tractari. Caeterum *d. l.* 2. perspicue testatur, dominium non ipso jure communicari dici posse. Nam refert illud intervenisse, nempe *traditionem*, quod si accesserit, non jure ipso dominium translatum dicitur, sed facto juris subditi extrajudicialis. Juvat saltem dispicere, ex quibus causis conjectare liceat, *traditionis* et acceptionis intervenisse

animum: nam *tacita* appellatur traditio; *tacitum* quid non est habendum, nisi praesumendi adsint argumenta. *Accursus* et *sequaces* per constitutum possessorium interveniens traditionem et acceptionem intervenisse, et uti in *constituto* traditio intervenisse *tacita* censetur; ita et in hoc casu constituti. Hoc displicet Ant. Fabro *ad d. l.* 2. quia *constitutum est expressus* modus dominii transferendi, *l.* 18. *ff. de acquirend. possess.* fundatus: sed aliud est *expressus modus* acquirendi; aliud *expressa traditio*. Illum absque hac procedere ex *d. l.* 2. patet, indeque tacitae traditionis, constitutum intercedentis, argumenta desumere licebit. Et profecto hoc traditione, sed non alia, quam privata et tacita peragitur. Nam dum quis alterius nomine (quod contingit si pignus, ususfructus, locatio, commodatum, precarium aut depositum naturaliter nondum traditae rei constituatur) constituit possidere rem quam nondum transtulerat, oportet ut prius animum habuerit cedendi possessione civili; quia nemo rei, antea suae, possessionem alienam esse confitetur, nisi qui una agnovit possessionem se jam in illum transtulisse. Apparet quoque animus accipiendi in altero, dum alteri *permittit* ipsius nomine possidere. Fateor tamen, speciali juris hic quidquam adscribendum. Nam licet alias quis in alterum velit transferre possessionem, hic quoque velit accipere, non tamen possessio translata censetur, nisi *aliud quidquam*, claves, praesentia rei, aut instrumenta conventionis, intervenerint. Sed id non prohibet, quo minus dici possit (1) interveniese *traditionem* possessionis, idque probatur; *l.* 28. *c. de donat.* verbis: *eam* continuo *tradidisse credatur, nec quid amplius requiratur, quo magis facta videatur traditio* (2) traditionem ab illo factam, qui eadem transferre obstringebatur. Traditio enim, ut facti quid, de jure praedicari non potest. Nec obstat *l.* 35. §. 5. *c. de donat.* quod dicat *jure traditionem fieri*, si donator ante traditionem de usufructu sibi habendo in re donata cum donatario convenerit. Nam licet illud constitutum sit; attamen verba *jure fieri*, ob paulo ante *dictam rationem* intelligi possunt et debent de eo, ac si dictum, *traditionem* juste *sic fieri*. Idque sanxisse necessarium, cum ordinario jure traditio requiratur expressa s. naturalis. Et ille intellectus *dicta l.* 28. confirmatur; ibi enim verba *tradidisse credatur*, clare significant traditionem ab ipso donatore factam, non ab alio, non a lege, (3) *tacita* quoque illa constituti traditio appellari potest. Uno enim expresso, illud quod ipsius consequens est, si non expressum, tacitum dici poterit. Dictis *ll.* dicitur expresse, possessionem naturaliter nondum traditam, sed exerceri posse nomine illius cui tradenda, si conventum, ut ususfructus in ista re competat donatori. Ergo tacite traditionem factam dici poterit. Nam nemo dicere potest, possessionem illam, quae antea ipsius erat, alterius esse, nisi tacite confessus, traditionem ipsi fuisse factam istius possessionis. Ex his apparet, *constituto* quoque *tacitam* intervenire traditionem. Proinde si probavero, totam formam translati absque naturali traditione dominii *in socium*, congruere translationi, quae fit constituto possessorio, rationem verborum, *tacita tamen traditio creditur intervenire*, me explicasse credam: quando quis per constitutum in alterum transfert dominium, tunc eumdem habet pro tali, qualis non esset, nisi dominium ipsius in eumdem transtulisset, et rem retinendo ipsius nomine, rem istam possidere constituit. Videndum an idem agat, qui *societatem* cum altero init. Non opus quidem fuisset, ut socius in socium rei suae transtulerit dominium, sed finis societatis, lucri sc. persecutio, obtineri potuisset, relicta socio facultate, ut juri *mandatarii* transferat dominium in illum, cum quo contraxerat spe lucri consortio conciliandi; verum *ex l.* 7. §. *fin. ff. quibus mod. pign. vel hypoth. l. unic. c. si res. commun. pign.* nec non *d. l.* 1. §. *fin. et l. sequ.* satis probatur, vel more vel sanciente sic jure, dominium in socium fuisse translatum. Igitur cum quis alterum socium facit, tacite videtur in ipsum rei suae transtulisse dominium. Nam ubi socius quis est, mox dominus est, quia socius non dominus non datur. Itaque si rem istam retinet, censendus constituisse nomine alieno, scil. socii, pro parte ipsius indivisa possidere; sed jure, *dicetes*, unde probatur socium non esse, nisi res ipsi tradita? *Responderem* ad salvandam dd. interpretationem praesupponendos esse terminos naturae *constituti* aptos. Sed *obstat*, quod societas sit contractus consensualis non realis, indeque concludendum sit, socium jam esse, ubi de societate conventum antequam eidem res tradatur. Non igitur puto praesumendum esse, tacitae traditionis a Jcto *d. l.* 2. assertae rationem ex *constituto* fluere; sed ex alia *occulta* ratione; idque dicere decentius arbitror, quam incongrua allegare. Caeterum effectus ejus, quod tacita traditione dominium translatum est, ut bona in longinquis forte locis sita a momento initae societatis pro parte indivisa sive sociali societati illata habeantur, eademque fiuita ante corporalem apprehensionem societate, alter sociorum participet. Sed ut ab initio *hujus* §. dictum, illud non *ipso juri* erit imputandum, sed *tacitae traditioni*, facto juris subditi extrajudiciali. Hoc quoad transferendum dominium bonorum, quae momento initae societatis sociis acquisitae. Quaeritur, an bona *postea* quaesita ab uno sociorum alteri ipso jure acquirantur? De his bonis *l.* 74. *ff. pro socio* sic disponitur: *si quis societatem contraxerit, quod emit ipsius fit, non commune: sed societatis judicio cogitur rem communicare.* Mens aperta est; rationem juris, a *d. l.* 1. §. 2. diversi, hanc dant dd. quod nemo censendus tradidisse bona momento initae societatis, quae tunc temporis nondum possederat. Verum si translatio dominii, seu tacita traditio dependet ex *conjectura* voluntatis transferendi, dd. obstat, exinde sequi, quod, si res postea acquisitas, voluerit etiam acquisitas socio v. g. si epistola ad ipsum directa illud significaverit, pariter tacita traditione dominium socio obvenire possit. Hoc vero negare videtur *d. l.* 74. *indistincte* loquens. Non temere tamen statui posse puto *d. l.* 74. de casu intelligendam esse, ubi socius *noluit* socium dominii pro parte indivisa consortem. Datur namque *d. l.* actio pro socio, quae non est, nisi contra invitum. Videtur quidem etiam socio invito alteri sociorum dominium acquisitum, quia omne quod proficuum socius socio mandasse censendus; verum §. 7. *h. sect.* probavi, mandantem non evadere dominum, nisi mandatarius rem sibi acquisitam restituerit mandatori, vel nisi res nomine mandatoris venditori expresso empta. Quae, ut ad ea, quae fiunt ipso jure, non spectant, ita diffusius explicare non licet.

§. XI. Magna nota est celebritate quaestio; an lege

commissoria dicta, et pecunia justo tempore non soluta, ipso jure revertatur dominium ad venditorem? Breviter ita dico: si precaria possessio translata, pecunia suo tempore non soluta, dominium, quia nunquam transfertur precario, non admittet quaestionem, num traditione, num jure ipso revertatur; si translata res, nec adjecta conventio, ut jure precarii eadem penes emptorem permaneret, transiit dominium; nec conditione existente, i. e. si statuto die non solverit emptor rei vindicatione rem venditam recuperatus, sed actione venditi, idque clarescit ex *l.* 3. *c. de pactis inter empt. etc. Qui ea lege praedium vendidit, ut nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur: si non* precariam *possessionem tradidit, rei* vindicationem *non habet, sed actionem ex vendito.* Haec lex omnes *ff. leges* dilucidat; sed videtur testari illud, quod dicitur, *pignus conditione existente resolvi, quia jus dantis interiit*, incongrue inter effectus dominii ipso jure revertentis reponi. Nam dominium, quia transiit, ubi non precarii titulo, sed intentione dominii transferendi concessum pignore perpetuo res affecta erit; nec existente conditione finietur, non magis, ac cum dominus antea rem oppignoravit, postmodum dominium debito contractus in alium transtulerit. Ex quo apparet, regulae isti, *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, non locum esse in pignore a domino constituto, et domino rei oppignoratae postmodum in alium delato. Verum ubicumque debitor ex tempore conventionis, illi, a quo ob dictam conventionem causam habet, rem, quam nunc oppignorat, tenendi, *conventione*, aut *ipso jure* ullo eventu tenebatur ad rem istam restituendam, tunc eventu isto postmodum insequente, pignus resolvitur. Sic qui rem vectigalem oppignoraverat, et postmodum cessaverit vectigalis solutione, uti jure suo cadit, ita pignus dicitur evanuisse *l.* 31. *ff. de pignor.* Sic si quis pignus pignori dederit, si debitum solutum, pro cujus securitate pignus erat obligatum, pignus evanescit. *l.* 13. §. 2. *ff. de pignor* Nam ipso jure eidem tenebatur ad pignoris redditionem debito soluto, a quo istud acceperat. Praeterea hoc comprobat Ulpianus *l.* 3. *ff. quib. mod. pignus etc.* statuendo; *si res distracta fuerit sic*, nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset, *fueritque tradita, et forte emptor, antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dedisset, finiri pignus, si melior conditio fuerit allata.* Videtur *d. l.* probare, regulae praedictae locum esse, etiamsi dominium debitor rei oppignoratae nactus; sed non translatum dominium, ubi res tradita sub conditione *nisi etc. l.* 2. *ff. de addict. in diem.* Sed de pignore expirante, etiamsi dominio rei oppignoratae debitor gavisus est, textus clarus *l.* 4. §. 3. *ff. de addict. in diem.* Idem itaque juris in dominio rei translato sub *pacto commissorio*. His ergo casibus inservit regula communis: resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis. Caeterum *d. l.* 3. non obstat, *l.* 1. *c. de pactis inter empt.* ubi haec verba; *si ea lege praedium vendidisti, ut nisi intra certum tempus pretium fuerit exsolutum, emptrix arrhas perderet, et dominium ad te pertineret; fides contractus servanda est.* Dominium namque pretio non exsoluto, non pertinet ad venditorem; quia ipso jure restitutum; sed respicit imperator ad effectum actionis venditi, qui rei translatum dominium ad venditorem pertinere facit, dum cogit emptorem ad restituendum. Quaeritur, quid juris in addictione in diem? Respondendum ex eadem *l.* 3. *ff. de pactis inter emptorem.* Si res addicta, modo concessi precarii, meliori allata et accepta conditione emptionem resolvi et vindicari posse precarium. Si vero precarii modo res non tradita, resolvitur quidem venditio, sed dominium effectu actionis venditi revertitur, non ipso jure. Adhibita sic *d. l.* 3. ad utriusque casus (tam legis commissoriae, quam addictionis in diem) decisionem, non opus est, ut distinguamus inter verba *directa* et *obliqua*. De verbis namque obliquis intelligunt dd. *d. l.* 3. sed non video rationem diversitatis, cur admittant, ut Tiraquellus *in comment. ad l.* 8. *c. de revocat. donat.* verbum *d. l.* 8. *revertatur*, pro *directo* accipiat, eoque probet, supervenientibus liberis reverti dominium ad donatorem ipso jure. Ipsi vero idem verbum in *d. l.* 3. occurrens, pro *obliquo* habeant et opinentur, istius obliquitatis effectum esse, ut dominium oblique recuperetur, sc. intentata actione venditi, coacto emptore ad dominium restituendum.

§. XII. *L.* 32. §. 1. *ff. de donat. inter vir. et uxor.* haec habentur verba: *oratio autem imperatoris nostri de confirmandis donationibus non solum ad ea pertinet, quae nomine uxoris a viro comparata sunt: sed ad omnes donationes inter virum et uxorem factas: ut et* ipso jure *res fiant ejus, cui donatae sunt*, et obligatio sit civilis: *et de falcidia, ubi possit locum habere, tractandum sit; cui locum ita fore opinor: quasi testamento sit confirmatum, quod donatum est. Triplex* ratio pronominis videtur esse.

Prima, videtur Jctum declarare voluisse, jure *civili* non *praetorio*, talem donationem esse irrevocabilem; idque probabile per verba, *et civilis sit obligatio*. Constat vero ex *membr.* 1. *sect.* 1. Jus civile appellari *ipsum jus*, ubi eidem oppositum jus praetorium. *Altera*, quia Jctus declarare voluit, non opus esse, ut expresso testamento (facto juris subditi extrajudiciali) confirmetur donatio, quae facta ab uxore marito, aut vice versa, constante matrimonio inita erat, sed jure ipso ita esse, ut pro confirmata habeatur, licet non expresse testamento eamdem confirmaverit. Idque probabile videtur verbis: *cui locum ita fore opinor, quasi testamento confirmatum sit, quod donatum est.* Non ergo, *diceret* quis, testamento confirmatam fuisse donationem, exinde apparet, i. e. Effectu, ac si testamento confirmata disponente sic jure; non forma, ac si testamentum revera conditum fuisset, eademque donatio confirmata. Verum longe alia mens est d. verborum, *cui locum ita fore opinor etc.* Quoniam namque in contributionem donatio inter vivos non venit, ubi dispicitur, num in legatis lex falcidia sit observata, an non; sed solummodo donationes mortis causa, mortis causa capiones, legata et fideicommissa, oportuit, ut fictione aliqua fideicommissi jus donationi isti inter conjuges factae et morte confirmatae conciliaretur. Fingi itaque Jctus *d. l.* 32. voluit, quasi testamento confirmatum, quod conjugi inter vivos donatum, sed nunquam revocatum. Hac subtilitate illud, quod donatum, haberi potuit, ac si legatum. Huc spectare puto verba *l.* 12. *c. ad l. falcidiam: in donationibus inter virum et uxorem factis, legem falcidiam habere locum*, quando fideicommissi partibus fungitur, *nonnullis juris placitis comprehensum est*:

Accommodata vero praedicta fictione, fideicommissi partibus fungitur talis donatio. Verum tunc saltem ista fictione opus puto, ubi dispiciendum, num defunctus legando excesserit dodrantem. Non ubi de lege falcidia observata, nullum est dubium. Nam *l.* 23. *c. de donat. inter vir. et uxor.* per silentium confirmari talem donationem statuitur, nec non expressa confirmatione inserta testamento. Non opus vero fuisset testamentariam exigere confirmationem ad effectum diversum a confirmatione per silentium, qui *d. l.* 23. expressus, si semper testamento eamdem confirmari fingeretur. Idemque patet ex tenore sanctionis *Severi* imperatoris, (ad quam Ulpianus *d. l.* 23. provocat), requisivit enim, uti patet *ex l* 10. *c. d. t.* ut in voluntate ad mortem duraverit. Hoc quoque cum contigisse dici poterit, ubi defunctus donatione non revocata, censendum confirmationem extra fictionem istam haberi. Igitur licet Ulpianus *d. l.* 23. removendo verbis *ipso jure ejus fieri* expressae confirmationis necessitatem, non respexerit verba ista, *quasi testamento confirmatum*; attamen aliud jus respicere potuit, quod confirmatione expressa non opus esse ait, scil. quod *d. l.* 10. refertur; apparet itaque *Jctum* remoto eo, quod videri poterat jus factum subditi extrajudiciale, confirmationem, requirere, dicere potuisse, ipso jure rem donatam conjugis factam. Sed *diceres*, voluntate dominium non transire. Ergo jus ipsum eidem non potuisse a Jcto opponi. Tunc enim jus ipsum facto subditi extrajudiciali opponi *praeced.* §§. doctrina animadvertere licuit, cum facti istius alias ille erat effectus, qui refertur esse ipsius juris. Voluntate vero sola non transfertur dominium, quod tamen *d. l.* 32. Jctus de jure ipso praedicat. *Respond.* non pro *nuda* voluntate confirmationem illam, sive per silentium fiat, sive per fictam illam confirmationem testamentariam declarata, habendam, sed praecessisse traditionem. *Instas*, et conventio et traditio erant contra leges, ideoque inanes, si nihilominus perseverantia voluntatis rem facere conjugis conjugi jus permisit, verum adhuc sola voluntate dominium transire. *Respond.* Fictione brevis manus voluntati accedere traditionem. Nam dum perdurat ultimo vitae momento in animo donandi, concludendum, animum quoque isto momento perdurasse, rem donatam *relinquendi*. Ubi vero quis rem *derelinquit* penes illum, qui eamdem prius dederat, et adfuerit animus transferendi dominii, brevis manus fictione censetur eamdem *recepisse* et *tradidisse*. Sed vero, quid respondendum, si diceretur, fictionem brevis manus non aliter procedere, quam si quis potuerat actu rem recipere, et eamdem relinquere. Jam vero, ne donatio inter conjuges fiat, contra legem prohibentem, oportet ut ultimo vitae momento facta. Hoc vero non admittit, ut aeger mente ac corpore censeatur animadvertisse licentiam rem repetendi, ac habuisse potentiam auferendi ac restituendi. Necesse ergo ut statuatur, fictionem brevis manus procedere, dummodo voluntas adfuerit transferendi et accipiendi; non opus esse, ut facultatem habuerit naturalem rem receptam restituendi. Quod statuere licet; nam potest quis dici dedisse et accepisse, licet ipse non habuerit vires recipiendi: v. g. Si struem lignorum emat, quod exemplum *l.* 61. *de a. r. d.* tractat *Javolenus*. Alii namque potest injungere, quo rem accipiat *d. l.* 37. Si ultimum verum, potest quoque conjugi illud fieri. Quod factum esse aestimandum, ubi confirmat expresse donationem. Conjux illud exequitur, dum retinet. Retinere enim est tradere *l.* 28. *c. de donat.* Imo retinere quoque est accipere. Tradit praeterea et accipit etiam momento vitae postremo, quia eodem animus retinendi durat. Animum vero sufficere ad utramque *d. l.* 28. satis testatur. Probat subtilitas haec, Jctum respicere potuisse translationem rei donatae, quam factam praesupposuit ex jure ordinario i. e. ubi factum subditi juris extrajudiciale intervenit, eodemque postmodum remoto a translatione ista, quam a jure extra illud factum (apertam scil. confirmationem, et exinde praesumptam traditionem brevis manus) peragi pronunciare voluit, eumdem *ipso* jure rem donatam fieri conjugis superstitis, dicere potuisse. *Tertia* pronominis istius ratio videri posset, Jctum significare voluisse, non opus esse, ut tradatur ab haerede sed jus ipsum favore conjugii eamdem jam transtulisse in conjugem eodem jure ac § 1. *hujus sect. ex l.* 9. §. 1. *ff. de j. dotium* perspectum. Nempe dominium devolutum esse in haeredem, quamprimum conjux mortuus. Verum diversi casus in *d. l.* 9. et hac *l.* 32. Nam in *d. l.* 9. dominium ex praesupposito Jcti, (et recte quidem, quia pendente conditione dominus quis est, qui ejus translationem debebat conditione eveniente. In dominium igitur defuncti succedere haeres potuit. Haeredis vero dominium *d. l.* 9. novum esse dicitur) factum fuerat haeredis; necesse itaque, ut jus ipsum occuparetur dominio transferendo, si extra traditionem novi domini dominii compos maritus nomine uxoris evadere debet. In *l.* 32. vero tractatur casus, ubi dominium haeredis non factum fuerat. Nam dependebat firmamentum donationis ex morte donantis. Qua subsequente, quia dominium recedit ex bonis jam defuncti, haereditariis rebus accenseri non poterit; defunctus enim id noluit, quia donaverat, nec ipsum subiit donationis poenitentia. Quoniam praeterea conjux jam tradiderat rem donatam intentione dominium transferendi, nec aliud ulterius requirebatur, quam voluntatis perseverantia. Hac morte praestita, sequitur, uti non opus est, ut jus ipsum quidquam ad dominium transferendum contribueret, ita nec censendum, operam suam praestitisse extra necessitatem.

§. XIII. *Membr.* 1. *sect.* 2. §. 12. relata est quaestio, an vim exercens erga debitorem ipso jure actionem amittat, an opus sit sententia? Nec inconveniens eidem *dicta sect.* locus, si consideratur sententiam judicis causam esse, ut creditor jus personale sibi debitum ob vim exercitam, amittat. At si reputatur, dominum quoque ob vim illatam dominio cadere rei ablatae *l.* 7. *c. unde vi* factum abdicantis dominii translati causam esse, quam proximam alias appellant, *quaestionis* istius discussio sectioni praesenti debetur.

§. XIV. Ob impensas *necessarias*, (eae sunt quibus non factis dos diminuitur *l.* 14. *ff. de impensis in res dot. fact.*) dotem minui ipso jure *l.* 5. *ff. de pactis dot. l.* 1. §. 4. *l.* 2. *pr. l.* 5. *ff. de dote praelegata. l.* 56. §. 3. *de jure dot. l.* 5. *pr. et l.* 7. §. 1. *ff. de impensis in res dotal. etc.* §. 37. *j. de action.* dicitur. Sed quot leges, tot ferme nascentium antinomiarum causae. Hactenus ergo *Jacobus Maestertius* tractatu *de impensis in rem alienam factis. quaest.* 5. erudite mihi videtur quaestus, quis regulae istius sensus sit, quae vis, anxie quaesivis-

se ipsos prudentes, ex quorum scriptis jus nostrum compilatum est, illudque ex *dd. ll.* satis patere, ut non mirum sit, interpretes nostros, vel nihil ea de re dicere, vel turbate admodum et dissonanter, uti pateret *ex* Barbosa *d. solut. matrim. part.* 3. *num.* 33. Alciato *ad l.* 119. *d. verb. sign.* Corasio, *ad l. quod dicitur.* 5. *ff. de impens. in res dot. fact.* Cujacio, *lib.* 23. *obs.* 12. Ant. Fabr. *lib.* 1. *conj.* 2. Bachovio *in exercit. chiliad.* Fabr. *decad.* 82. *error.* 5. Ant. Merenda *lib.* 3. *contr.* 3. Guil. Masio *sing. opin. l.* 2. *cap.* 9. Ipse vero *aestertius* posthabita dictorum *Jctorum* aestimatione, continua quasi paraphrasi declararit *d. l.* 56. §. 3. *ff. de jure dot. et d. l.* 5. *pr. de impensis in rem dot. factis* tamquam principales, et ad quas reliquarum *ll.* mens maxima ex parte collimat. Eodem modo legem repetam utramque, *Maestertii* conamine insimul pensitato. Praeferenda vero *lex.* 5. *legi* 56. quia ejus verba talem explicationem exactura, quam *d. l.* 56. praesupponit, verbis tamen suis ejusdem non data occasione. (*Quod dicitur*, inquit Ulpianus, *necessarias impensas dotem minuere, sic erit accipiendum, non ut ipsae res corporaliter diminuantur, ut puta fundus, vel quodcumque aliud corpus).* Sensus est, diminutionem dotis non esse corporalem, non *dissectionem* partis corporalis a fundo dotali, pro quantitate impendii. (*Etenim absurdum est, diminutionem corporis propter pecuniam fieri.*) His verbis *Ulpianus* praecedentis asserti dat rationem. Sed non aliam ejusdem judicio esse mentem quam diminutionem istam fieri forma seu modo compensationis; compensationem vero pecuniae, quae impensa est necessario in fundum, cum corpore fundi dotalis non procedere, satis notum. Unde cum paulo inferius Jctus tractat de diminuenda dote pecunia consistente, ait *diminutionem ejusmodi dotis fieri. Si impensae necessariae in fundum factae*, addita ratione. *Nam in pecunia ratio admittit diminutionem fieri.* Non aliunde rationem istam desumendam video, quam ex jure compensationis, quippe quae inter duo *pecuniae* debita subsistere potest. Imo §. 2. *hujus l.* 5. clare retentionem ob impensas ex jure compensationis fluere apparet, dum dicitur, *quod pro expensis necessariis* compensari *solet.* (*Caeterum haec res* (i. e. diminutio ista) *faciet desinere esse fundum dotalem vel partem ejus*) Videtur hic Jctus praecedentibus contradicere, dum diminutionis illum statuit effectum, nempe interitum dotalitatis, qui nonnisi ex corporali fluere poterat diminutione, quam tamen improbaverat. Proinde Goveanus *lib.* 1. *var. lect. j. in fin.* Pacius *cent.* 9. *qu.* 4. *et* Wissenb. *vol.* 1. *disp.* 49. *th.* 2. alteram (nam significat quoque *sed et*) particulae *caeterum* significationem, nempe *alioqui*, ut notam absurditatis assertionis praecedentis, amplectuntur. Quasi *Ulpianus* effectum ex absurdo demonstrare voluerit, si diminutio corporalis admitteretur; sequi enim, rem desinere esse dotalem. Quae sententia verbis *principii* §. 3. *l.* 56. *ff. de jure dot.* juvare videtur dictos Jctos, statuentes, impensis dotalibus non desinere fundum esse dotalem. Dicitur enim, *quod dicitur necessarias impensas ipso jure dotem minuere, non eo pertinet, ut si forte fundus in dote sit, desinat aliqua ex parte dotalis esse.* Verum cum isti dd. statuant, uti statuendum esse inferius demonstrabo, fundum etiam inaestimato in dotem datum diminui ipso jure ob impensas dotales, non video cur illud, quod habetur in *l.* 56. §. 3. *ff. de jure dotium* considerare supersederint, ubi *Paulus* circa finem statuit, impensis dotalibus solutis, fundum *in causam dotis reverti*: non vero *reverti* poterat in causam dotis, nisi ante ejusdem reditus expers. Nec putandum, illud de fundo aestimato solummodo dictum fuisse, (quippe, uti ex verbis *Ulpiani*, jam *subjiciendis*, videri poterat, diminutioni ob impensas necessarias solus obnoxius) non etiam de eo, qui inaestimato datus; nam id inferius refutabitur. Sed quomodo contrarietati verborum hujus *l.* 5. et *d. l.* 56. §. 3. *in fin.* medendum? *Respond. d. l.* 56. §. 3. *in fin.* dici, fundum desinere esse dotalem, sed effectum beneficio legis everti. Quod vero *principio d.* §. 3. negetur, fundum desinere esse dotalem, intelligitur de effectu dotalitatis cessantis, scilicet ut alienari valeat. Quod ubi ad *verba ista illius* §. 3. perventum erit, luculenter declarabo: igitur quoniam diverso respectu dici potest *fundum impensis dotalibus* desinere *esse dotalem et tulem perseverare*, et particula *caeterum* utriusque sensus capax est, uti apparet ex §. 5. §. *pen. ff. de Carbon. edict.* et *l.* 15. *l.* 7. *ff. de re judicata*, dis quirendum, quo sensu eadem *h. l.* 5. usurpata. Quoad hoc sciendum, tam praecedentia verba, *caeterum haec res faciet* etc. quam subsequentia utramque pati; verborum enim primae parenthesis sensus erat. *Corporaliter dos non diminuitur impensis dotalibus*; verborum secundae parenthesis, *etenim absurdum* etc. erat sensus, *quia debitum pecuniae, cum debito corporis compensari non potest.* Verborum tertiae parenthesis. *caeterum haec res faciet etc.* sensum ponam: *alioquin haec res scil. si corporaliter dos diminueretur, faciet, ut res desinat esse dotalis, quod tamen, ut dictum, ratio juris non patitur, quae vult, ut quantitas quantitate, non corpus, compensetur.* Verborum quartae parenthesis paulo inferius subjiciendae, hic sensus est: *quoniam igitur res corporaliter non diminuuntur, dos tamen minui dicitur impensis, manebit maritus in detentione.* Sensum qui colligit quatuor harum parenthesium, fatebitur eumdem sua constare connexione. Si connexero verba antecedentia et subsequentia cum altera significatione particulae *caeterum*, quatenus sc. *sed et*, vel *verum* valet, eadem apparebit congruentia. *Corporaliter dos non diminuitur impensis dotalibus, quia debitum pecuniae cum debito corporis compensari non potest. Verum haec res sc. quod impensis dos minuatur, faciet, ut dos licet non corpore attamen dotalitate, i. e. qualitate minuatur, vel parte, ut aliquid dotis residui maneat, prout sc. impensum fuerat. Vel parte tamdiu, donec nihil amplius remaneat dotalitatis. Hujusmodi vero diminutae dotalitatis effectus est, ut detinere possit maritus, donec ei satisfiat.* Verum objiceres, verba *pr.* §. 3. *d. l.* 56. *non aliqua ex parte fundum desinere dotalem esse* probare, fundum ex parte esse dotalem non desinere; adeoque particulam *caeterum*, non eo sensu quo *sed vero* significat *h. l.* 5. accipiendam, sed quo denotat *alioqui.* Nam si priori significatione veniret, statueretur *ex parte dotalitatem diminui* i. e. *ex parte fundum desinere esse dotalem.* Habentur enim *d. l.* 5. haec verba; caeterum haec res faciet desinere esse fundum dotalem, *vel partem ejus.* Verum ista objectione non obstante particula *caeterum h. l.* 5. utroque sensu accipi poterit. Nam probabo, ubi ad *dicta verba* §. 3. *d. l.* 65. pervenero, *ex parte quoque desinere esse dotalem.* Enimvero re-

licto cuique libero judicio de connexione verborum tam antecedentium quam consequentium, ex quacumque significatione particulae *caeterum* resultante, mihi tamen contrarium placet, nempe particulae *caeterum* connexionem consequentium verborum non alium permittere sensum, quam ut *sed vero* significet. Verba namque, *non enim ipso jure corporum, sed dotis fit diminutio*, quoniam non ad verba antecedentia, *manebit igitur in rerum detentione donec ei satisfiat*, referri possunt, quod paulo post probabo, necesse, ut ad illa verba referantur, quae iisdem sensum aliquem sua connexione faciunt. Ad illud non alia verba apta conspicio, quam verba ista, *caeterum haec res faciet desinere fundum esse dotalem vel partem ejus*. Hic si adjunxeris verba, *non enim ipso jure corporum, sed dotis fit diminutio* sensus erit, *desinit fundus esse dotalis, quia non corporum* (nam ex horum diminutione non provenit diminutio dotalitatis, quia pecuniae et fundi debitum compensationem non patiuntur; ex jure autem compensationis descendere jus detinendi, ante probatum,) *sed dotis fit diminutio*. Dotalitatis vero debitum et *quantitatis*, pro paribus reputari, inferius probabo. *Adhaec* si particula *caeterum* esset nota absurdi, cur negaretur, fundum totum esse desinere dotalem ac alienari posse, cum *l.* 56. §. *fin.* expresse illud affirmetur, nempe fundum per partes in totum minutum desisse esse dotalem, et alienari posse. Quod argumentum dilucide probat, particulae *caeterum in h. l.* 5. significationem non esse, *alioqui*, sed eamdem, *sed vero* denotare. (*Manebit igitur maritus in detentione, donec ei satisfiat,*) Explicat hic effectum diminutionis, nempe quod maritus maneat in detentione rei quae aliquando dotalis extiterat; sed non omnis effectus diminutae dotalitatis consistit in detentione: nam dominus tunc evaserat, uti ex *verbis fin. l.* 56. superius probavi, et alienare poterat. Ergo non pro effectu solo dotalitatis imminutae reputandum, ubi quid concessum, debito effectu ejusdem multo inferius, quale est *detentio*. Potest itaque dici, detentionem omnem esse effectum *legis*, sc. illius, quae jus alienandi inhibet, et efficit, ut in causam dotis res revertatur, quae eamdem factis impensis necessariis exuerat, haec est *d. l.* 56. §. *fin.* non vero eamdem esse effectum omnem imminutae dotalitatis. Haec enim et jus alienandi continebat. Caeterum specialiter monendum duxi, detentionem hanc non esse effectum illius, quod non corpora dotis sed dos ipso jure diminuatur impensis. Videtur illud concludendum esse ex verbis, verba *caeterum haec res faciet, desinere esse dotalem vel partem ejus*, subsequentibus et jamjam tractandis, *non enim ipso jure corporum, sed dotis fit diminutio*. Verum verba haec *non enim etc.* non sunt scripta ad prodendam rationem, cur in detentione sit, nec habeat facultatem alienandi (Habet enim facultatem alienandi, uti Paulus *d. l.* 56. §. *fin.* Scaevolae sententiam illustrans profitetur, et expresse, *quia dotalitas diminuta*) sed eadem sunt scripta ad declarationem, cur desinat esse dotalis, quod verbis, *caeterum haec res faciet, desinere esse fundum dotalem, vel partem ejus*, continebatur. Sed quaereres (1.) quomodo manet in detentione? (2.) Cur manet in detentione quod dotalitate fuerit diminutus fundus? Ad primum *respondeo*, videri posse dotem non imminui *illo corpore*, cui impensa necessaria facta; sed *universitate*, id est, quod omnia quae dote continentur, idque ob verba *l.* 1. §. 4. de dote praelegata. *Impensae autem ipso jure dotem minuunt; sed quod diximus, ipso jure dotem impensis minui, non ad singula corpora, sed ad universitatem erit referendum.* Itaque si fundum habere nolit cui impensa succurrerat, poterit aliam rem retinere maritus, prout ipsi commodum videbitur, modo ea sit data in dotem. Et si non alia res adest, tunc obstringitur partem quamcumlibet istius retinere in quem impensam necessariam contulit. Ex quo jure diminutae universitatis dependere videtur resolutio *quaestionis*, si pars ista electa casu perierit, quaeritur; an altera pars ipsi pateat, ut eamdem pariter obtinere possit? Videtur illud affirmandum esse, ideo quia retentio et pignus quoad *actum retentionis* (nam *jus reale* simplex retentionis jus non tribuit, sc. ut agi possit contra tertium) sunt eadem, *l.* 5. *de dote praelegata*. Igitur si detentio ista ex jure pignoris descendit; si ex dotis diminutione oritur jus detinendi *d. l.* 5. *de impensis dot. et d. l.* 56. §. 3. *in princ.* Si *universa* dos diminuitur, non quaedam *pars d. l.* 1. *de dote praeleg.* marito videtur competere hypotheca in universa dote i. e. generalis. Si hoc, sequitur, quod parte una intereunte, residua maneant, affecta, uti alias juris, ubi competente generali hypotheca res quaedam electa. Nam si inde creditori non satisfit, regressus realis patet ad ulteriora. Praeterea licet jus pignoris marito non competeret ex eo, quia detinendi ipsi data est potestas; attamen ex eo ipsi competeret jus hypothecae generalis (sc. in tota re illa, quam conservaverat) quod impensas necessarias faciendo rem videatur refecisse. *l.* 5. *et seqq. ff. qui potior. in pignor.* At enim neque ex jure detentionis marito concesso, neque ob refectionem ei tribuendum jus pignoris in res dotales; nam *d. l.* 5. *de praeleg. dote.* expresse declaratur jus detentionis marito ob impensas necessarias datum non fluere ex jure pignoris, sed ex imminutione h. e. ex plenissima acquisitione. Nam jam antea dominus rerum dotalium durante solummodo dotalitate erat, *princ. j. qui alienar. poss.* Haec vero imminutione una cessat. Apponam verba *d. l.* 5. *Dote relegata non est haeres audiendus, si velit ob donationes in mulierem factas solutionem differre, vel ob impensas alias, quam quae ipso jure dotem minuunt: aliud enim est, minorem factam esse dotem, quod per necessarias impensas accidit; aliud pignoris nomine retineri dotem, ob ea, quae mulierem invicem praestare aequum est.* Adhaec ex *d. l.* 1. §. 4. non illud sequitur, quod quascumque res in dotem datas pro quantitate impensae retinere maritus possit. Sed sensus *d. l.* 1. §. 4. hic est; si impensae factae, non corpora, in quae facta, censenda erunt diminuta (cujus ratio superius ex *l.* 5. *pr. de impens. dot.* tradita) sed aestimatio dotis universae. e. g. agro 200. imperalium dato in dotem, et aedibus 1000. Adeo ut dos 1200. imperialibus constet, factae fuerant impensae in aedes 300. imperialium valorem exaequantes, dotem ex eo tempore non amplius 1200. imperialis continere, sed 900. Hoc exinde probabilius concludere licebit, quam ut quascumque res retinere licest. Cui satis perspicue adstipulatur *l.* 41. §. 1. *de leg.* 2. Praeterea mihi videtur, nullam retentionem ex jure pignoris provenire, nisi illam quae ex pignore ipso jure constituto competit. Talis est, quam respexit Jctus in *d. l.* 5. *de dote praelegata*. Tractan-

do enim jus detinendi dotem, ejus rationem statuit imminutionem, quae oritur ipso jure, ubi impensae necessariae in dotem factae. Aliud namque esse, minorem factam esse dotem, aliud pignoris nomine retineri dotem, ob ea quae invicem praestare aequum. Quod ultimum non ideo affert, quod retentionis jus semper fluat ex jure pignoris; sed quia retentio dotis, si non flueret ex imminutione ipsius juris, oritura ex jure impensae necessariae absumptae. Non ergo retentio competens venditori pretio nondum soluto procedit ex jure pignoris; neque illa, quae ob impensas in rem aut aream alienam concessa. Verbo; retentio fluit ex pignore non alio casu, quam ubi jus pignoris in re retinenda prius acquisitum fuerat retinenti. Enimvero quid *utrique* quaestioni respondendum? *Quomodo manet maritus in detentione? An parte intereunte quam elegerat maritus, possit retinere sequentem?* Prioris resolutio facilitatura est decisionem posterioris. Quod *primam* attinet, videtur eidem responsum *d. l.* 56. §. 3. *princ.* ubi partem, vel totum retinere ipsi permittitur. Nec credendum, mentem *d.* §. 3. esse, quasi pro lubitu liceat vel partem, vel totum retinere. Nam cum causa diminutionis non alia existat, quam quod pro *necessitate* conservandae dotis quidquam a marito expensum, aequitatis dictamine patescit, ex quantitate pecuniae impensae determinandam esse quantitatem portionis retinendae. Caeterum ea decisio admonere videtur, *alteri quaestioni* casum dubiem non esse, quia pars, de cujus surrogatione agere instituit, jam uxori restituta. At *quaestioni* locus, cum consideratur, posse evenire, ut parte quadam electa residuo nondum restituto, pars quaedam perierit, quod constante matrimonio, aut paulo postquam id finitum, accidere potest. Quid si enim maritus constante adhuc matrimonio, postquam fecerat impensas annuente uxore, declaraverit, quamnam partem retenturus, matrimonio finito istaque pars postmodum perierit. Imo disquiri potest, an parte quadam retenta ex reliquo, quod restitutum mulieri, pars restituenda marito donec ob impensas satisfiat. Agendum igitur de quaestionis responsione. Haec constituta non expressa quadam lege, sed difficili argumentatione, e legibus tamen profluente. In *l.* 4. *de impens. dotal.* statuitur, quod si insula exusta fuerit, in cujus conservationem impensae factae, marito satisfaciendum sit. Quae satisfactio sive per retentionem residuae dotis fieri deberet, sive per actionem, qua judex ultro adiri potest, de quo tamen paulo post in tractatione quaestionis, num post *l. unic.* §. 5. *de rei uxor. action.* retentione opus, an actione, pluribus agetur; non plus tamen ex *d. l.* 4. probari posset, quam parte quadam istarum rerum absumpta, quae datae erant in dotem; imo ipsa re in quam impensa facta fuerat, reliqua surrogari. Sed id nihil facit ad decisionem quaestionis propositae, quippe quae partem *jam electam* praesupponit. Igitur si alias probari posset, non surrogari sequentia, si pars certa electa uxore consentiente (absque consensu enim uxoris maritum partem eligere posse non puto, quia fundus pro parte indivisa ipso jure desinit esse dotalis, uti ex *d. l.* 4. argumentari licet, si impensae valor partem fundi tantummodo aequet. Si hoc, oritur communio inter maritum et uxorem) nec isti communioni obstat, quod maritus sit dominus alterius partis quae a diminutione immunis evasit. Nam uxor una cum marito, durante licet matrimonio, dotis domina est. Respectu ergo istius dominii maritus, qui rerum dotalium dominus est omnium, dici potest socius uxoris. Nec id quidquam absurdi habet, ut si forte constante matrimonio pars electa, istius partis socius (societas tamen hic non consensu, sed re, contrahitur. *l.* 25. §. 16. *ff. famil. herciscund.*) quis existat cujus dominus. Non enim *absurdum*, sed *extraordinarium* appellandum, quod jus contra regulas ordinarias sancit. Praedicta autem novitas fluit ex sanctione *d. l.* 4. ex qua constat, ipso jure quidem dotem diminui, sed pro parte *indivisa*, non pro certa quadam parte. Ex *d. l.* 5. *prin. et* §. 2. *de impens. dotal.* probatum superius est, et *d. l.* 56. §. 3. *ff. de jure dot.* inferius probabitur, diminutionem dotalitatis fieri jure *compensationis*. Haec cum fiat ipso jure et momento orientis debiti ab altera parte, palam est, socium maritum existere istius partis cujus dominus. Nam ex *ll.* superius allegatis constat, maritum et uxorem, durante licet matrimonio, dotis esse dominos, (uni vero socierum partem pro lubitu ex toto desumere altero repugnante non licere, certi juris est,) *dicta l.* 4. non impediet, quo minus dici possit, non *surrogari* residua parte semel electa casu absumpta. Hoc vero sequenti ratiocinio probabile; fundum expensis factis pro quantitate impendii, vel ex parte, vel in totum, desinere esse dotalem *d. l.* 5. *pr.* probatum. Si fundus desinit esse dotalis, potest alienari *d. l.* 56. §. 3. *de jure dot.* Si alienandi jus competit, quis negaturus, jus dominii marito competere. (Nec obstat, quod *l.* 5. §. 2. *de impens. dot.* denegetur actio ad repetendam dotem, si eadem forte errore facti restituta integra uxori. Quod plane contrarium effectui ordinario competentis dominii errore facti in alium translati; nam licet rei vindicatio non competat, competit tamen condictio seu actio personalis, quae expresse marito *d.* §. 2. denegatur de jure stricto. Interim expresse *d. l.* 56. §. 3. maritus, dum in jure alienandi constituitur, dominus efficitur, pro effectu exorbitanti itaque id habendum, nec alterius cujusdam juris dominio minoris effectus reputandus. Adeo ut duobus effectibus privetur jus dominii imminuta dotalitate provenientis, primo jure alienandi, deinde jure condicendi rem errore facti uxori restitutae.) Si competit jus domnii, sequitur, quod satisfactum marito propter impensam. Illa autem re, quae in satisfactionem cesserat, intereunte, ex alia re satisfactionem peti non posse, noti juris est. Oecidit proinde retentio ulterior, quia retentio hactenus competierat, quatenus imminuta dotalitate maritus dominus evaserat. Et uti alterius rei i. e. residuae dotis dominium non nascitur, ita nec alterius dominii effectus, *detentio*. Verum licet origo detentionis ob impensas dotales esset jus dominii ex imminutione ipsius juris nascentis; attamen non dubito, quin aequitas surrogationis placitura, cum consideratur jus alienandi marito domino esse inhibitum, uti patet ex *d.* §. 3. *in fin. l.* 56. Impeditus enim, quo casum alienando praeveniret, meretur ut contra casum evenientem eidem succurratur. Cujus tamen aequitatis demonstrationem non juvat, quod nisi surrogatio statuatur, maritus nullam compensationem accepturus sit pro impensis necessariis, cum fructus portionis diminutae

habuisset jure onerum compensandorum, si eadem diminutionem non fuisset experta. Nam si pars electa interiisset, eamdem retinuisset matrimonio finito, cum alias restituenda. Caeterum neminem moveat, quod *d. l.* 5. dicitur, maritum manere in detentione, donec satisfiat, quasi Jctus dixerit, tamdiu illum manere in detentione, quamdiu ipsi satisfieri *possit*, parte scilicet nova pristinae surrogata; nam ea, quibus jam probavi non surrogari partes ulteriores, testantur, maritum manere in detentione, donec ipsi satisfiat, sed durante parte assignata. *Secundo* quaeri posset, quando detentio competens marito ob dotem impensis diminutam, oriatur? Anteferri debuisset haec quaestio priori, sed ordinis hoc casu nulla efficacia *respond.* Quoniam imminutio dotalitatis oritur ex compensatione, compensatio autem fit momento debiti ab altera parte orientis, imminutio quoque ista tribuat dominium, et hoc causa sit detentionis, sequitur detentionem mox a tempore factae impensae oriri. Tertio, pro declaratione *primae quaestionis*, scil. *Quomodo maritus maneat in detentione, quaerendum;* quamnam partem maritus possit retinere? *Resp.* Quam aut uxor aut judex constituunt. Nam noti juris, ut ubi de partibus privatim convenire non possunt illi, qui communione detinentur, judex aditus partes constituat invitis. Hoc quoad primam quaestionem, sequitur altera, *cur maritus maneat in detentione?* Responsio praecedentium tractatu praelibata. Nempe, quia diminutione dotalitatis dominium marito obvenit. Inter dominii effectus vero detentio quoque existit. Caeterum *Maestertius in paraphrasi* verborum; *caeterum haec res faciet, desinere fundum esse dotalem vel partem ejus*, jus detentionis alio ex fundamento deducit, nempe ex aequitate compensationis usurarum pecuniae necessitate cogente in fundum dotalem impensae. Verum quoniam usura non incipit currere, si pecunia mox quam impensa restituta, nec hic detentio in compensationem usurarum concessa credenda. Nam quoniam imminutio dotis ex compensationis jure finit, et haec ipso jure fit, quam primum altera pars debere incepit, momento impensae eidem satisfactum. Tertio quaerendum, (licet namque initio doctrinam detentionis diminutione ipso jure peracta provenientis, duabus solummodo quaestionibus hac vice tractare constituerim, convenientius tamen postmodum ratus *tertiae* et ultimae quaestionis discussionem ejusdem destinare complemento.) An post *l. unic.* §. 5. *c. de rei uxor. action.* beneficium retentionis non amplius competat marito ob impensas necessarias? seu; an conventus, dotem integram uxori teneatur restituere, et postmodum impensam repetere actione aut mandati, aut negot. gest. prout expressa voluntate mulieris impensa necessaria facta, vel solo arbitrio mariti necessitatem impendii prospicientis? Apponere juvat verba d. §. 5.: *sed nec ob impensas, in res dotales factas, retentio nobis satis videtur esse idonea. Cum enim necessariae quidem expensae, dotis imminuant quantitatem, utiles autem non aliter in rei uxoriae actione detinebantur, nisi ex voluntate mulieris. Non abs re est, si quidem mulieris voluntas intercedat, mandati actionem a nostra auctoritate marito contra uxorem indulgeri, quatenus possit per hanc, quod utiliter impensum est, asservari; vel si non intercedat mulieris voluntas, utiliter tamen res gesta negotiorum gestorum adversus eam sufficere actionem. Quod si voluptuariae sint, licet voluntate ejus expensae; deductio operis, quod fecit, sine laesione tamen prioris speciei, marito relinquatur: ut sit omnium retentionum expeditus tractatus, et ex stipulatu actio merito secundum sui naturam nullam accipiat retentionem.* Exinde probare conantur, retentionem non amplius competere ob impensas necessarias, sed maritum obstringi ad solidam dotem restituendam, quaerenda impensarum satisfactione per actionem. Ad id confirmandum utuntur verbis *principii d.* §. 5. *retentio nobis non satis esse videtur idonea*, et verbis finalibus, *ex stipulatu actio merito secundum sui naturam nullam accipiat retentionem.* Sed ad primum respondeo, verba ista spectare ad impensas utiles, ob quas solummodo competebat retentio, nulla actio, si retentione forte maritus excidisset. Merito igitur displicuit imperatori rigor iste, maxime cum sic alterius damno uxor locupletata, et marito negotiorum gestorum denegata actio, cum tamen negotium non suum modo, sed et alienum, conscius dotis post matrimonium restituendae gerere voluerit, quod cum ille, qui nescit rem esse restituendam, non fecit, denegata ipsi fuit actio negot. gestor. Ergo qui scit rem esse restituendam, merebatur actionem. At cum *jure ff.* marito data fuerit actio, si forte ex errore facti dotem restituerit integram uxori, imperator non censendus est, actione succurriase, cui actio jam prodita erat. Sed quaereres, ubi habetur, quod detur *condictio*? Probatur illud *l.* 5. §. 2. *ff. de impensis dotal.* quam superius attigi. Dicitur hic, quod ex jure stricto non detur actio, ex aequitate tamen. Nihil vero interest, quocumque ex jure detur. Huc spectare *videtur l.* 7. §. 19. *ff de solut. matrim.* qua marito datur actio ob impensas necessarias. Verum quoniam ibi verba: *hae enim impensae aut in res necessarias* aut utiles *cedunt, pariuntque marito actionem*, de illa specie actionis id videtur intelligendum, quae alias *exceptio* appellatur. Ob impensas namque *utiles* jure *ff.* actionem non competisse, sed saltem exceptionem retentionis Justinianus *d. l. unic.* verbis, *nostra ex* auctoritate *mandati actionem marito indulgemus*, perspicue satis testatur. Non enim ipse actionem mandati aut negotior gestor. suis auspiciis tribuisset, si eadem jam antea competiisset. Pro jure vero extraordinario merito reputanda illa denegatio actionis mandati. Nullam enim subtilitatis istius rationem quis depromere valebit, cur maritus, qui jussu uxoris utiliter quid impendit actionem mandati non acceperit, cum tamen ex merito isto aliis eadem concessa. Sed vero dixi, quod *in d. l.* 7. §. 19. per actionem, quae tam ob utiles quam necessarias impensas competere ibi dicitur, sit intelligenda *exceptio*; huic obstat, quod hac ratione statuendum, et ob necessarias impensas maritum exceptione se tueri debere. Quoniam vero ipso jure dos diminuitur, pro quantitate impendii necessarii, dotis actio *evanescit*: interitu namque rei tollitur quoque actio; ubi autem evanuit actio, exceptione non est opus: *respond.* Conforme esse illud aliis textibus, ut exceptione maritus ob impensas necessarias se tueri debeat; nam in *l.* 21. §. *sol. matr.* statuitur, si impensae necessariae factae, actionem *evanescere*, quia b. f. judiciis, quale actio dotis, exceptiones doli insint. Quod licet nemo dd. intelligat, ut *membr. 2. sect.* 1. §. 4. circa tractatio-

nem. *l.* 3. *ff. de rescind. vend* perspectum: attamen exinde patet, exceptione opus fuisse marito. Praeterea superius diversis in locis per *l.* 3. *ff. de exceptionibus* probatum, allegationem illam, qua reus negat actori ullum jus actionis competere, vel quod nunquam competierit, vel quod competens aliquando extinctum, *exceptionem* posse appellari. *Exceptio* enim *facti* tunc intelligitur. Constat itaque ex his, quae hactenus dixi, actionem non competiisse ob impensas utiles adito judice petendas. Cujus consequentia est, ut intelligendum, remedium actionis datum utilibus impensis. Sed quaerendum jam, num remedio novo actione mandati aut negotior. gestorum sublatum sit pristinum, *Retentio?* Ita videtur dicendum ob verba: *actio ex stipulatu secundum suam naturam non accipiat retentionem.* Actio vero ex dote est actio ex stipulatu, quia imperator in *ejusdem legis* §. 6. sancit, ut stipulatio, si non intervenerit, intervenisse habenda sit. Caeterum hoc intelligendum erit de retinendo fundo dotali, aut alio corpore. Igitur si maritus fecerit expensas utiles in rem dotalem, siquidem pecunia adsit, eamdem retinere potest pro expensis utilibus factis. Et si id pati recusat uxor, repellitur exceptione doli. Non enim compensationem *d. l. unic.* Imperator censendus abrogasse. Sed *objicis*, si actio dotis retentionem non patitur, sequetur, quod et retentio, quae ob impensas necessarias competebat, eodem jure cesset. Nam et ob has retentio dotis actioni obstat. *respond.* Imperatorem *d. l. unic.* non agere de quacumque retentione, quae forte ex quadam similitudine indolis verae retentionis talis habetur; sed de retentione, quae non ex dominio competenti finit, neque ex jure pignoris. Duorum quippe magnorum jurium maximi effectus eradicarentur; nec si pecunia in dote, eadem compensando posset retineri, quod ob iniquitatem suam minime gentium de imperatoris illa nova constitutione praesumendum; cur enim inhibuisset retineri pecuniam, ad quam petendam mox concesserat actiones. Ejusdem conditionis est retentio competens ob impensas necessarias, quae cum dotem ipso jure minuunt, tribuunt marito dominium. Unde §. 37. *j. de actionibus quasi* in retentione dicitur esse maritus, ob impensas necessarias, quia eaedem dotem ipso jure minuunt. Cur diceretur, *quasi* in retentione esse, si jus mariti ex impensis necessariis retentio vera esset. Dicitur autem *quasi* retentio, quia ex jure dominii ex parte illud exoritur, quod est retentionis effectus sc. retentio, donec satisfiat, et quia aliquid amplius est in jure mariti detinentis ob impensas necessarias, sc. condictio, si ex errore facti rem quae retineri poterat, restituerit, et rei vindicatio, si forte eadem ipsi ablata. (Licet enim in praecedentibus dixerim, maritum si errore *facti*) talis enim error *d. l.* 5. §. 2. *de imp. dot.* praesupponendus, non error *juris*, quia ob aequitatem datur condictio. *d.* §. 2. Aequitas autem nulla, ut erranti in jure succurratur. Instituto enim Romuli plebejis licuit, ex patriciis, quem sibi vellent, patronum eligere. Hi postmodum illis de jure respondebant, curam eorumdem gerebant, ne a potentioribus opprimerentur, judiciumque pro ipsis suscipiebant. Hoc jus, exactis deinde regibus, retentum apparet *ex Plauti versibus in Menaecmo* citatis a Raevardo *ad ll.* 12. *tab. c.* 4. Plautus enim ab *u. c. a.* 551. fertur vixisse, quod aevum multis seculis regibus exactis posterius est. Unde una patrono dicebatur dies judicii, si eadem dicta clienti. Qua de re evolvi meretur *Raevardus d. l.* Haec ratio est, quod jure romano ignorantia juris non excusationem meruerit) dotem integram restituerit, non habere rei vindicationem, sed ex aequitate condictionem i. e. actionem personalem; idem tamen non intelligendum de rei vindicatione contra tertium danda, si res marito ablata eidem obvenerit. Nam quod marito non competat rei vindicatio, sed condictio, haec ratio est; quia ex errore facti dans, non errat in dominio transferendo. Abdicanti vero dominium ad illud recuperandum non datur regressus. Diversa ratio, si dominium ablatum invito. Dominus est maritus, quamprimum necessaria impensa facta; et invito ipsi dominium ablatum praesupponо. Obstare quidem videtur, quod jure ordinario actio non data fuerit, si errore facti dotem in uxorem transtulerit, sed ad aequitatem, i. e. jus extraordinarium recurrendum fuerit. Verum jus extraordinarium non est extendendum. Constat ex *d. l.* 56. §. 3. quod maritus dominus factus fuerit expendendo sumptus necessarios. Domino datur rei vindicatio, res tamdiu relinquenda foret penes alium, donec expensae redditae; quia tunc demum dotalitas redit, uti patet ex *fin.* §. 3. *d. l.* 56. Quod statuere absurdum) Solent praeterea fautores sententiae nostrae, *retentionem ob impensas necessarias* per *d. l. unicam* §. 5. *non desiisse*, allegare *d.* §. 37. *i. de actionibus* quo asseritur, competere retentionem ob diminutionem dotis impensis necessariis factam. Dictum vero §. 37. quia *institutiones* anno c. 533. *Codex* autem *justinianeus* anno 529. promulgatus, pro jure posteriori esse reputandum *dicta l. unic.* Verum invalidum hoc judico argumentum. Nam codex *justinianeus* distinctus a *codice repetitae praelect.* derogat *pandectis et institutis* pandectarum epitome, licet compilatione prior. Jus enim pandectarum prius extitit, priusque observatum jure codicis justinianei. In pandectas interim jus vetus relatum, et si hoc contrariumu Jstiniani constitutionibus codice primo contentis, ostentandae posteris conservatae a Justiniano, antiquitatis, cujus perpetuo studiosus satis apparet, ibidem prostant, non derogationis intentione. Compilatum enim jus manet in eo statu, in quo fuerat ante compilationem. Intentio enim compilationis, non involvit intentionem novae sanctionis. Adeo ut si corpori uni jus abrogatum inseratur, alteri vero corpori jus quod abrogaverat, hoc priori decidendo anteferendum. Gaudet itaque maritus etiam post *d. l. unicam.* retentione. Sed tunc retinebit, si nolit actione negot. gest. aut actione mandati petere satisfactionem. Nam has actiones, licet imperator *d. l. unic.* §. 5. dederit ob impensas *utiles*; identitas aequitatis quoque ipsam accommodare marito necessarias facienti admonet. Quod si alicui displicet, alia ex causa ipsi obvenire potest jus petendi satisfactionem pro impensis, conscius licet juris retinendi dotem restituerit; quid si enim stipulatus fuerit de recipienda impensa cum dotem restituerit: licet actio mandati aut neg. gestor. ipsi denegetur, ex stipulatu tamen actio ipsi competitura. Id est, non faciendo impensas, nanciscetur actionem sed stipulando. Et taliter declarandum sine dubio jus retentionis, competens b. f. possessori in rem aliam impendenti. Nam licet non habeat actionem ad impensas, si restituerit rem, in quam tantum habebat jus *retentionis*, non *actionis*, protestando forma

nam ex nudo pacto non daretur actio) stipulationis, uti ex stipulatione datur actio, ita nec hic formae isti idem deficiet effectus. Haec quoad jus detentionis, concessum ob imminutionem rerum dotalium ipso jure peractum. Ad parenthesin quintam progredior. (*Non enim ipso jure corporum, sed dotis fit diminutio*). Superius jam probatum, verba haec non rationem declarare juris detentionis, sed indicare solummodo, quod non corporum, sed dotis fiat diminutio, postquam dixerat, fundum desinere esse dotalem in totum, vel ex parte, si impensae necessariae factae. Quod enim dos, et non corpora diminuantur, non est causa substantialis detentionis. Nam ut superius dixi, ex imminuta dotalitate datur jus alienandi, quod magis est. Detentio est effectus legis extraordinariae. Sequitur parenthesis sexta. (*Ubi ergo admittimus diminutionem dotis ipso jure fieri? Ubi non sunt corpora, sed pecunia, nam in pecunia ratio permittit diminutionem fieri. Proinde si aestimata corpora in dotem data sunt, ipso jure dos diminuetur per impensas, necessarias.* Verba haec *Anton. Fabro lib.* 1. *conj.* 2. abstrusitatem *d. l.* 5. *et d. l.* 56. §. 3. tractanti, duplicis dubii causam praebuere. Ait namque *n* 5. *d. conj.* 2. *Hic ingenue fateor, me non intelligere, quid sibi* Ulpianus *velit, hoc est, quod illud sit, de quo quaerit, multoque minus, quid respondeat. Cum enim proxime dixerit, corporibus in dotem datis impensas necessarias dotem non corpora minuere, cur quaerit, ubinam admittamus diminutionem dotis ipso jure fieri? Rursus quod respondet, ibi demum diminutionem dotis ipso jure fieri, ubi non sunt corpora, sed pecunia, vel ubi corpora sunt aestimata. Verum non videtur, cum certissimum sit, his casibus ipsorum corporum, itemque pecuniae non dotis diminutionem fieri.* Ad correctionem textus itaque *more solito* pertendit *faber*, pro verbis *ipso jure* bis in hac parenthesi occurrentibus, toties substituendo *ipsa in re*. Quod primum attinet, puto mentem *Fabri* esse sequentem: Dixerat *Ulpianus* praecedentibus; corpore in dotem dato, non corpore, sed dotalitate, ipso jure ob impensas necessarias dotem minui, idque *Ulpianum* statuisse ex eo apparet, quod dicat, maritum manere in detentione fundi, donec eidem ob impensas satisfactum. Cur daret *Ulpianus* detentionem, si non fundus *inaestimatus* datus fuisset in dotem. Si enim *aestimatus* datus, non detentionem ipsi concessisset, cum jus dominii noto satis jure competat. Ex quo perpetuum jus detentionis, cum tamen *Ulpianus* d. loco eamdem *terminet*, cum satisfactum. Et convenit cum *Ulpiano* Paulus *d. l.* 56. §. 3. *in pr.* verbis: *quod dicitur necessarias impensas ipso jure dotem minuere, non eo pertinet, ut si forte fundus in dote sit, desinat aliqua ex parte dotalis esse, sed nisi impensa reddatur, aut pars fundi, aut totus retineatur.* Manifeste igitur *Ulpianus* sibi ipsi obloquitur *et Paulo*. Necessario itaque videtur amplectenda illa *Fabri* correctio, et gemina vice pro verbis *ipso jure* bis hac parenthesi occurrentibus, *ipsa in re*, reponendum. Hoc si factum, mens *Ulpiani* sequens apparet: in praecedentibus parenthesibus Jctus docuerat, quomodo diminutio ipso jure peragaretur, corpore in dotem dato, sc. non *corpore*, sed *dotalitate* (quo vocabulo congrue utitur *Maestertius* in paraphrasi sua). Adeoque non *ipsa in re*. Hac parenthesi declarationem suscipit modi contrarii diminutionis, nempe *in corpore*, seu in re ipsa, et eamdem sit contingere, pecunia in dotem data. Ubi vero pecuniae debitum diminuitur, recte dici potest, *in re ipsa* dotem esse diminutam, quia pecunia, quae diminutione separata, res est corporalis, et talis quidem, quae in dotem data. Nec quemvis taedeat *emendationis* textus istius, nam facile error iste *inscitia amanuensis* committi potuit. Antiquitus enim verba contextus erat punctis, aut intervallo distinguebantur, uti ex antiquissimis *inscriptionibus* a *Grutero* magna ex parte exhibitis nec non numismatibus infinitis conspicere datur. Barbara deinde aetas verba conseruit, omni distinctione neglecta. Nec literae *j.* super additum fuit punctum, neque *u.* circumflexis. Ignotaque inter *e.* et *ae.* differentia. Probant illud (1.) Livii exemplar in bibliotheca viennensi asservatum (quod tempore Livii conscriptum jactitant, sed comparatione dictorum monumentorum vanitas convincitur. Nam si tempore *Livii* exemplar istud exaratum, cur verba punctis non sunt soluta, uti factum isto tempore praedictae Gruteri inscriptiones testantur. Nam multa exhibet, quae Livii aevo exsculpta, et quae punctis sunt distincta. Taceo numismata *consulum et Julii Caesaris*, quibus hodie *inscriptiones* videmus distinctas). 2. Exemplar pandectarum Amalphae primum repertum, deinde expugnata a Florentinis pisana urbe Florentiam delatum, et vulgo Florentinum appellatum, simili scribendi genere, praeter me testem, referente *Angel. Palatian. Miscel. c.* 41. constat. Tam de *Livio* praeterea, quam de *pandectis* haec leguntur verba apud *Alberic. gentil. dissert. de libris juris civilis c.* 3. Scriptura ejus libri (nempe pandect. *Florent.*) est non modo absque interpunctione ulla, sed et absque distinctione verborum, quod *Augustinus I. Emend. cap.* 1. 2. 4. *et* 8. et *Franc. Taurellus* in duabus *epistolis editioni florentinae praefixis* testantur. Qui mos priscus scribendi fuit. Ut ita etiam Erasmus in praefatione ad Carolum Montiojum in quinque libros Livii postremos: exemplar admirandae vetustatis, prisco more, perpetua literarum serie ita depictum, ut difficillimum sit, verbum a verbo dirimere, nisi docto, attento, et in hoc exercitato. Haec *Gentilis*. Quoniam itaque antiquitus praedicto more scriptura tractata, illud quod hodie designamus, *ipsa in re*, scriptum *ipsa in re*, posteritas, confusionem illam dissolvens, invenit; facileque imperitus amanuensis pro a. o. et pro u. vocalem *u.* substituit, maxime cum verba *ipso jure* praecesserint. Inde Florentinae, et Holoandrinae reliquisque *distinctu* editionibus, pro *ipsainre*, ipso jure, impressum. Sed vero si correctio fabri recusatur, *praedicta* tamen *verba pr.* §. *fin. l.* 56. *ff. de jure dot.* cum aperte prodant, ipso jure quoque diminutionem dotis contingere, ubi non est pecunia, sed fundus, aut alia corpora, simul testantur Ulpianum verbis hac *parenthesi* contentis, locutum de diminutione *proprie* tali, i. e. corporali. Nam dotalitatis diminutio notionalis tantum est. Clarius enim explicat obscurius. Impensius tamen Ulpianus aut Tribonianus posteritati studuissent, remota obscuritate. Caeterum ne praedicta emendatio admittatur, nec Ulpianus de diminutione, *proprie* tali, duo obsistere videntur. Primum *Hieronymus Borgia* (jureconsultus neapolitanus illustritudine majorum et singularis jurisprudentiae consumi-

ne Italiae recentissimum lumen) *n.* 4. §. 2. *c.* 2. *lib.* 1. Operis quod *Neapoli* anno 1678. *in fol.* primum prodiit, et cui titulus *investigationum juris civilis lib.* 20. (totidem libris et fabri opus constat, adeo ut tractationes omnium capitum *Fabro* sint parallelae. Frequenter *Hilligeri*, quem nomine *Oswaldi* allegat, *Bachovii* nec non *Navii* opiniones perpendit, contra morem Italorum, antiqua tantummodo curantium, quia a catholicis hoc seculo nil novi compositum, quod jus civile spectat; et libri *protestantium*, ut haereticorum, cum difficultate inferuntur, cum suspicione usurpantur). *In quibus Antonii Fabri conjecturae investigantur et refelluntur*. Numero *l. de c.* 2. ex *Mariano et Socino* obscuritatem *d. l.* 56. §. 3. et *d. l.* 5. *princ.* refert et adjungit, *Alphanum* integro libro *de substantia dotis* expertum, desperatam utriusque legis esse reconciliationem. Ipsi vero perspicuae videntur; proinde *n.* 4. ait verborum *ubi ergo admittimus ipso jure diminutionem dotis fieri*, non alium esse sensum, quam exceptione non esse opus, ubi diminutio facta in pecunia, sed eamdem ipso jure fieri. Verum fugit virum, quod *Ulpianus* in praecedentibus statuerit, diminui quantitatem dotis, si pecunia expensa in dotem corpore consistentem i. e. in fundum, aut aedes, aut mancipia. Quod et Paulus *d. l.* 56. §. 3. admittit. Adeo, ut si in fundum mille imperialium decenti cogente sic *necessitate* impensi, dos octingentos imperiales contentura. Cessante igitur dote, uti cessat dotis actio, ita exceptione in specie tali non opus erit, sed ipso jure diminutionem fieri, dici poterit. Habito sc. respectu ad diminutionem, quam jus *ipsum* non peragit, sed effectu excipientis, quod *membr.* 2. *sect.* 1. creberrime declaratum. Hoc testantur, Ulpianum verbis, *ubi ergo admittimus* etc. non intimare voluisse ipso jure i. e. extra factum judiciale subditi diminutionem peractam. *Borgia* tali efficacia explicatione mentis Ulpiani defunctus, ad refellendam *fabrianam* postmodum progreditur, *n.* 5. verbis peractum credit sequentibus: *faber textum alioquin lucidum subobscurum reddit et confusum; distinguit namque Ulpianus, ut ex contextu videre est, dotem in re consistentem i. e. in corporibus, a dote consistente in pecunia. Unde si postmodum dotem consistentem in pecunia* ipsa in re, *minui diceret, suam propriam distinctionem confunderet; et sane cum dos in pecunia consistens, ob impensas erogatas diminuitur, non tam ipsa in re, quam ipso jure diminuitur.* Obscuro *Borgiae* mens; sed 1. hoc voluisse mihi videtur: negaverat Ulpian. in principio, impensis in corpus juridice tale i. e. in fundum, aut in aedes, factis, ipso jure dotem minui corporaliter; jam si pecuniae corpus attribuit, et statuit *ipso in re*, i. e. in corpore eamdem minui impensis dotalibus in fundum *inaestimatum* forte factis, praemissis contradiceret. *Resp.* Ulpianum in priori intelligendum esse de corpore *juridico* in posteriori de corpore *naturali*, quale censendum sine dubio, *pecunia*. Civile seu juridicum corpus non habet pecunia, sed corporibus opponitur, et sola quantitate consideratur; naturale tamen habet i. e. abstracta subtilitate romana. 2. Verborum *non tam ipsa in re, quam ipso jure diminuitur*, sensus, praecedentium sequela est. Nam *Borgia* juridice pecuniam consideraverat, negat eamdem ipsa in re minui, quia res corporalis juridice talis, cum quantitate non compensatur, i. e. non diminuitur, sed ipso jure tunc quantitatis cum quantitate fieri diminutionem. *Alterum*, quod praedictae correctioni obstare videtur, oritur ex verbis, *Nam in pecunia ratio admittit diminutionem fieri*. Haec ratio tradet tantummodo videtur diminutionem fieri posse, si pro modo diminutionis pecuniae probandi nihil est tinet. Nos enim dicitur, *nam in pecunia ratio admittit diminutionem fieri* in corpore. *Resp.* Sufficere, quod in praecedentibus statuerit Ulpianus, ubi pecunia minuitur, diminutionem factam esse *ipso in re*. Huic opinioni postmodum ratio subjecta accommodanda, sub intellectis sc. verbis, *in corpore*, quam combinationem verba, *nam in pecunia ratio admittit etc.* optime patiuntur. Haec quoad primam *Fabri* objectionem *l.* 1. *conj.* 2. *n.* 5. *huic legi* 5. factam. Altera erat cur Jatus dixerit, *ubi non sunt corpora sed pecunia*. Verum jam dixi, Ulpianum corpus. *d. l.* 5. partim *naturaliter* considerasse, partim *civiliter*. Pergendum itaque in explicatione parentheseos nostrae. Dixerat Ulpianus, ipsa in re minui dotem, si pecunia adsit, nunc subjicit, *proinde si aestimata corpora in dotem data sint, pariter ipsa in re fieri diminutionem*. Certum quod dos aestimata, pecuniae aequivalent. Verum iniquum videtur, impensis in rem aestimatam factis diminuendam, cum aestimatione intercedente dominus evadat maritus. Ad dominum vero impensa quae vis spectat, breviter respondeo, Ulpianum de casu intelligendum, ubi corpus aestimatum datum fuerat, et simul corpus inaestimatum. Si in hoc impensa facta, juste illius aestimatio *diminuetur*. Hoc quoad *principium d. l.* 5. sequitur §. 1. his verbis: *sed si impensis necessariis mulier satisfecerit, utrum dos crescat, an vero ex integro dotem videri? Et ergo, ubi pecunia est, non dubito dotem videri crevisse*. Non alius verborum istorum est sensus, quam dotem *recrescere*, si pecunia a muliere *restituta*, quam maritus conservandae doti impendit. Verba quippe, *ubi pecunia est*, ea mente accipienda, ac si dictum, *ubi pecunia adest*, i. e. *soluta*. Ubi enim ad *legis* 56. §. 3. *ff. de j. dot.* perventum, probabo, non minus dotem re consistentem restituta impensa recrescere, quam ubi in eamdem pecunia data. Succedit tandem §. 2. finisque considerationis ex *d. l.* 5. doctrina *ejus quod fit, ipso jure*, debitae. Conceditur eodem condictio ex aequitate, si errore facti restitutum, quod propter impensas necessarias compensari solet. De hoc in praecedentibus pluribus egimus; monendum saltem restat, verba *quod compensari solet* parenthesi secunda, adhibita fuisse ad demonstrandam imminutionem dotalitatis, qua corpora juridice talia solummodo minuuntur, ex jure *compensationis* promanare. Verum postmodum perspexi, verba iste intelligi posse de casu, ubi circa corpora juridice *talia* etiam pecunia in dotem data. Tunc enim ex *Nervae* doctrina, quam ad *d. l.* 56. §. 3. perpendemus, quoniam dos pecuniaria factis impensis necessariis diminuitur prae corpore in dotem dato, et quantitatis cum quantitate compensatio jure fundata, aliunde probandum ex jure compensationis promanare diminutionem dotis ob impensas necessarias. Id probatur; quod *Ulpianus h. l.* 5. *pr.* cum absurdum judicaverit, diminutionem dotis corporaliter fieri propter pecuniam, non alia ex ratione illud asseverit, quam quod dimi-

notio juri *compensationis* conformis esse debeat. Quando igitur verbis, *caeterum haec res faciet fundum desinere esse dotalem vel partem ejus*, diminutionem admittit quoad dotalitatem, si corpus inaestimato in dotem datum, oportet, ut diminutio ista sua qualitate congruat compensandae quantitati quae impensa. Et ita est; nam *l. unica* §. 5. *c. de rei uxor. action.* refertur, impensis dotis diminui quantitatem. *Dos* vero et *dotalitas* mihi, sequenti *Maestertium*, pro synonymis fuere. Quantitatis vero cum quantitate compensatio procedit. Sed hoc in dote speciale. Alias si quantitatis corporum procederet compensatio cum aeris quantitate, corporum quoque compensatio cum pecunia subsisteret. Nam quantitate corporis compensata, corpus ipsum per consequentiam acquiritur. Uti apparet ex dotis quantitate deducta in compensationem. Quantitate quippe diminuta compensatione rem desinere esse dotalem, *Paulus h.* §. opinatur, et addit ejusdem effectum esse, ut res possit alienari; quod competentis dominii indicium est. Sed vero qua ex causa jus speciale quoad dotem introductum? Videtur id mariti causa factum, quo jus alienandi fundum dotalem nanciscereturn. Verum si iste juris extraordinarii finis, certe Paulus *verbis final. h.* §. 3. alienationem marito inhibere ausus non fuisset. Aliunde igitur ratio concludenda. Mihi haec juris extraordinarii ex *necessitate* fluere videtur. Si enim impensae necessariae compensatione cum dotis quantitate facta dotem non diminuerent, sequeretur, quod dote uxori a marito *relegata*, ipsa tantam quantitatem actione ex testamento complexura, quanta dos pro eadem fuerat impensis necessariis nondum factis. Si haec ratio legislatorem commovit ad jus compensationi contrarium, miror, quod non potius *actionem negot. gest.* dederit haeredi, si dotem integram restituere fuerit jussus. Adhaec competiisset jus retinendi, quia factis impensis necessariis pignus constituitur in re ista, cui impensum fuerat. *l.* 6. *ff. qui pot. in pignor.* Hoc quoad *d. l.* 5. *de impens. dotal.* Caeterum quod *l.* 7. §. 1. *eodem tit.* Ulpianus censet, impensis *utilibus* dotem non diminui ipso jure, intelligendum de casu, ubi *non nisi corpora civiliter talia* in dotem data. Nam si extra corpora pecunia quoque est in dote, haec minuetur ipso jure. Nam tunc compensationi locus: haec vero ipso jure debitum minuit. Ad *l.* 56. §. 3. *ff. de jure dot.* progredior. Hanc Paulus verbis auspicatur sequentibus (*quod dicitur necessarias impensas ipso jure dotem minuere, non eo pertinet, ut si forte fundus in dote sit, desinat aliqua ex parte dotalis esse, sed nisi impensa reddatur, aut pars fundi, aut totus retineatur*). Statuerat *Ulpianus d. l.* 5. fundi partem desinere esse dotalem. Huic obloqui videtur *Paulus*, dum aperte statuat, non desinere fundum aliqua ex parte dotalem esse. Si *d. l.* 5. particulae *caeterum* elinquitur, altera significatio, scil. qua *alioquin* denotat, nulla videtur inter utrumque jureconsultum diversitas. Verum tollendae antinomiae inter textum utrumque oportet, ut *d. particula* eo sensu accipiatur, quo *verum* significat. Nam si *dictae particulae d. l.* 5. significatio *alioquin* tribuitur, sequeretur exinde, quod fundus non desinat in totum esse dotalis, si tanta in eumdem facta impensa, ut valore ejusdem *totus* fundus absorbeatur. Quod expresse contra *verba fin. h. d.* §. 3. quo expensis dotalibus factis, fundus dicitur desinere esse dotalis, quia reverti dicitur in causam dotis, si restitutum quod maritus impenderat. Causam vero dotis nihil recipit, nisi quod eadem prius exutum fuerat. Qua de re *parenthesi* 3. *d. l.* 5. actum. Sed vero duo perpendenda mihi incumbunt. *Primum* jam ex parenthesi tertiae *d. l.* 5. promissione huic loco debeo. Idque an *parte* diminuatur fundus inaestimato in dotem datus? *Affirmandum* id duco ideo, quia facta expensa, cujus pretium partem solummodo pretii corporis *inaestimato* in dotem dati aequat, idem contingit, ac cum dotale desinit esse corpus tanta facta impensa, quae valorem fundi aequipollet. Idem censendus est effectus causae istius in minori, si non aliud quidquam obsistit. Sed *diceres* (hoc secundum quod pro explicatione parentheseos hujus perpendere debui) clare hac parenthesi a *Paulo* moneri, non *aliqua ex parte* fundum desinere esse dotalem, ubi ob impensas dos ipso jure diminuta. *Respondeo*, Paulum verbis *aliqua ex parte* non statuere, fundum ex parte non desinere esse dotalem; nam effectum cessantis ex parte dotalitatis, tribuit impensae partiali, dum ex parte retinere fundum marito remittit. *Retentio* vero a *Paulo* circa finem *hujus* §. 3. perhibetur effectus imminutae dotalitatis. Et pro quantitate effectus, quantitas quoque causae dimetienda. Caeterum mens Pauli sequens est; effectus imminutae dotalitatis est jus alienandi. Ait namque Paulus verbis paulo inferius tractandis, *si dotalis esse desinit poterit alienari*. Ex rhetoricarum autem figurarum doctrina constat, *causam* licere ponere, ut intelligatur ejusdem *effectus*. Idem fecit Paulus, docere voluit, non licere alienationem, sed ad id proponendum ponit causam *diminutam dotalitatem*, hoc est, *desinere esse dotalem*. Negative quidem; sed figura rhetorica non minus negative concepta procedit, quam affirmative. Negative enim, uti pro necessitate doctrinae locutio concipitur, ita et figurifice id facere licebit. *Figura enim rhetorica est synonymum locutionis propriae*. Uti ergo synonimo pro necessitate materiae explicandae *negative* aut *affirmative* uti permissum, ita et figura rhetorica. Praedicta, quo eo melius intelligantur, oportet ut moneam, Paulum exordio *h.* §. 3. illud praefari, quod circa finem ejusdem consideratis *Scevolae* et *Nervae* jconsultorum opinionibus, enucleat, nempe licere quidem jure stricto alienationem, postquam dos ob impensas dotales ipso jure diminuta; suspendendum tamen alienandi jus, et manere maritum tamdiu debere in detentione, donec eidem satisfiat. Hoc quoad parenthesin primam: sequitur secunda (*sed si tantum in fundum dotalem per partes impensum, quanti fundus est; desinere cum dotalem esse Scevolae noster dicebat, nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit*). Refert hic Scaevolae sententiam, statuentis, fundum non desinere esse dotalem, si tantum impensum, quantum pars pretii est rei istius, in quam impensum. Sed ille non censendus est Justinianus adstipulatus, quia *d. l.* 5. *pr.* Ulpiani opinionem admiserat, pro parte scilicet fundum desinere esse dotalem, si tantum solummodo valeat impensa, quantum pars. Omnia namque, quae in pandectis scripta pro justinianeis habenda. At si per partes tantum impensum, quanti fundus valet, tunc Scaevola putavit fundum desinere esse dotalem, et alienari posse, nisi intra annum sponte impensa restituta. *Cujacius l.* 23. *observ.* 12. arbitratur, non Scaevolae illam esse opinionem, sed Triboniani esse emblema, quod annus

expectandus. Non enim Paulo ut jure consulto et interpreti tantum juris, legum competiisse sanctionem. Temporis autem determinationem aequivalere legem; verum ipsi respondet *Borgia d. cap.* 21. *n.* 9. cujus verba hic referam. *Denique turbare doctissimum* Cujacium *non debuit, quod a jurisconsulto in hoc responso anni tempus praefiniatur, et temporis praefinitio non ipsius sed imperatoris aut Triboniani imperatorem agentis est, quoniam quin imo jureconsulti plerumque tempus praefiniisse apparet,* ex l. cum domini horreorum ff. locati, ex l. quae §. 1. *ff.* eod. *ubi biennis tempus idem Paulus praefiniit, sicuti quinquennii praefinitum fuit in* l. cum libertatibus ff. de operis libertorum, *cum tamen lex julia, quae* de maritandis ordinibus *lata fuerat, quinquennii mentionem non fecisset, ut videre est* in Alexandr. rescripto *in l. ne patroni c. de operis libert. tempus enim definitum* videmus in l. libertus ff. eod. et *in l.* 1. §. qui praesens de verb. obligat. et alibi. Haec *Borgia.* Exinde apparet, mentem suam Jconsultos quandoque aperuisse de tempore determinando. Quibus postmodum *vires accessere ex imperatoria approbatione.* Nam nullibi juris auctoritas arbitrio jconsultorum legitus tradita. Agendum porro hic esset, cur Scaevola exigat, ut *sponte* et intra annum impensa ab uxore marito offerenda, sed illud tractatione parenthesis sequentis destinavi. Parenthesis tertia (*si pecunia et fundus in dote sint, et necessariae impensae in fundum factae.* Nerva *ait dotem pecuniariam minui*) fundus inaestimatus in dotem datus et pecunia. In fundum necessario quid impensum, non ipsum jus dotalitatem corporis minuit, sed pecuniam. Id est, ipsum jus dotem minuit, non incipiendo a corpore juridice tali, a fundo, sed a pecunia. Cujus effectus ille est, quod non possit dici fundum dotalem esse desiisse. Et per consequens jus alienandi marito non obtigisse. Quod facit, ut nec prohibitio alienationis, quam Paulus circa finem *h.* §. 3. intimat, ad ipsum spectet. Interim dos quantitate sua non minus censenda diminuta, ac si fundus diminutus. Ideoque si fundus et pecunia in dotem data, et dote uxori *relegata,* quatenus impensum, tanto minor dos aestimanda erit, et eo minus relegatum ratio autem, cur non a fundo jus diminutionem exordiantur videtur haec, quia *pertaesum* fuit juris extraordinarii, ubi ordinario locus. Hoc ubi pecunia est, accidit. Nam pecuniae cum pecunia compensatio procedit, et compensatio diminutio fit, eaque jure et modo ordinario. Parenthesis *quarta* (quid ergo si mulier impensas marito solverit: *utrum crescet dos, an ex integro dato videbitur. Cujus rei manifestior iniquitas in fundo est secundum Scaevolae nostri sententiam. Nam si desinit esse dotalis, poterit alienari. Rursus quemadmodum fieri poterit dotalis data pecunia? An jam pecunia in dote esse videbitur?*) Docuit hactenus *Paulus* quomodo dos diminuatur, parenthesi proposita nova molitur, et acturus de dotis *augmento.* Si pecunia in dote sit, non adeo solicitus esse videtur, num recrescat. Nam in subsequentibus verbis solummodo tradit, quod si fundus tantum in dotem datus, et eumdem necessario impensum, reddita pecunia dos crescat. De quo tamen casu per verba *manifestior iniquitas* magis dubitaverat, quam si pecunia et fundus data simul. Verum *quaereres*, quid juvat mulierem, ut dos crescat pecunia oblata? Quid interest, num ipsa eamdem reservet patiendo diminutionem pecuniae in dotem juxta corpus datae? *respond.* Quoad hoc nihil interesse: verum momentum in eo, ut sciatur, quantum restituendum, si dos *relegata.* Nam si impensa non reddita, eo minus mulier recipit, si restituta tantum, quantum olim dederat. Eratque ratio dubitandi haec, quod pecunia restituta non data, ut esset dotalis, sed quo marito satisfieret propter impendium. Magis dubium id visum *Paulo,* si fundus solummodo (nam si pecunia et fundus data, non agendum erat, num fundus reverti deberet in causam dotis, quippe jam in praecedentibus ex Nervae opinione proposuerat pecuniam prae fundo, licet in eumdem ex necessitate quid impensum, diminui) datus in dotem ac in ipsum conservandum quid impensum. Nam non videbatur jureconsulto ipsum recrescere ad causam dotis, quia cum dotalis esse desierat, alienari poterat (id est plenissime dominus redditus. Nam dominus ante fuerat, sed dominio decrat *perpetuitas,* qua potentia alienandi comprehenditur ergo ipso iuvito (quod involvit redditus in causam dotis) iterum dotalis evaderet, quod contra ordinaria juris principia. Nec pecuniam pro impensa restitutam in dotem loco fundi admittit. Nam quomodo in dotem succederet, quod non dotis constituendae causa datum, sed satisfaciendae impensae. Alio igitur modo rei medetur *Paulus,* statuendo agrum, restituta impensa, in constituendae causam dotis reverti, et tamdiu jure ordinario alias ex imminuta dotalitate competentem alienandi facultatem marito inhibet. Quantum itaque ex *Scaevolae* sententia *Paulus* retinet? Statuerat *Scaevola* post annum demum fundum desinere esse dotalem, et tunc alienari posse: *Paulus* pariter dotalem fundum esse desinere statuit, quia, ait, impensa restituta agrum in causam dotis reverti. Nihil autem dicitur *reverti*, nisi quod fuerat *illa loco*, quo redit. Concedit quoque istius causae effectum esse posse, ut marito jus alienandi competat. Sed eumdem prohibet, adimitque jus alienandi: admittit igitur *Paulus* causam, sed effectum praescindit. Verum quaerendum; an Paulus formam eousque admittat, ut statuat, mox a tempore factae impensae dotalem esse desinere fundum? Hoc *Scaevola* negaverat. *Respond.* An quoad hoc Paulus dissenserit a Scaevola nihil *d. l.* 56. § 3. occurrit. Caeterum ex *d. l. unic. c. de rei uxor. action.* superius probatum, imminutionem (hoc est desinere esse dotalem) fieri forma *compensationis.* Compensationem autem *momento orti* ab altera parte debiti, effectu suo gaudere, satis notum. Quaerit praeterea hic *Maestertius,* cur Scaevola *sponte,* ut marito uxor obtulerit impensam intra annum, requisiverit. *Respond.* Scaevolam non requisivisse spontaneam oblationem, sed expressisse, quid declinandi fatum fieri ab unoquoque soleat. Nam ubi quis damno se ceruit proximum, sponte accelerat media illud amoventia. Verum quid juvat mulierem, *diceres.* An pecuniam habeat, an fundum? Cur igitur propaera credenda ad praeveniendam oblata impensa venditionem, aut nascens jus vendendi? *respond.* Jconsultos Paulum et Ulpianum (quibus et Scaevola assensisse credendus. Nam ipsorum opinionis consequentias statuisse hic videtur) credidisse, tutius uxori consultum, permanente fundo in dotem, quam pecunia. Hoc apparet ex eo, quod noluerint pecuniam in dote esse cum eadem satisfaciendae impensae exsoluta, sed aliud remedium, *aeque juri contrarium* excogitavere, nempe ut fundus

quidem desineret esse dotalis, et jus alienandi competeret jure, sed prohibita esset alienatio. Credendi igitur et mulierem se tutiorem existimasse, si aliquando fundum habitura, quam retentam pecuniam. Promptius enim haec expenditur, certior *redditus* quam *usura*, pecuniaque sceleri exposita faciliori. Caeterum illi, quod Paulus statuit fundum desinere esse dotalem factis impensis et alienari posse, notam adjungendam esse duplicandam arbitror: *prima* si non alia corpora civiliter talia in dotem data, Pauli sententia vera, uti latius superius tractatum. Sed quid si multa corpora civiliter talia data fuerint in dotem, et in fundum quemdam pariter in dotem datum, tantum impensum, quanti idem valet? *Quaeritur*, an pariter fundus impensa conservatus, pro quantitate impendii alienari posset, si lex alienationem *d. l.* 56. §. 3. non inhibuisset, et an non minus alias res in dotem datas competat alienandi jus, ac illa in quam ex necessitate quid impensum? *Respond.* Quoniam non singula corpora, sed *universitas* diminuitur impensis necessariis, uti clare dicitur *l.* 1. §. *de dote praeleg.* ex diminutione tamen universitatis jus oritur, corpora dotalia data, pro quantitate impensae alienandi; sequitur, *cum nulla ratio adsit, cur potius illa res alienanda, in quam maritus impensas fecit, quam alia*, non minus fundum alienari posse, ac si non alias res data in dotem, quam illa quae impensa conservata. Et aliam rem alienari posse, licet in aliam impensae necessariae factae. Itaque si agro et fodinis dos consistat universa, et in fodinas ducenti imperiales impensi, non minus pro parte aut totum prout ager valeat, idem posset (si alienatio a lege non inhibita fuisset) alienari, ob impensas in fodinas factas ac fodinae ipsae. Et vice versa. *Alterum* quod notandum duxi, hoc est: quoniam corpora imminutione dotis dotalia desinunt pro parte indivisa (ad cujus probationem superius usus sum *lib. 4. de impensis dotal.* sed idem *certius* probatur, quod, cum non corpora diminuantur impensis dotalibus, sed universitas dotis et hujus tamen diminutione corporis diminutio, quoad effectum alienationis oritur, pro parte indivisa sit diminutus.) Si hoc neseltur, concludit *Faber d. conj.* 2. incidere mulierem in communionem parte pro indivisa diminuta et alienata. Nemo autem invitus obstringitur ad communionem, *leg.* 26. §. 4. *ff. de cond. indeb.* Ergo et tertius, si quid fecerit, quo alter incideret in communionem, actum peregit nullius efficaciae. Quicquid enim contra leges, nullum est. Atqui mulier cum a tertio repetit fundum a marito alienatum, et parata marito refundendi sumptus, declarat se in communione detineri nolle. Ergo venditio partis indivisae, effectu carere incipit, retracta sc. dissensione mulieris ad tempus initi aut ineundi sub conditione contractus. Tali ratiocinio *Fabri* opinionem deductam fuisse mihi videtur. Si igitur alia ex ratione alienatio pro parte indivisa marito adempta, nec ad partis alienationem *Pauli* prohibitio pertinebit. Si tamen talis sit fundus, qui divisionem commodam recipit, licet emptorem vicinum uxor nactura, quia in communionem non incidit, alienare marito liceret, nisi *Jctus* id inhibuisset. Hac difficultate constitit dotis ipso jure diminutae explicatio. Enim vero multitudo *rationum* dubitandi et decidendi, *parentheses* parenthesibus interruptae ac cumulatae metum non minus confusionis, quam spem omnimodae dilucidationis pariunt. Consulendi itaque periculo isti omnium summam, quae hactenus allata, colligere institui, non dubitando eamdem animo observante lectionem paraphrasis utrinsque apparenti contrarietate iri vindicatum. Quando itaque talis impensa in corpus dotale facta, ut *diutinae* corporis istius *conservationi* sufficiat, diminutio ipso jure contingit. Non tamen *corporis* ipsa est diminutio; jura namque diminutionem ex *compensatione* producere voluerunt, quae inter corporis et quantitatis debitum non procedit. Quo igitur jura corpus in dotem datum adaptarent compensationi, et consequenti exinde diminutioni, *valore* ejus perpenso, subjecere *eumdem* pro *quantitate* impensae compensationi. Quae ratio est, quod *l. unic.* §. 5. *c. de rei uxor. action.* dicatur impensis necessariis dotis diminui *quantitatem*. Eaque dotis quantitas hoc casu imminutionis, est synonymum vocabuli *dotis*. Dicitur itaque *d. l.* 5. *pr. de impens. dot. et l.* 56. §. 1. *ff. de jure dot.* dotem minui impensis. sc. non *corpus*, sed ejus *valor*, seu *quantitas*. At quoniam vulgari usu vocabuli *dotis*, ejus quoque *corpus* intelligitur, recte *Maestertius* pro vocabulo *dotis*, substituit *dotalitatis*, dixitque dotalitatis quantitatem minui impensis. Dixi pro *quantitate impensae*, nam non tantum diminutione ista fundus in *totum* desinit esse dotalis, sed et pro *parte l.* 5. *pr. de impens. dot.* Obstat quidem *l.* 56. §. *pr. ff. de jure dot.* ubi negatur, factis impensis aliqua ex parte fundum desinere esse dotalem; sed *Paulus* ibi *metonymice* loquitur, *effectum negativum* exprimendo, per causam negativam. Licet namque diminuta dotalitate tantum forma juris consequatur maritus, ac si corporali dotis diminutione fundum assecutus; effectus tamen, jus alienandi, legibus est interdictum. Ordinario autem jure alienare poterat ob diminutam dotalitatem. Ex his apparet, *diverso* respectu dici posse, fundum *desinere* esse dotalem, talemque *perseverare*. Primus igitur effectus imminutae dotalitatis extitit jus alienandi; sed quoniam non singula corpora diminuuntur, sed universitas dotis *l.* 1. §. 4. *de dote praeleg.* ex imminutione tamen universitatis oritur jus, corpora pro quantitate diminutionis alienandi, conclusi non minus agrum in dotem datum alienari potuisse, si non inhibitum, ac fodinas, si in has impensa facta. Quod tamen favore mulieris, quo scil. ipsa dotem certiorem pecuniaria retineret, inhibitum. Inde *jus retinendi* sed ex jure dominii fluens, in quo a *vulgari* discrepat. Unde §. 37. *j. de action. quasi* in detentione perhibetur esse maritus, si impensis dos diminuta. Ex hac ratione asserui *d. l. unic.* §. 5. *c. de rei uxor. action.* retentionem, quae competit marito ob impensas necessarias, et prohibitam alienationem non esse sublatam, quia concludendum maximum illum effectum dominii, scilicet *retentionem rei suae* sublatum fuisse *d.* §. 5. si verba, *actio ex stipulatu secundum sui naturam non patiatur retentionem*, de quacumque retentione essent accipienda. Quid si enim traducta emptione et venditione in stipulationem, emptor pretio non oblato rem venditam exigat; si retentio omnis actionis ex stipulata privilegio *d.* §. 5. sublata, venditor eamdem allegare non poterit. Ad retentionem igitur illam *d.* §. 5. restrinxi, quae olim ante *d. l. unic.* deficiente actione competebat ob utiles impensas, de qua *l.* 8. *de impens. dotal.* tractatur. Conclusi praeterea ex eo, quod diminutio dotalitatis pariat marito licentiam alienandi, et sic dominium no-

vum, idque plenius maritali ei obtingat, si parte certa uxore consentiente electa, eadem perierit, marito non competat jus ad partem alteram, multo minus ad reddita mulieri condicendi. Duplex enim satisfactio haec esset, quae juri ignota. Postremo tractatum, licet maritus dominus diminutione evaserit, juri tamen ejus ademptum, quod omnibus aliis, qui potestate dominica praediti, competit, scilicet si errore facti uxori restituerit, quod ob diminutionem ipso jure factam, retinere poterat. idem condicendi ex jure ordinario marito non permissum, sed ad jus extraordinarium, et aequitatem jureconsult. in *d. l.* 5. §. 2. *de impens. dotal.* recurrendum fuerit. Alterum quod pro effectu diminutae dotalitatis observatum, est, quod si maritus acceperit dotem bis mille imperialium, et in ea fuerit fundus inaestimatus, factis in ejus conservationem *diutinam* impensis ducentorum imperialium, non duo millia imperialium in dote amplius haberi, sed mille et octingenta. Cujus effectus ille, ut si alicui legatum quantum apud ipsum dotis uxoris causa est, eidem deheantur non bis mille ab haerede, sed 1800. Nec distinguendum arbitror, an uxorem propriam, an vero legatarii, aut alius extranei respexerit testator. Cui tamen obsistit vulgaris interpretatio *l.* 41. §. 1. *leg.* 2. Cujus verba apponenda: *a me haeredi, uxori meae, ita legatum est.* Quicquid propter Titiam, ad Sejum dotis nomine pervenit, tantam pecuniam Sejus haeres meus Titiae det. Quaere, *an deductiones impensarum fieri possint, quae fierent, si de dote ageretur? respond. Non dubito, quin uxori tuae, quod ita legatum est a te haeres peto quicquid ad te pervenisset, ut tantum ei dares: tota dos sine ratione deductionis impensarum mulieri debeatur. Non autem idem jus servari debet ex testamento extranei, quod servatur in testamento viri, qui* dotem uxori relegavit; *haec enim taxationis habenda est, quicquid ad te pervenit. Illic autem, ubi vir uxori relegat, id videtur legare, quod in judicio dotis mulier consecuta fuerit.* Multi dilucidandae obscuritati horum verborum studuere. Anton. Faber. *lib.* 1. *conj.* 3. *d.* § 1. hunc statuit sensum: si maritus uxori suae relegaverit, quicquid ad ipsum ex dote ejus pervenit, tantum eidem ab haerede praestari, quanti habitura cum intentata actione ad dotem repetendam, valor impendii necessarii aestimatur et deducitur. Diversum autem Jconsultum statuere, si quis Paulo legaverit, quod propter Titiam uxorem haeredis ad ipsum (haeredem) pervenit. Tantum quippe praestandum Paulo, quantum Titia ab initio matrimonii dotis nomine intulerit, non quanto postmodum impensis necessariis eadem diminuta. Diversitatis hanc dat rationem; *cum enim testator uxori suae dotem relegat, ita fuisse creditur, quod intelligat, se defuncto, eam judicio de dote acturam, ut proinde interpretatione in haeredis favorem facta dicamus, non videri testatorem plus legasse, quam eo judicio mulier consequeretur. At cum extraneus, puta haeredis uxori, legat hoc modo;* quicquid ad Sejum haeredem pervenit ex dote Titiae, tantum haeres uxori suae dato, *eadem interpretatio admitti non potest, quia haeredis favor nullus est, nisi quatenus haeres est, et defuncti personam repraesentat; atque ideo nulla admissa voluntatis conjectura, verba illa generalia prout sonant interpretamur, et generaliter intelligimus, ut quicquid ad eum dotis nomine pervenit, totum, id est, non deductis expensis, restituatur.* Horum *Fabri* verborum *Borgia lib.* 1. *cap.* 3. *investig.* hanc putat esse mentem: si uxori propriae ab haerede legatum quod dotis nomine pervenit, impensarum deductionem non excludi: ea nimirum ratione, quoniam testator ideo dotem legasse creditur; quia eo defuncto uxorem judicio de dote acturam adversus haeredes a se scriptos sibi persuasit, ideoque illis consultum volens, et *eorum quietem attendens,* quicquid illo judicio mulier consecuta fuisset, eidem legasse censendus. Atque in haeredum favorem ita interpretandam voluntatem legantis. Quod si is, qui testamentum faciebat, non maritus, sed alius quilibet foret, qui extraneae mulieri, aut uxori haeredis sui quid legasset, *quicquid dotis nomine pervenit,* non erunt impensae factae deducendae; quia nulla admitti potest conjectura, ex qua haeredi potius, quam legatariae favere testatorem, voluisse dicamus. Caeterum displicet haec sententia *Borgia*; dicenti, adversus eam facere, *primo*, quod admissa *fabriana* explicatione sequeretur, melioris conditionis, atque in testamentis prae dilectione digniorem esse extraneam mulierem, alteriusque uxorem quam propriam. Contra id, quod et ratio et usus communis nos docet. *Secundo* suspiciose admodum et maligne mariti liberalitatem *Fabrum* interpretari, dum eum credi vult, ideo legasse, quoniam timebat litem moturam uxorem, et de dote in judicio adversus haeredes acturam. Cum potius motum eum ad legandum, maritali benevolentia, et conjugali charitate dicendum etc. Suam deinde opinionem de *d. l.* 45. *Borgia* profert, nempe, si *dotem legaverit* maritus uxori sive propriae sive extraneae, expensarum habendam esse rationem: at si legaverit *quod dotis nomine pervenit* expensas non deducendas, sed tantum praestandum, quantum fuerat in dote ante impendia. Quod attinet opinionem, quam *Borgia* de *fabriana* e mentis sententia habet, si ipse *Fabri* verum penetravit sensum, *Fabro* obstat, quod cum non quietius haeres extiturus, si habeatur testator tantum legasse, ac mulier consecutura, cum de dote judicio egisse, quam ubi ipsa judicio de dote egisset, testator non praesumendus istius quietis causa, illud verbis *quantum pervenit* legasse, quod judicio dotis uxor consecutura. Caeterum mihi non aliam *Fabri* esse mentem videtur, quam quod statuerit, quia dubium, an, cum testator legat uxori propriae illud *quod dotis nomine ad ipsum pervenit,* expensarum deductionem subintellexerit, praesumendum, quia scit uxorem conventuram post mortem suam haeredem, et ibi passuram deductionem impensarum, non amplius legasse. Nam semper in favorem haeredis habenda defuncti voluntas, maxime cum si in alteram partem traheretur, iniquitas oritura. Haec fieret, si impendiorum non haberetur ratio. Sed vero ubi extraneae sic legatum, quoniam haeres tunc non creditur a *Fabro* cum tale legatum exsolvit, idemque exinde concluserit, testatorem non cogitasse de ipso subtevando. Ait enim, haeredem non mereri favorem, quam ubi est haeres: prima *Fabri* conjectura sagacitate sua aestimanda esset; nisi ex illis, quae inferius dicturus eluceret, Jconsultum in *d. l.* 54. §. 1. mentem legantis non habuisse pro *dubia*, si legando usus verbis *quatenus pervenit*, sed pro *certo* habuisse, ipsum significare voluisse, tantum restituendum, quantum in dote fuerat, impensa necessaria non facta. Idque ex eo, quia *generaliter* ait, verba *quatenus pervenit*, taxatio-

nis loco esse. Non distinguit, num extraneae sit legatum, an uxori propriae; sed taxationis vim verbo *quatenus pervenit* tribuit, non diversitati legatariae. Verum posterior *Fabri* conjectura displicet; non enim legatum extraneae cedit in ipsius dotem, uti legatum propriae uxori *l.* 1. *de dote praeleg.* (quod tamen Justinianus *l. unic.* §. 3. *c. de rei uxor. action.* abolevit, de quo pluribus vide Gothofred. *ad l. fin. c th. de testam.*) Sed si legatum extraneae quatenus pervenit ejus dotis nomine ad haeredem maritum extraneae, exsolvendum legatum, et soluto matrimonio pariter dos. Ratio diversitatis mihi haec videtur. Haeres nihil accepit quam substantiam legantis; ergo non praesumendus testator haeredem duplici exsolutione onerare voluisse. Aliud in legato *extraneae* relicto, seu haeredis uxori. Hic enim quia olim dotem acceperat, et jam substantiam defuncti, non credendus testator sollicitus fuisse de eodem non nimium gravando. Ratio autem quam *Borgia* primo loco contra *Fabrum* allegat, invalida; nam testator cum extraneae legando *quicquid dotis ad haeredes pervenit*, efficit, ne impensae deducantur, non idem facit amore in eamdem, sed per accidens (ex Fabri scil. sententia cujus errorem propria ratiocinatione mox impugnabo, illud fit scil. quod haeredis non ulterius habuerit curam, quatenus ipsius haeres. Altera ratio, qua *Borgia* perstringit *Fabrum* pretii non majoris est. Nam certum quidem quod maritus amore commoveatur, cum relegando uxori illud quod ad ipsum dotis causa pervenit, ejus conditionem reddit meliorem, (nam tunc actione ex testamento utitur, cui licet quantitatem repetat, attamen expectandi anni non obstat exceptio,) sed non maligne fecisset, haeredi quoque prospiciendo contra turbas judicii, quibus constaret actio de dote, et computatio expensarum. Quod ad sententiam spectat, quam Borgia, ex *d. l.* 45. §. 1. elicit, puto eamdem verissimam esse; at quia non rationibus ipsam excoluit, sed de ea in *libris suspicionum* se tractasse allegat, propria ratiocinatione ipsam firmare debeo: credidit Faber Jctum *d. l.* 54. non aliud quid tractare, quam si testator legavit uxori suae, *quicquid ad ipsum pervenerit* ex dote uxoris deducendas esse impensas. Non vero deducendas, si uxori extraneae *sic* legavit. Hoc solum tota *d. l.* 45. §. 1. Jctum tractare putat, motus sine dubio verbis: *non autem idem jus servari debet ex testamento extranei, quod servatur in testamento viri qui dotem relegavit.* Videtur Jctus verbis istis statuere, aliud esse, si maritus uxori propriae legavit ab haerede; *quicquid ad se dotis nomine pervenerat*, ac si extraneae. Verum non observavit *Faber* (1) quod Jctus praedictis verbis non dicat, *quod servatur in testamento viri, qui uxori suae relegavit*, quicquid ad ipsum dotis nomine pervenit, sed, *quod servatur in testamento viri, qui* dotem relegavit. Ex verbis hisce apparet, diversos tractari casus *d. l.* 54. §. 1. sc. si uxori haeredis relegatum, quicquid dotis nomine ad haeredem *pervenit*. Deinde si testator his verbis usus, *lego dotem uxori;* hoc sit expensas deduci, non priori casu. Alterum quod considerare Faber neglexit, sunt verba: *haec enim taxationis loco habenda est*, quicquid ad te pervenit. Illic autem ubi vir uxori relegat, id videtur legare, quod in judicio dotis mulier consecuta fuerit. Ex his verbis apparet, Jctum diversa statuere legata, si testator dixit, *quia quid pervenit*, et si dixerit, *relego dotem uxori.* Non quidem adjicit, *dotem;* quoniam tamen ait, *illic autem*, refert se ad verba *in testamento viri etc.* ubi illud verbum, *dotem*, insertum; referens vero explicatur a relato. Ratio autem, cur ubi dotem maritus relegaverit, debeatur tantum, quantum deductis impensis remanet, haec est, quia dos diminuta non ulterius dos aestimatur, quam quoad id quod reliquum. Ergo ubi dos relegata tantum debebitur. Et haec ratio facit, ut non minus dos deductis expensis aestimanda, ubi propriae uxori relegata dos ac cum alienae legatum *tantum*, *quantum in dote.* Ita enim testator legando uxori *alienae* a marito ipsius suo haerede praesupponendus dixisse, non, *dotem relego uxori haeredis.* Nam dos non debetur uxori nisi matrimonio dissoluto, quem casum cum praevidere non potuerit testator, ita nec praesupponendus eidem verba legati accommodasse. Ratio autem, quod si testator legaverit, *quatenus dotis nomine pervenit*, debeatur tantum ac quod unquam in dote fuerat, impensis non deductis, redditur in *d. l.* 45. §. 1. nempe *taxationis* vim habere talem locutionem. Quisnam hujus rationis sensus sit, arduum est inquirere. Perspicio *taxationem* denotare illud, quod ab initio in dote fuerat, antequam ullae impensae fierent; sed quomodo cum concepto nomine ista explicatio conveniat, dijudicare non valeo. Sed si illi loquendi formulae iste est effectus, ut impensis non deductis restituendam tantum, quantum ab initio dotis nomine uxor haeredis, a quo legatum, attulerat, idem erit, si eadem usus fuerit propriae uxori legando. Hic est effectus dotis ipso jure diminutae, non *corporaliter*, sed quoad *dotalitatem.* Si corporaliter, i. e. *ipsa in re* idem est effectus. Sed hoc observandum, quod sic dos non diminuatur, quam ubi adest pecunia, aut corpora aestimata quippe quae pecuniam aequivalent. Ubi autem pecunia adest, aut corpora aestimata et corpora non aestimata, si in horum necessitatem sumptus impensi; diminutio a pecunia, aut quod pro pecunia habetur, orditur, hactenus de dotis diminutione; tractatu quoque insuper, quomodo *recrescat.* Et dictum, quod si pecunia impensa a muliere restituta, ex eo tempore dotem recepisse pristinam quantitatem, adeo, ut si legatum extraneae *quantum in dote*, et propriae uxori *relegata dos*, impensarum nulla habeatur ratio. Haec quoad diminutionem dotis ob impensas *necessarias* ipso jure peractam; cujus doctrinam terminassem nisi *leges* 8. §. *fin. ff. de pactis dotal.* progressus coerceretur. Disquiritur hic, num conveniri possit, ne ob factas impensas necessarias agatur, i. e. ne dos iisdem diminuatur. Negatur illud, addita ratione, quia dos ipso jure ob impensas necessarias diminuitur. Doctrinae ejus quod fit ipso jure *d. l.* 8. §. *fin.* grande adjungi videtur momentum; manifesto enim hic docemur, effectum facti ipsius juris privatorum pactis non posse interverti. Quae de re lectorem amplam desiderare praesentio explicationem. Verum nihil aliud habeo, quod proferam, quam certi juris aliunde esse, quod conjuges pacisci non possint, ne ob impensas agatur; esset enim ista pactio species donationis *l.* 11. *de impens. dotal.* Sed si ex ratione, qua Jctus *d. l.* utitur, irrita pacta demonstranda, sequeretur exinde, quod nec conveniri possit inter creditorem et debitorem, ne agatur in residuum contra debitorem, si distracto pignore creditori

satisfieri non potuit. Nam *l.* 9. §. 1. *ff. de distract. pignorum*, ipso jure dicitur ita esse, ut ad residuum agi possit, licet ab initio expresse inter creditorem et debitorem ita convenerit. Quod penitus absurdum *vid. infra* §. *pen. hujus sect.* Immoratus doctrinae imminutionis ob impensas necessarias ipso jure circa dotem contingentis tanta opera et successu, ut, si tantum sperare licet, nemo ante, proposito meo eamdem ut tandem accommodem, restat. Exhibuere tractatus praecedentium *paragraphiorum* dominii ipso jure transeuntis exempla; classi huic inserendus pariter effectus ex diminutione ipso jure peracta, proveniens. Quoniam namque ob istam diminutionem dominium rei in dotem datae acquiritur marito, nec intercedit factum privati ad ejusdem translationem, alias a jure requisiti, sequitur; quod habito respectu ad factum istud, quo adhibito jus alium efficit dominum, dominium hoc ipso jure oriri, dici possit. Sed obstat quod cum maritus rei dotalis antea extiterit dominus, denuo dominus dici non possit ipso jure redditus. *Respond.* Temporarium ipsum prius extitisse dominum, nunc superveniente nova causa, ipso jure dominum evadere *perpetuum*.

§. XV. *L.* 30. *pr. ff. de actione empti* hic habetur casus. Vendidit quis servum *cum peculio*, sed antequam eumdem emptori una cum peculio traderet, servus venditus furto rem aliquam domino seu venditori surripuit, respondet Jctus, ipsum tantum retinere posse ex peculio, si emptor eumdem petierit cum peculio, quantum servus venditus abstulerat, addita ratione, quia ipso jure peculium diminutum. Nil aliud sensit Africanus *dictae l.* 30. auctor, quam diminutione istâ diminutum fuisse peculium, eo effectu, ut quod elegerit exinde pristinus dominus, ad eumdem transeat tamquam ad dominum, uti ex diminutione dotis transierat dominium ad maritum. Habito igitur respectu ad dominium, quod transfert jus non ipsum, sed facto requisito alterius illam dominii translationem ipso jure factam dicere poteris. *Objicis*, diminutionem non fieri nisi *praevia obligatione*. Inter dominum vero et servum nulla obligatio. *Respond.* Durante potestate dominica obligationis causam obligationem non parere, eamdem tamen vires nancisci, eo momento, quo eadem dissoluta. Hoc fit cum servus traditor emptori, eoque momento dominium, peculio ipso jure minuto, pristino domino obvenit. Caeterum arbitrantur Cujacius et Faber *ad h. l.* retentionem, quam *africanus* concedit ob peculium diminutum, non tribuisse dominium, sed simplicem retentionem, esse, quae competit ob impensas in res alienas collatas. Esse tamen hanc communi nobiliorem, eamdemque appellant retentionem quae fit *ipso jure*, communem vero per *exceptionem*. Itaque cum alias juris, ut qui retinere saltem poterat, re per errorem reddita condicere non valeat; hoc casu secus esse, traditamque ab *africano* condictionem. Ego non dubito, quin dici possit, ipso jure diminui peculium ob factum istud, habito respectu ad diminutionem, quae per effectum exceptionis. Nam contra actorem, cui nullum competit jus agendi, tutus est ipso jure qui convenitur. Talis est emptor peculii. Licet enim habuerit actionem empti, ipsa tamen *rei interitu* ex diminutione oriente est extincta. Verum translationem dominii non esse effectum imminutionis ipso jure peractae, sed simplicem retentionem, asserere non audeo. Cur enim concederet *africanus* condictionem indebiti. Tribuunt id quidem *Cujacius* et *Faber* retentioni, quae fit ipso jure; sed quid opus, ut recurramus ad divinatoria. Nam nullam video causam, cur retentio ipso jure proveniens efficacior aestimanda illa, quae fit per exceptionem, *si dominium a priori removeatur, tamquam causa*. Deflectenda potius conjectura ad effectum alterius diminutionis ipso jure peractae; haec est *dotis*. Nam si ipso jure diminuta dos, effectus est translatio dominii vel pro parte divisa, vel pro parte indivisa. Tantus effectus, ut credatur diminutionis ipso jure in peculio peractae, non video quid vetet.

§. XVI. Tractare hoc paragrapho servitutem ipso jure constitutam indice sectioni huic praemisso pollicitus fueram; sed eamdem §. 23. *hujus sect.* complecti ratio ordinis *dicto paragrapho* declaranda voluit.

§. XVII. Quaeritur an suus haeres ipso jure haereditatem, quoad jus defuncti, acquirat? Haec quaestio quo luculentius percipiatur, tradenda definitio haeredis, qui *suus* appellatur. Defecit ipsa *Angelo Politiano*. Nam cum gloriatus esset, se glossematis juris *Accursium* superaturum, et interrogatus a *Socino* de definitione *sui haeredes*, obmutuisse fertur ab *Alciato lib.* 8. *parerg.* 19. *et seqq.* Nos interim sequemur *Donellum Jctorum praestantissimum lib.* 7. *cap.* 2. suum haeredem definientem. Ait suos haeredes, vel *jus* facere; eosque esset testatoris liberos quocumque jure vocatos, et qui in potestate morientis, ac praeterea primo gradu tunc, cum haereditas deferri coepit. Vel *voluntatem patris*. Qui enim patri, idem filio, fratri suo, si ei substituatur fit *suus*. Ad quaestionem respondeo, eumdem dici posse haereditatem ipso jure acquirere. Opus enim alias est haereditatem acquisituro aditio i. e. declaratio voluntatis in haereditatis delatae acquisitionem consentientis. In haerede *suo* eadem non opus, sed mortuo illo, cui succedendum, haereditas ipsi extra istius voluntatis declarationem acquisita est. Habito igitur respectu ad acquisitionem, quam jus accedente aditione, facto subditi extrajudiciali, permittit, sequitur ubi eamdem jus non requirit, acquisitam tamen statuit haereditatem, *ipso jure* conciliatam dici posse. Effectus haereditatis ipso jure translatae sunt. (1.) ut *sui* existant haeredes, etiam ignorantes. Unde si putavit matrem praegnantem, quae tamen talis non fuerat, ex asse, non pro dimidia, ut putaverat, erit haeres *l.* 30. §. 6. *ff. de acquirend. vel omit. haered.* Ex eadem ratione et furiosis et infantibus ista acquiritur haereditas. §. 3. *j. de haered. ab intestat.* Quod si extranei, ipsis non competit. *l. qui servum ff. de acquirend. haered.* (2.) Ut haereditas ignoranti delata possit transmitti. Sed id usum in haerede extraneo habebit. Aliud si filium aut filiam relinquat; hi enim non ex jure haereditatis, patri ante obitum acquisitae, succedunt, sed jure *suitatis*, i. e. proprio. (3.) Ut nullum factum requiratur haeredis, aut aliorum, auctoritas tutorum, assensus curatoris furiosi *d.* §. 3. Quibus addi potest, quod olim extiterint inviti, antequam praetor indulgeret beneficium abstinendi. Caeterum neminem commoveat, quod haereditatem appellaverim illud, quod filio ipsi ex morte patris acquisitum, cum tamen *l.* 12. §. 1. *ff. de liber. et posthumis haered.* Jctus expresse dicat, non esse illam successionem in *haereditatem*, sed in *propria* bona; nam

vivo jam patre dominis bonorum istorum erat filius-famil. *Respond.* Improprie haereditatem appellari quod acquirit filius tali casu, uti apparet *d.* §. 3. *j. de haered. quae ab intest.*

§. XVIII. Quaeritur an successores ab intestato alii, quam haeredes sui, possint dici haeredes existere ipso jure? *Respond. pr. j. de legit. agnat. success. ex l. XII. tabb.* agnatis deferri haereditatem, deficientibus illis, qui aut *sui* sunt, aut quos constitutiones vel praetor iisdem accenset; ergo jure defertur haereditas hoc casu; quod ipso jure fieri dicendum videtur, cum habetur respectus ad delationem haereditatis, quam jus non ipsum peragit, sed requisito *facto* subditi extrajudiciali; *hoc* est sanctio testamenti. Sed cum consideratur quod non jure fiat, ut agnatis bona defuncti quaerantur, sed causam esse defuncti, qui censetur *detulisse*, dum agnatos sc. successione non prohibuit extraneo instituto, et dum suos plus aestimatur amare ac alios, non ipsi juri haec successio imputanda.

§. XIX *Sectione I. membri prioris* disquisitum, cur haereditas directa, cum fideicommissariae opponitur, ipso jure delata dicatur, et responsum, rationem pronominis esse, quia haereditatis directae jus ex jure civili descendit. Fideicommissariae autem a praetore introductum. Jus civile autem ipsum jus appellari, ubi praetorio opponitur. Caeterum alia ex ratione causam pronominis derivari posse, postmodum monendum esse perspexi. Quando enim jus fideicommissariam haereditatem fideicommissario defert, utitur facto adeuntis fiduciarii. Ubi directam refert, facto isto non utitur. Habito igitur respectu ad delationem (haec oritur, ubi jus competere incipit haereditatem adeundi) quam jus non ipsum peragit, sed facto alterius, fiduciarii nempe adeuntis haereditatem restituendam, sequitur haereditatem illam ipso jure delatam dici posse, quam jus ipsum defert (scil. dum sanxit haereditatem illis solummodo requisitis concurrentibus adire posse) facto alterius non requisito, altera delationis specie acquisiverat.

§. XX. *L.* 9. §. *ff. de liberis et posthum.* sancitur, si quis ex ea, quae alii nupta sit, posthumum haeredem instituerit, ipso jure non valere institutionem, quia turpis sit ista institutio. Puto Jctum non respexisse hac lege ad factum juris ministri judiciale s. judicis, quo testamenta illegitima propter rescissionem ad talem rediguntur statum, quo non valeant; sed respexit (libro cuique relicto judicio) ad factum nativitatis posthumi, quo pariter testamenta non valere incipiunt. Nativitatis tamen actus, licet communiter sub *facti* (maxime extrajudicialis) nomine non venisset, factum tamen est, et si *judiciali opponeretur*, extrajudiciale quoque. Quod nemo quidem faceret, sed quoniam tot exempla relata et referenda, quibus oppositio ista congruit, *ob unicum casum oppositio illa, inter ipsum jus, et id, quod fit facto extrajudiciali non respuenda fuit.* Quod vero putem hoc factum respexisse Jctum, et non factum judicis rescindentis, ratio haec est, quia ab isto facto *toto d. tit. et pr. d. l.* 9. dicitur testamentum rumpi et sic non valere incipere.

§. XXI. *L.* 36. *pr c. de inofficios. testamento*, ipso jure obstrictum esse cohaeredem ad legitimam supplendam, si tantum non relictum, quantum legitima erat i. e. si cum tertia pars deberetur, quadrans saltem, et pro hoc fundus a testatore relictus, uncia adjicienda erit, licet illud testator non jusserit, et quoniam debitae portionis integra relictio est actus subditi juris extrajudicialis, sequitur, quod ubi consideratum cum jus sancit complementum, licet testator non jusserit quo debitam portionem filius consequeretur, et respicitur cessans testatoris jussus, repletionem ipso jure filio deberi dici possit.

§. XXII. Quando legatum sub conditione aut ex die est, haeres legatariis obstringitur ad cautionem, se die eveniente aut conditione legata praestiturum. Quoniam quippe eidem durante conditione bona relinquenda erant, quibus legata exsolvenda cautum esse voluere jura legatariis, si haeres bonis labatur. Sed *l.* 1. §. *pen. ff. ut legat.* cautionem illam pro parte diminui, si postmodum ipso jure diminuatur haereditas. Sed quando ipso jure diminuitur haereditas? Puto Ulpianum casum respexisse sequentem: fiduciarius partem haereditatis restituendam possidet cavitque de fideicommisso. (Nam ad hujus securitatem, uti patet ex rubrica cautio *ut legatorum* est introducta) die aut conditione evenientibus fideicommissario restituendo, sed res quaedam pendente die aut conditione pereunt *absque culpa* fiduciarii. Uti autem diceremus, ubi quid diminutum ab illo, qui diminutionem vetuerat, cum rem *ipsum* diminuisse, si excusaretur, ille cui prohibitum, ita eadem ratione pronomen istud *juri d. l.* 1. fuisse adjunctum concludere licebit. Nam cum *jus* sancit diminutionem haereditatis fideicommissariae *dicto casu* cedere damno fideicommissarii, illud haereditatem restituendam diminuisse, dici poterit.

§. XXIII. Actum hactenus de jure dominii plenissimo, ipso jure obveniente, scilicet usque ad *paragraphum* 16. deinde a 17. usque ad §. 22. dominium ipso jure translatum plenitudine incoepit discrepare a priore. Jus namque haereditarium, licet pariter tribuat dominium, si eodem gavisus fuerat defunctus; attamen jus istud in eo cedit juri dominii modo *singulari* translati, quod illi talia inhaerent merita, ob quae quis *interdicto possessorio* latius possit experiri, ac ille qui jure dominii nititur *universali*. Hic enim licet semper *esse possit*. Bonorum possessor, etiamsi jure civili ad haereditatem vocetur, et si compos evadere possit interdicti *quorum bonorum*; attamen non aliter eodem uti potest, quam quatenus est bonorum possessor. Hoc contingit si possessor haereditatis non possideat pro haerede, neque pro possessore, sed titulum allegat singularem, quo jus haereditarium sibi nec arrogat, nec alteri derogat. Tunc enim quoniam alter non agit ut *haeres*, seu ut *talis*, qui jure praetorio pro haerede habetur sed alius dominus utens rei vindicatione *singulari. l.* 7. *c. de petit. haered. l. pen. c. in quibus causis cessat longi temp. praescript.* Sequitur eumdem remediis uti non posse, quae Bonorum possessoribus, qualis quilibet haeres ex benignitate praetoris se gerere potest, fuerunt prodita. Igitur jura ipsius aestimanda ex competenti rei vindicatione in *specie* tali. Haec vero non pollet effectu, ut illi, cui alias competit, impertire valeat remedium possessorium, i. e. interdictum *unde vi*. Nam hoc nemini datur nisi proximo possessori vere tali, unde et praedoni datur prae domino Oportet igitur ut juri haereditario accesserit possessionis apprehensio, si dominio ex jure defuncti orto quarendum jus interdicti *unde vi*. Sequuntur jam de

nia ipso jure obvenientia, effectu suo magis a summo dominio differentia. Nam quoniam et ususfructus *l.* 3. *ff. si usufr. petatur. et l.* 15. §. 8. *ff. quod vi aut clam.* Quaelibet servitus in dominio esse dicitur, credidi juste et reliqua jura realia posse appellari dominia. Auspicabor tractatum materia servitutum, idque ex promissione §. 16. paragrapho facta praesenti. *Quaeritur*, an quaedam servitus ipso jure constituta dici possit? *Respond.* Noti juris est, quod quis in suo non ita aedificium exstruere possit, ut horreo, quo vicinus messem palea purgat ventus, impediatur, idque licet vicinus specialiter *pacto sibi non* quaesiverit. Si et fundus inferior cogi potest, quo patiatur, ut aqua superioris praedii in se prorut. Haec quoniam pacto non quae runtur, jure tamen ita obtinent, sequitur servitutes hasce dici posse constitutas ipso jure, si respectus habeatur ad servitutem, quam jus non ipsum constituit, sed ad ejusdem constitutionem operam requirit paciscentium. Servitus enim est, ubi quis in suo pati cogitur aut non facere quod alteri commodum, cui id patitur. Utriusque exempla praedicti praebuere casus. Ejusdem originis servitus appellatur, quae haeredi *l.* 81. §. 3. *Legat.* 1. conceditur. Statuitur hic, quod si alicui fundus legatus sit, excepto aedificio soloque cui superstructum, quod legatarius fundum vindicare possit aedificio s. villa excepta. Quam incolere conceditur haeredi, addito, quod legatarius iter et actum eidem concedere teneatur in usum villae istius, vocaturque jus illud servitus eaque constituta ipso jure. Non aliam pronominis rationem credo, quam quod jus nullam conventionem requisiverit, si talis servitus, haeredi acquirenda. Probo hoc per verba *hujus* §. in quo inerit, ut iter quoque et actum in ea habeat. Praeterea *lib.* 1. §. 1. *si usufr. petatur.* dicitur, si ususfructus relictus, adminicula quoque relicta quibus quis indiget, si uti frui velit. Haec enim semper sequi usumfructum, adeo ut nec prohibitione testatoris adimi eidem possint. Idque alterum est exemplum, quo probabile, illa quae fiunt ipso jure, privatorum pactis non posse interverti. Tertium §. *penult. h. sect.* tractabitur. Habito igitur respectu ad servitutem, quam jus non ipsum, sed facto paciscentium requisitio parit, sequitur quod concessa haeredi servitus *d. l.* 81. §. 3. appellari potuerit debita ipso jure. Ordinis necessitate *summariis* Sectioni huic praemissis initi *h.* §. 23. complecti constringor quaestionem: num pignus, quod locatori competit in ea, quae ab inquilino illata, constitutum possit dici ipso jure? *Neg.* Intervenit namque taciti istius pignoris constitutione, quod intervenire solet, cum pignus mutua conventione inter subditos juris constituitur i. e. ab utraque parte conventio pignus constituendi. Hoc est factum istud, quo jus utitur ad pignoris constitutionem. Quod vero tacita illa *conventio* interveniat probatur *l.* 4. *prin. ff. de pactis;* Ubi haec verba. *Item quia conventiones etiam tacitae valent, placet in urbanis habitationibus locandis, invecta illata pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim convenerit.* Et *l. ult.* ibi tali justa praesumptione. *c. de tacita hypoth.* quae declarat *d. l.* 4. *et l.* 4. *et l.* 6. *ff. In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contr.* Sed ratio tradenda, cur praesumendum tacite convenis.e inter locatorem et conductorem, s. inquilinum, de pignore in illatis habendo. Arbitrantur dd. ab initio locatores consuevisse expresso pacto sibi prospicere de pignore in illatis habendo. Hoc cum tetenderit in securitatem recipiendae pensionis, quilibet locator creditus talem obligationem eo, licet non expresse appetiisse. Conductor quoque, cum scit locatorem non solere contractum inire, nisi pignus ipsi concessum fuerit in illatis, et contrahere vult, aestimandus locatoris desiderio annuisse. Add. Bacov. *de pignor. lib.* 1. *cap.* 11. *n.* 1. Quaecumque tandem causa juste fuerit visa imperatori praesumendi tacitam conventionem, sufficit quod ex *dd. ll.* apparet, talem adesse visam fuisse imperatori, ex qua *tacita conventio* praesumeretur.

§. XIV. An is, cujus nomine procurator de pignore habendo pactus est, nanciscatur actionem pignoratitiam eadem non cessa, sed ipso jure? Affirmari illud videtur *l.* 2. *c. Per quas personas nobis acquiratur.* Ubi haec verba: *cum per liberam personam, si pecunia alterius nomine fuerit numerata, acquiratur quidem ei cujus nomine pecunia credita est per hujusmodi numerationem condictio, non autem hypotheca, vel pignus eorum quae procuratori data vel supposita sunt, domini contractus acquiritur talem differentiam expellentes, sancimus et condictionem et hypothecariam actionem vel pignus* ipso jure *sine aliqua cessione ad dominum contractus pervenire. Si enim procuratori necessitas legibus imposita est, domino contractus cedere actionem: quare quemadmodum ab initio cessio supervacua videbatur, non etiam in pignoribus et hypothecis simili modo dominus contractus habeat hypothecariam actionem, seu pignoris vinculum, vel retentionem sibi acquisitam.* Quaenam ratio pronominis, manifestum est, nempe quod imperator declarare voluit, jus non uti *facto cedentis* ad transmittendam in mandantem actionem hypothecariam, sed eamdem ipsum eidem praestare. Verum omne dubium in eo latet, cur imperator dixerit, cessione non opus esse, cum tamen procuratori actio nulla quaesita, sive jus primum; sive jus novum a Justiniano introductum quis examinavevit. Nam si procurator *alterius nomine* de pignore convenit, debitor non paciscenti censendus dedisse hypothecam, sed illi, cujus nummos audiverat sibi mutuo dari, et cui procurator hypothecam procurare voluerat. Eadem obscuritate laborant verba, *in personali actione cessio supervacua videbatur.* Ex praedicta enim ratione, nec personalis actio, seu condictio prius quaesita fuerat procuratori, cum eamdem ipsi non concessisse praesumendus debitor *percipiendo nummos alieno* nomine mutuo dari. Nec ipsum procuratorem *ob id* sibi eamdem quaerere credendum. Hoc ratiocinium permovit *Donellum in comment. ad h. l.* ut hanc decisionem magis auctoritate constituentis Justiniani niti, quam vera ratione. Quid igitur respondendum? Verum *Donelli* ratiocinium, ideoque locus difficilis reputandus: conjecturae tamen locus relinqueretur sequenti: certum quod verba *nomine alterius* communiter praedicentur de casu, ubi refertur alio mandante quid factum, ideoque nominato cum fieret; puto tamen eadem non tam stricte esse interpretanda, quasi procurator debitorem numerando nummos expresse monuerit nomine domini nominati istam numerationem ipsi fieri, forte phrasis ista, nomine alterius numerare, non minus denotavit Justiniano, procuratorio nomine numerare, sed altero non nominato, qui voluit, ut ipso nominato solutio fieret. Si hanc significationem patiamur, con-

jectare licebit eadem quoque *d. l.* aestimanda esse. Quo casu nihil dubii remanebit. Nam tunc procuratori acquiritur actio, non domino, quoties dominum non nominat. Sed quoniam eadem cedere obstrictus domino, jus ipsum prospicere aequum judicavit illi, cui opera alterius i. e. cedentis, prospicere aequum judicavit. Et hoc probatur verbis: *si enim procuratori necessitas legibus imposita est, domino contractus cedere actionem: quare quemadmodum ab initio in personali actione cessio supervacua videbatur* (scil. quia actio cum alias a procuratore ipsi debebatur, jure ipso concedi poterat,) *Non etiam in pignoribus, simili modo dominus contractus habeat hypothecariam actionem.* Sed fateor verba, *nomine alterius* nimium perspicue significare, *nominato* altero numerationem debitori factam. *Diceres* forte, imperatorem imperito supplicanti verba rescripti accommodasse, et dicendo supervacuam esse cessionem condictionis et hypothecariae, eidem exprobrasse ignorantiam competentis jam actionis domino, si nomine ipsius pactio inita. Supervacuum proinde, si ipsa eidem cedenda: sed si haec admittuntur, nulla connexione cohaerebunt verba; *si enim procuratori necessitas legibus imposita est, domino contractus cedere actionem*, cum sequentibus aut antecedentibus. Ego priori magis accedo, sed libero peritiori patente judicio.

§. XXV. Detinuit me hactenus actio realis, ex eo quod fit ipso jure proveniens. Actionibus personalibus ipsum jus in posterum favebit. *l.* 27. *pr. ff. de noxal. actionib.* haec habentur verba: *Si noxale judicium agitur de servo, qui pignoris jure tenetur, aut de eo, cujus ususfructus alterius est, admonendi sumus. si creditor vel usufructuarius praesens defensionem suscipere noluerit, proconsulem interventurum, et pignoris persecutionem vel ususfructus actionem negaturum, quo casu ipso jure dici potest pignus liberari. Nullum enim pignus est, cujus persecutio negatur. Usufructus autem etiamsi persecutio ejus denegetur, ipso jure eousque durat, donec non utendo constituto tempore pereat.* Disquisitio rationis prioris pronominis huic solummodo debetur sectioni: alterius ad *section. I. membr. I.* hujus tractatus referenda. Nil aliud autem jconsultus pignore ipso jure soluto respexit, quam dissolutionem pignoris non ipso jure peractam, sed facto subditi juris extrajudiciali, *solutione* scilicet aut ejusdem speciebus *novatione* et *acceptilatione*.

§. XXVI. Creditor pignus possidens noto satis jure adstringitur, fructus ejusdem imputare usuris, residuum vero sorti. Derogatum, quippe quoad hoc juri, particularem solutionem arbitrio creditoris relinquenti. Caeterum quoniam sorte soluta pignus finitur, ut accessorium, *quaeritur*, an ipso jure illud ab obligatione liberatum dici possit? *Affirmatur* id *l.* 1. *cap. de distract. pignor.* Sed obstat, quod cum creditor fructus perceptos imputat, factum juris subditi accedat ad id, quod jus efficere volebat, ipsi juri id non debeat adscribi. *Respond.* praesupponendum esse creditorem, qui aut juris ignarus, aut fructuum quantitatem inficiaturus, fructus debito non imputare destinavit. Ergo si jus postmodum invito creditore facit, ut pignus liberetur, id eidem adscripsit imperator. Et de tali creditore *d. l.* 1. tractari inde perspicuum, quia refertur creditorem pignus vendere velle, licet pretium fructuum hactenus percep'orum aequet fundum; oportet igitur, ut nesciverit fructus imputari in sortem.

§. XXVII. *L.* 1. §. 9. *ff. ad s. Trebell.* dicitur ipso jure transire actiones, si fideicommissarius fideicommissum suscipere velit. Nil aliud dicere voluit jconsultus, quam jus non uti ad transferendas actiones in fideicommissarium facto cedentis fiduciarii, sed ipsum reddere actionis compotem fideicommissarium. Non tamen haec est actio *directa*, sed *utilis l.* 18. §. *ult. ad l. fulc.* Perpetuo enim *directa* adhaeret fiduciario; sed in *si num* saltem actionis, quae olim efficaciter competierat. Exigua quippe directae utilitas; aliqua tamen quae ab omnibus commentariis in *tit. ff. ad sc. trebell.* directis tractata, poterit evolvi.

§. XXVIII. *L.* 17. §. 2. *pro socio.* Ipso jure dicitur inesse juri initae societatis, ne eidem intempestive renuncietur, licet id expresse non cautum fuerit. Palam est, jureconsultum respexisse quid juris ex facto contrahentium, et illud quod juris jure ipso sic disponente.

§. XXIX. *L.* 9. §. 1. *de distract. pignor.* haec habentur verba: Pomponius autem lectionum libro secundo ita scripsit; quid in pignoribus dandi adjici solet, ut quo minus pignus venisset, reliquum redderet, supervacuum est: quia ipso jure ita se res habet etiam adjecto eo. Ad idem respexit *Paulus h. l.* ad quod respexerat *l.* 17. §. 2. *ff. pro socio.* tractatum §. *praecedent.* Monet nempe creditorem, cautela sibi prospicere abundanti, cavendo, ut quanto minus ex pignore distracto consecutus, id petere possit a debitore. Jus quippe ipsum id ita disposuerat; sed quaeres, ubinam jus illud extat? Forte *l.* 3. *c. de distract. pignor.* ubi rescribitur *pignoribus venumdatis in id quod deest; adversus fidejussorem aut reum creditori competere actio?* Negatur. *Nova constitutione* nou opus fuit; sed natura mutui contractus sufficit, dum dictat, restituendum tantum, quantum mutuo datum. Nec actionem hypothecariam conventione pignoris dum sibi parit, renunciavit actioni quaesitae. Duabus actionibus ad eadem tendentibus, una electa expirat quidem altera, sed nisi quid residui altera retinuerit.

§. XXX. Si testator alium instituerit haeredem rerum castrensium bonorum, alium paganicorum, quasi duae haereditates erunt, et castrensium debitorum tenetur castrensium successor. Idemque obtinet quoad debita passiva. Nam quae defunctus ut miles quaesiverat, ea exigi poterunt ab haerede castrensium bonorum. Cui *l.* 17 §. *ff. de testam. militis.* additur ipso jure cuicumque haeredi, id est, sive castrensium, sive paganicorum successori, ita deberi. Nihil aliud sensit jurisconsultus, quam non opus esse, ut testator huic assignando castrensium successionem, alteri paganicorum, pariter pro qualitate seu origine ista debita distribuat. Sed *ipso jure* jam ita esse, ut castrensia debita, sive activa, sive passiva incumbant castrensium successori: et sic pariter paganica. Sed quid si res pecunia castris promerita vendatur, et pretium defuncto debeatur; quaeritur an haeres castrensium illud sibi possit arrogare? *Respond.* si filiusfamilias fuerit miles, et decesserit, uni peculii adventitii extraordinarii successionem determinando, alteri paganici, castrensium haeres pretium petere po-

terit. Nam quaecumque pecunia castrensi comparata, spectant ad peculium castrense. *l.* 3. *ff. de pecul. castrens. l.* 1. *c. eod.* Aliud si miles fuerit paterfamilias. Pecunia enim impensa facit, ut res eadem empta juris communis habeatur. *Objicis*, quod de patrefamilias peculium castrense non possit praedicari. *Respond.* Peculium de patrefamilias non praedicari. Praedicari tamen de eodem posse res castrenses *l.* 23. ibi idem etsi paterfamilias de castrensibus rebus saltem testatur *ff. de testament. milit.*

§. XXXI. Quaeritur, an duobus correis debendi aut stipulandi existentibus ipso jure singuli *in solidum* debeant aut debeantur? Affirmatur id *l.* 2. *ff. de duobus reis.* Ratio pronominis sequens videtur. Ubi a duobus diversis stipulationibus decem (tantillo enim numero in summis incertis exprimendis ordinarie Jcti uti solent. Cujus rationem nec non ejus, quod pro conditione eventuali exprimenda dicatur communiter, *si navis ex Asia redierit*, et pro facto impossibili, *si centaurum mihi dabis*, vide apud *Robertum recept. 1. sentent.* 15.) aurei legitimo modo, de quo *tit.* 1. *de duobus reis.* promissi, licet non adjectum a stipulantibus, ut quisque in solidum id est in decem aureos sit obstrictus; attamen jure ipso ita esse, ut singuli in solidum teneantur. Idem est in duobus correis credendi; sed ubinam jus illud exiat, quod in solidum singulos obligat? An illud demum *d. l.* 2. peractum? Non. Sed dum stipulatio sic initur, *Mevi decem ne mihi dabis?* et postmodum alter interrogatur; *Sempronieosdem decem dare spondes?* perspicue satis quilibet in decem se obstringit. Ergo et tenetur; sed quoniam adjiciendum *eosdem decem*, sensus verborum ordinarius prodit, non aliud actum, quam de decem semel praestandis. Itaque *d. l.* 2. pro effectu solidi ipso jure singulis impositi refertur, quod uno solvente solidum, correus obligatione sit solutus. Sed vero objiceres, si ex sensu communi verborum, quibus ut retuli duo correi promittendi uni debent, colligendum, in solidum se singulos obstrinxisse, cur illud *d. l.* 2. imputatur ipsi juri? *Ad quod factum illud collatum, quod jus alias producendi obligationem requirit, illud non dici potest jure evenire. Respond.* Omnia quae jus facit per subditum, tam juri quam subdito possunt adscribi. Quod quis enim per alium facit civiliter, ipse fecisse censetur. Naturaliter vero ille, qui mandatum executus. Prout itaque libuerit legislatori, effectus iste aut de jure praedicari poterit, aut de facto ipsius subditi. Priori modo non tantum *h. l.* 2. effectus iste praedicatur; sed jam §. 28. *hujus sectionis* ejusdem habuimus exemplum ex *l.* 17. *ff. pro socio*. Nec non §. 29. ex *l.* 9. §. 1. *ff. de distract. pignor.* Ratio autem pronominis haec est: jurisconsulti *dd. ll.* auctores, dum ipso jure id ita fieri statuere, intimare voluerunt, non jus ad illud, quod ipso jure fieri asserue rant, factum subditi sui *expressum* (quod factum oritur, cum quis postquam dixerat, eosdem tibi decem solvam, expresse adjicit, et decem illi aureis in solidum volo esse obligatus, non pro parte, ut fidejusso beneficio divisionis utens) adhibere, sed id ipsum ita cavere interpretando scilicet mentem promittentis, eosdem decem aureos se debere. Magnum hoc, quod paucis lineis hactenus dixi, momentum doctrinae ejus quod fit ipso jure.

§. XXXII. *L.* 26. *ff. de fidejuss.* pariter objectum elaborationi ejus, quod fit ipso jure, suppeditat. Verba ejusdem haec sunt. *Inter fidejussores non ipso jure dividitur obligatio ex epistola d. Hadriani, et ideo si quis eorum ante exactam a se partem sine haerede decesserit, vel ad inopiam pervenerit, pars ejus ad caeterorum onus respicit.* Negative jconsultus factum ipsius juris opposuit facto juris subditi, divisionem obligationis producentis. Ratio autem cur jus non diviserit obligationem fidejussorum, hanc conjecto fuisse: sine dubio plures fidejussores sic stipulatione promittere consuevere: interroganti *Mevi decem ne dare fide tua* (id est, si aliter non solvit) *spondes, quae Titius mihi debet?* respondit Mevius, *spondeo*. Alter fidejussorum pariter interrogatus videtur his verbis; *Semproni, tunc decem quae Titius mihi debet, tua fide dare spondes?* et respondisse, *spondeo*. Hac forma verborum quilibet solidum polliceatur, sed non ut unus ex correis. Ergo jus dividere obligationem noluit. Verum *d. l.* 26. valde obstat. *l.* 1. §. 1. *ff. eod.* ubi inter alia haec verba: *quod si duo fidejussores accepti fuerint in viginti, et alter ex duobus haeredibus alterius fidejussoris totum creditori exsolverit; habebit quidem decem, quae ex ipso jure non debuit, condictionem, an autem et alia quinque millia repetere possit, etc.* Statui hic videtur, defunctum decem reliqua millia non debuisse, quia *ipso jore* debitum divisum inter fidejussores. Negatur enim tanta obligatione devinctos esse ipsius haeredes; quibus quantum incumbit id ex magnitudine obligationis defuncti iisdem obtingit. *Respondeo*. Notabilis iste textus est, sed nostrae assensioni non contrarius; sequens enim ipsius sensus est: defunctus in viginti millia obligatus erat, quia obligatio ipso jure inter fidejussores non dividitur *d. l.* 26. Haeredes ergo ipsius pariter tenebantur in viginti; sed quoniam obligatio defuncti inter haeredes dividitur ipso jure pro rata, in decem unus haeredum obligari dici meruit. Hanc genuinam *d. l.* 29. judico mentem, eamque subtilem.

§. XXXIII. *L.* 26. *c. de pactis*, nec non *l.* 6. *c. famil. herciscund. et alibi* ipso jure nomina tam activa quam passiva inter haeredes sunt divisa. Cujus non alius sensus, quam quod licet testator non diviserit nomina inter haeredes, partem scilicet eorumdem, cuique assignando; jus tamen ipsum id facit, sanciendo nempe actiones tam activas quam passivas pro rata haereditatis acquisitas spectare ad haeredes. Memini *sect.* 2. *membr.* hac de re actum fuisse, quia *judicis* dividentis haereditatem potissimum *Jcti ff. et c.* videbantur factum respexisse de *ipso ure* loquendo; quoniam vero multas haereditates extrajudicialiter quoque in portiones incidunt, dividentibus nempe haeredibus ipsis judice non requisito, reiterare rem istam *hac sect.* non inconveniens visum. Hujus ergo divisionis ipso jure evenientis effectus nota sequentes (1.) *Ea quae in nominibus sunt, non recipiunt divisionem, cum ipso jure, in portiones haereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sint*, loquitur *Gordianus l.* 6. *c. famil. herciac.* Quod confirmatur *l.* 3. *ff. famil. herciac.* ubi statuitur, creditoribus non obstare, quo minus quemcumque haeredem pro rata possint convenire, licet judex uni haeredi cuncta debita, sive activa sive passiva, demandaverit; notanter addito, si creditores consentiant in divisio-

nem a judice factam, haerede uno ultra ratam convento (ob complacitum scilicet judicium famil. herciscundae) eumdem hactenus procuratorio nomine conveniri. Idemque si haeredes existant creditores, et uno ex dispositione judicis a debitoribus probata, ultra ratam debitores conveniat. Et sic *tertium* exemplum habuimus, quo probabile illa, *quae fiunt ipso jure, nullius dispositione posse everti*. (2.) Haeres pro rata sua potest convenire debitores mandato cohaeredum non exhibito. Nihil enim juris (scilicet quoad nomina) cohaeredibus competit in ratam alterius. (3.) Reliquis cohaeredibus non solvendo existentibus regressus creditori non competat in alterum. Nam *l.* 26. *ff. de fidejuss.* §. *praeced.* statuente, ideo quia non ipso jure divisa est obligatio inter fidejussores, uno non solvendo existente, reliquos teneri, concludendum; reliquos non ultra ratam teneri, si cohaeredes non solvendo sint, quia obligatio ipso jure hic divisa. (4.) Duo sunt haeredes quibus mille debentur sub usuris. Unus in tantum tempus distulit interpellationem, ut usurae ultra alterum tantum cucurrerint, et post quinquennium elapsum. Alter receptis usuris per quinquennium ab eo tempore interpellationem pariter neglexit, ex *l.* 10. *c. de usuris* praxi moderna *novellae* 121. *cap.* 1. praelata, huic alterius negligentia non obstabit. Nullam enim communionem habet cum ipso, nominibus ipso jure divisis. Consequetur itaque prior quingentos imperiales usurarum nomine, hic vero sexcentos et quinquaginta. At si debitum commune mansisset, unius exactio alteri prodesset, et divisis usuris quinquennii, ac istius temporis, quo alterum tantum accrevit, quilibet nanciscretur nomine usurarum sexcentos et quinquaginta imperiales. (5.) Jure civili in praescriptione 30. annorum non requiritur bona fides, igitur si duo fuerint haeredes, et unus actionem per tantum tempus neglexerit, alter vero conveniendo praescriptionem interpellaverit, alterius negligentiam hujus vigilantia non sublevatura. Diversa enim sunt debita. Et licet unius interpellatione contingat m. fides; eadem tamen non efficit praescriptioni 30. annorum. *l.* 8. *cap. de praescript.* 30. *annorum*.

§ XXXIV. Monui *sectione* priori *hujus membri*, diversa esse, *ipso jure liberationem fieri compensatione*, et *ipso jure compensationem* fieri, aut *ipso jure debita compensari*. Utraque locutio in ff. occurrit. Sed priori semper respicitur oppositio facta inter ipsum jus, et factum ab ejus subdito judiciali, s. *excipiente*. Posteriori pariter id fieri posset, cum et per excaptionem doli oppositam procederet; sed oportet ut statuamus, eadem quandoque respectum factum subditi *extrajudiciale*, quo *mutua conventione* compensatio *debitorum initur*. Nam *l.* 4. *c. de compensat.* statuitur *compensationem a momento orientis ab altera parte debiti oriri. Usuras proinde ex eo tempore pro quantitate compensata cessare*. Hic effectus produci non posset, nisi mutua conventione creditorum et debitorum. Igitur si ista non intervenit, effectus tamen isto jure *d. l.* 4. sanitus, sequitur quod in exploranda causa pronominis, respectus habendus sit ad factum subditi *extrajudiciale*. Caeterum effectus compensationis ipso jure peractae est, ut debitores et creditores inviti teneantur pati, quo utriusque debitum et creditum momento orientis ab altera parte debiti compensatione tollatur. Hoc probatur *l.* 21. *ff. de compensat.* ubi haec verba: *postea quam placuit inter omnes. id quod invicem debetur, ipso jure compensari, si procurator absentis conveniatur; non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur*. Hic dum non obscure facultas contradicendi compensationi ipso jure factae momento orti ab altera parte debiti adimitur revertenti, apparet compensationem *invito* altero fieri. Hujus causam non aliunde derivandam scio, quam ex regula; *ea quae fiunt ipso jure, privatorum facto immutari non possunt*. Praecedentes paragraphi tribus exemplis regulam hanc stabilivere. In hunc paragraphum doctrinae istius residua reservaveram; verum nihil aliud addere sapio, quam jus ubique *necessitate* motum fuisse, *ubi non admisit, ut privatorum facto effectus ipsius juris imminueretur*. Sic jus conjugibus prohibuit pacta de impensis necessariis non deducendis *l.* 5. *ff. de pact. dotal.* addita ratione, quia dos impensis ipso jure minueretur. Necessitas autem cogebat, quo id prohiberetur. Nam tale pactum, cum conjuges invitat, ut excessu vetito amoris se spolient, necessitate eamdem prohibendam fuisse quilibet confitebitur, qui consideraturus, in jure necessariam haberi prohibitionem, quae injusta avertit. Sic §. 23. *h. sect.* tractatum, testatorem non prohibere quo minus via praestetur per fundum defuncti, aut eadem procuretur ab haerede, quia ipso jure id onus incumbat haeredi, ubi fundus alicui legatus. Id vero necessitas suadet. Nam quomodo procederet legatum, si media legato utendi adempta. Tertium exemplum *l.* 6. *c. familiae hercisc.* tractatum §. *praecedenti* explicui. Ideo enim *d. l.* vetuit nomina ipso jure inter haeredes pro portione haereditatis divisa in unum conjicere, quia ipso jure divisa. At enim et hic necessitas subfuit facto ipsius juris acquiescendi. Nam creditoribus denegare actionem in locupletem, si forte ille, qui aeri alieno subjectus fuit universo, non solvendo existat, injustum foret; injustum autem avertendi legislatori *necessarium* semper visum est. Postremo observatio ista confirmatur *h. l.* 21. Nam si liceret creditori compensationem recusare, quod tamen eidem *d. l.* ideo, quia ipso jure compensatio fit, denegatur, illa, exinde sequeretur iniquitas, debitor ut suas exsolvere teneretur, etiam postquam ipsi creditor debere incepit. Iniquitatis autem evitandae causa, *necessarium* quid est. Extra has quatuor leges cum nullae aliae in jure occurrant, quibus perhibetur effectum ipsius juris non posse ab alio facto sive judicis, sive privati immutari, et cum semper in casibus istis subfuerit alia et ex necessitate oriens ratio, ob quam id fieri non poterat, videtur regula ista sic declaranda, ut procedat, ubi insuper alia et ex necessitate ratio coegerit, ne illud, quod ex ipsius juris interventione derivatur, facto aut judicis, aut privati immutaretur. Verum quoniam *dd. ll.* nunquam ratio decisionis ex necessitate superius declarata desumpta fuit, sed simpliciter dictum, id fieri non posse, quia ipso jure hoc vel illud factum, declarationem aliis perpendendam subjicio. Enim vero asserere audeo, dictam regulam, nempe, *illa quae fiunt ipso jure, nec juris ministri facto judiciali, neque facto juris subditi immutari possunt*; limitari (1.) ubi quid in favorem jus ipsum egit illius, qui post cupit ejus beneficio carere. Sic ad compensationem adhibendam nemo po-

test cogi *l.* 21. *ff. de compensat.* (2) ubi illa dicuntur, fieri ipso jure, cujus sola causa extitit subditus juris; nec jus aliud quicquam attulit ad illud quod dicitur ipso jure factum, quam *approbationem*. Hosum exempla explicata fuerunt §. 31. *hujus section.* Si regulam istam hoc modo limitare non liceret, sequeretur, quod nec fidem de pretio habere permisrum esset venditori. Nam eadem ratione quae *d.* §. 31. explicata, dici potest ipso jure emptorem mox teneri ad pretium exsolvendum.

§. XXXV. Ille me tandem *paragraphus* dimittit meditamento, quo *ei quod fit ipso jure*, hactenus fuit studendum. Natales propositum Gallicos agnovit, cum transeunti *anno* 1679. Tholosam spectabilis famae *Jctus* idem ut difficillimum ac unicae interpretum inscitiae vetus monumentum, ostenderet. Caeterum manere conamen ardua, nec nisi jurisprudentia omnium materiarum juris latibula callente, superabilia. Tanta excellentia neminem sapere, cum opinarer, ac perinde futurum. Ego an alius desperatorum ausu frustrarer lacessivi elaborato tractatu disputationem inauguralem, quae mihi *Francofurti ad Oderam* praeside *Samuele Strykio*, jam tum summae per Germaniam celebritatis antecessore, anno 1685. subeunda; spinosaque ac inutili jurisprudentia post haec cessandum duxi *praxi juris naturae, gentium,* et *civilis* adhibitis politiorum linguarum historiis; eique quod *Mevius* et *Brunnemannus* in decisionum, et *consiliorum* voluminibus ergutum condunt ac incomparabile, ac pluribus aliis, demandatum doctorale officium in posterum naviturus. Reiteranda proinde hoc anno editione libro applicabar, multis locis adeo incognito, veluti incomposita ratione quondam abiisset; donec impensa multiplici lectione, menti pristinae restituerer, secundisque curis nitorem operi conciliarem. Tu quoque, qui industria hac uti quaevis terrarum parte dignaberis, non alia tibi polliceris cogitata, quam quibus sententia *Cujacii*, Soerini *Hoppeni* Turamini, *Anton. Fabri*, Bahovii, *Hortensii Hilligeri* ambigua; nec meum assertum explorandi alium existere modum, quam *unius* materiae lectio *innumerabilis* ac indefessa, *cunctorumque* verborum sensui addictum uno eodemque tempore judicium. Cum enim *unius* doctrinae gratia *decem* consideranda, officitur sane concludendae veritati dijudicatione non nisi *novem* intuenti. Grandi profecto differentia distinguuntur *Hilligeri* ratiocinia, et *Carpzovii* definitiones; illis longum atque adversus continui scrutinii languorem, pertinacem semper animum poscentibus; his e contra, veluti *historica*, unica lectione penetrandis.

S. G. B.

DISPUTATIO DECIMA TERTIA

DE PHYSIOGNOMIA.

AD DIEM XVI. JUNII, ANNO MDCLXXXV.

PRO LICENTIA

CHRISTOPH. FRIDERICUS SCHMALKALDER, STUTGARD. WURTEMB.

Q. D. B. V.

CAPUT I.

De physiognomia in genere.

SUMMARIA

Physiognomiae etymologia. n. 1.
Ejus homonymia. n. 2.
Ejus descriptio in strictiori sensu. n. 3.
In latiori sensu. n. 4.
Ejus legalitas. n. 5. *seq.*
Et praecipue. n. 9.
Ejus necessitas et finis in jure. n. 16.
Cur non admittatur procurator in criminalibus? n. 17.
Cur testes in propria persona jurare debeant? n. 18.
Physiognomia utilis ad praesumptionem de aliquo capiendam. n. 19.
In jure non valet dictum, fronti nulla fides. n. 21.
Physiognomiae ulterior utilitas in jure. n. 22.
Conjecturae ex physiognomia non sunt necessariae sed probabiles. n. 25.
Natura ratione emendari potest. n. 26.
Perversum judicium Samuelis de Eliabo. n. 27.
Et Zopyri de Socrate. n. 28.
Vulgus sensu magis quam ratione vivit. n. 29.
Principium generale physiognomiae. n. 31.
Judicia physiognom. solitaria non multum probant. ib.
Modus licite proferendi conjecturas. n. 32.
Objectum physiognomiae. n. 33.
De chiromantia. n. 34.
Rationes eam improbantium. n. 35.
Approbantium. n. 36.
Quando licita? n. 37.
Chiromantia plus difficultatis quam utilitatis habet. n. 39.

De metoposcopia. n. 40.
An ex physiognomia aetas conjici possit? n. 41.
In Saxonia barba majorennitatis signum. n. 43.
Ex solo aspectu nihil certi de aetate haberi potest. n. 44.
Pro barbato se majorennem asserente in dubio praesumitur. n. 45.
Monstra ex physiognomia dijudicanda. n. 47.
Ex physiognomia quandoque dignosci solet patria. n. 49.
In jure praesumitur a patriae genio ad mores. n. 50.
Judex ad regionis naturam jura accomodare debet. n. 52.
In dubio adulterium magis praesumitur de Italo quam de Germano. n. 54.
Ex physiognomia constare potest, quamdiu aliquis mortuus sit. n. 55.
Qui consultus ex arte physiognomica alterum furem appellat, non teneretur injuriarum. n. 56.
Modo ipse, de quo id asseritur, consuluerit. n. 57.

1 §. 1. Physiognomiae nomen pluribus non discutimus, cum etymologia ejus notissima sit; descendit enim a 2 φυσις natura vel ingenium, et γινωσκω, cognosco, censeo, judico. De homonymia tantum brevibus disseremus; capitur illa vox dupliciter, vel strictius vel la- 3 tius; strictius quatenus a philosophis communiter definitur, quod sit scientia qua naturae hominum ex aspectu corporis ac praesertim vultus cognoscuntur. Henric. Stephan. *in thesaur. graec. orig.* sub voc. φυσιογνωμων Paul. Zach. *quaest. medico-legal. l.* 4. 4 *tit.* 1. *qu.* 5. *n.* 46. *seqq.* Latius qualiter frequenter a Jctis et maxime in hac disputatione nostra accipitur. et notat vel peritiam ex externis interna cognoscendi, vel externum corporis habitum et dispositionem, ex qua certus juris effectus profluat, et hoc sensu dd. passim et Bald. *in comment. ad l.* 2. *c. quor. appellat. non recipitur* ajunt. Malam physiognomiam (h. e. malum vultus habitum) malam arguere naturam.

5 §. 2. De legalitate physiognomiae operae pretium foret verba facere. Certum enim est, de ea dubitari quam maxime, quia non solum in sacris literis, sed etiam in jure civili, imo communi approbatorum scriptorum consensu omnis divinationis species vitiosa et scelesta, imo poena mortis digna habetur, sic extat 6 text. *Levit.* 20. *vers.* 27. vir aut mulier in quibus Pytho fuerit aut spiritus divinandi, morte morietur. *in l. nemo* 5. *c. de malefic. et mathem.* Capitale supplicium dictatur illis, qui divinationum curiositate 7 tanguntur. Et haeresin sapere, ac omnino poena digna esse dicitur a Prosper. Farinac. *de delict. et poen. l.* 1. *tit.* 3. *quaest.* 20. *n.* 111. et Paul. Grillaud. *de poen. omnifar. coit. illicit. qu.* 3. *n.* 13. *seq. et qu.* 11. *n.* 16. *et* 22.

8 §. 3. Verum res, si eam penitius intuemur, salva est: dicti enim textus loquuntur de divinatione in specie tali, h. e. praedictione futurorum, et quidem isto modo facta, ac si necessario secutura essent, sed hanc non modo absonum, et hominibus impossibilem esse, sed etiam contra divinae majestatis reservata tendere, nemo est qui inficias eat, cum solius Dei sit, 9 futura certo praedicere. vid. *Esai.* 41. *vers.* 23. Si vero physiognomiam ita accipimus prout vere accipi debet, scil. pro conjectura inclinationis hominis vel ad bonum vel ad malum, seu pro tali, quae non necessitatem homini imponit, sed inclinationem ex sanguine et spiritu ostendit, quae fraeno rationis retineri potest, juxta Aristot. *de anim. l.* 1. *tract.* 2. 10 *cap.* 2. apparebit, et jus divinum atque civile, et consensum omnium physiognomiam commendare, sic enim dicitur *Esai.* 3. *v.* 9. agnitio vultus eorum respondet iis, h. e. juxta Lyranum et Osiandrum, vultus exterior secreta cordis patefacit; apud *Eccles. c.* 13. *v.* 31. Cor hominis ut plurimum immutat faciem ejus sive in bonum sive in malum: *et* 2. *Maccab.* 3. *v.* 16. Ex pallore faciei constabat de angore ejus. *Eccles.* 19. *v.* 27. Ex visu, cognoscitur sensatus, et *Daniel.* 3. *v.* 11 19. tunc repletus Nabuchodonosor furore, et aspectus faciei illius mutatus est. Inter textus juris civilis insignior est *l. observandum* 10. *ff. de offic. praes.* ubi judices monentur, ne animi motus vultu detegi sinant, et *l.* 3. *ff. de testib.* ibid. visi sunt dicere.

§. 4. Auctoritatem dd. qui desiderat, amplissimum 12 sibi campum aperiri posse sentiet, nam juxta Galen. *l.* 1. *et* 2. *de usu partium et l.* 2. *de temperament. c.* 6. natura membra componit, prout moribus animae convenit, add. Crus. *de indic. p.* 1. *c.* 22. *n.* 1. Ex 13 aspectu faciei cognoscitur intimum cordis, an quis sit moestus vel laetus, quia facies et vultus est quasi tacitus sermo cordis. vid. Joseph. Mascard. *de probat. conclus.* 529. Domin. Cardinal. Tusch. *pract. concl.* 379. *n.* 6 Fronsque hominis tristitiae, hilaritatis, 14 clementiae, severitatis index est, Plin. *l.* 11. *c.* 37. Lucas de Penn. *in l.* 1. *col.* 2. *vers. quaeritur secundo c. de erogat. militar. annon.* Mascard. *conclus.* 530. *n.* 1. *seqq.* Sic Pythagoras ex faciei inspe- 15 ctione discipulos admisit aut reprobavit. Aul. Gell. *in l.* 1. *noct. Atticar. c.* 9. Et logici ajunt, se per signa corporis nota syllogizare dispositiones animae ignotas Aristot. 2. *prior. logic.* apprime etiam Propertius:

Ex operum specie clarescunt intima cordis.

In terminis insuper physiognomiam approbant Crus. *de indic. p.* 1. *c.* 22. *n.* 21. *seq.* Alber. Gentil. *in explicat. l.* 2. *c. de malefic. et mathemat.*

§. 5. Si necessitatem et finem respicimus, certum 16 est multa judici incumbere; quae sine illa physiognomia conjecturandi peritia commode exequi nequit. Multum enim momenti habet inspectio vultus ejus, qui interrogatur, et efficax ex vultu et colore conjectura mentis sumi potest; adeo ut Jctus dixerit, in exeutienda veritate vocem ipsam et cognitoris subtilem diligentiam plurimum adferre, *in l. de minore* 10. §. 5. *ff. de quaestion. l.* 3. §. 3. *ff. de testibus.* vid. Hunn. ad Treutl. *vol.* 1. *disput.* 8. *th.* 2. *quaest.* 7. *vers. non obstat. rursus.* Inde non admittitur pro- 17 curator pro absentibus in criminalibus, quia ex voce ejus et vultu, habitudine, constantia vel inconstantia veritas erui potest. arg. *l.* 13. §. 1. *ff. de public. judic.* Zoes. *ad ff. tit. de procurator. n.* 3. nec per- 18 mittitur testi per alium jurare, quia ex ejus vultu perjurium aut pejerandi proclivem voluntatem animadvertere, ac juramtem dehortari potest judex vid. *l.* 3. §. 3. *l.* 21. §. *ult. ff. de testib.* Anton. Faber. *in cod. l.* 4. *def.* 31. *n.* 5. Apprime enim utilis est physogno- 19 mia ad praesumptionem de aliquo capiendam, Bald. *in l.* 2. *col.* 2. *c. quorum apell. non recipit.* Thom. Aet. *de ludo schachorum quaest.* 5. *pr. n.* 67. Ca-

valcan. *de brach. regio p.* 3. *an.* 81. Cambar. *de casth. reservat. p.* 186. *n.* 14. Inde etiam Cicero *in* 3. *Catilin.* prudenter inquit: *ac mihi quidem cum illa certissima visa sunt argumenta atque indicia sceleris, tabellae, signa manus, denique uniuscujusque confessio, tum multo certiora illa, color, oculi, vultus, taciturnitas, sic enim constupuerant, sic terram intuebantur, sic furtim inter se nonnunquam conspiciebant, ut non ab aliis judicari, sed ipsi a se viderentur.* Nam exteriora judicant interiora, et animi index vultus est, Valentin. Voltz. *in comment. ad tit. ff. ad l. corn. de sicar. cap.* 4. *n.* 2. Benedict. Carpz. *in jurisprud. forens. p.* 1. *c.* 12. *def.* 39 *n.* 8. Et constientia eminet in vultu Senec. *de benefic. l.* 2. *c.* 25. Nec in jure verificatur dictum illud: fronti nulla fides, Barbos. *de offic. et potest. episc. part.* 2. *allegat.* 42. *n.* 7. *seq.* Cum vultus mutatio oculorumque conjectus multum in actu valeat. Alvaretz. *rubr.* 2. *n.* vid. etiam du. Brunnem. *in commentar. ad l.* 10. §. 5. *ff de quaestion. n.* 2. Hyppolit. de Marsil. *in pract. criminal.* §. *diligenter. n* 294. *seqq.* Alciat. *respons.* 453. *n.* 1. David. Mevius *consil.* 83. *n.* 72.

§. 6. Utilitas ejus quoad judicem porro inde demonstrari potest, quod sicut in poenis, sic etiam in indiciis certa doctrina tradi nequeat, sed arbitrio judicis commissa pleraque sint *arg. l.* 13. *ff. de poen. l.* 1. *ff. de effractor. et expilat.* Paris de Puteo *de syndicatu sub. voc. tortus c.* 3. *n.* 27. Insuper eam in vanitatis suspicionem incidere non debere, exemplo *Paridis de Puteo* doceri potest *qui d. l. n.* 26. ait. *Bis feci judicium per physiognomiam, quia cum quidam fuisset inculpatus de venenatione et esset carceratus, et veniret coram me ad respondendum super inquisitione; eo viso judicavi per praesentiam, quod esset innocens, et ita fuit postea repertum, famulus enim ipsius fecerat. Itidem plures de furto inculpatos judicavi, quod unus illorum qui erat pessimae physiognomiae furtum commiserit et non caeteri, et ita repertum fuit per inquisitionem.* Plura exempla felicis per physiognomiam judicii vid. apud Torreblanc. *in practicab. jur. spirit. l.* 7. *c.* 7. *n.* 14. Barbos. *d. alleg.* 42. *n.* 3. Jul. Sereu. *l.* 5. *de fato c.* 39. Mascard. *conclus.* 832. *n.* 29. Neuhus. *in theatr. ingen. human. c.* 3.

§. 7. Hoc tamen adhuc semel monendi sumus, conjecturam ejusmodi ex physiognomia desumptam respectu morum actualium (secus respectu aptitudinis naturalis ad mores et actus non necessariam, sed probabilem saltem esse, Camerar. *hor. subcis. cent.* 3. *c.* 2. Adeoque nos non hujus generis judiciis abuti debere, nam utut sit ars physica, quae ex viribus et natura rerum, ex serie, ordine, et causa aliquid praefatur atque declarat, juxta Tholosan. *syntagm. jur. univers. l.* 34. *c.* 3. *n.* 5. fieri tamen facile potest, ut inclinationes istae industria, accurata educatione et disciplina corrigantur, atque in melius mutentur. Camer. *d. l. cent.* 2. *c.* 3. Torreblanc. *d. l.* 7. *c.* 7. *n.* 15. et Barbos. *d. alleg.* 42. *n.* 9. Sic frustratum suo judicio esse legimus Samuelem, qui in aedes Jesse a Deo missus, ut aliquem ex filiis ejus regem ungeret, heroica Eliabi primogeniti statura captus, huic magis quam Davidi characterem regium convenire praepropere censuit, 1. *Samuel.* 16. *v.* 6. Itidem in Socrate alium invenit quam ex vultus habitu judicavit Zopyrus, luxuriosum enim et stupidum existimavit, quamquam ipse Socrates confessus fuerit, se talem vere extitutorum fuisse, nisi naturae indecentes mores philosophiae studio compescuisset, Cicero *in lib. de fato.* Mascard. *de probat. conclus.* 82. *n.* 30.

Quia tamen vulgus, adeoque potissima pars hominum, sensu magis et interno affectuum impulsu, quam ratione vivit, Gratarol. *de morum praedict. c.* 1. *tot.* et Speidel. *in specul. variar. observat. sub voce physiognomia,* hinc apud plures etiam ab aptitudine illa naturali ex physiognomia elucenti ad mores actuales argumentari licebit.

§. 8. Modos quod attinet et formam conjecturandi ex physiognomia, innumeros istos recensere supersedemus, cum juridice tractari nequeant, adeoque non sint hujus loci, ad auctores tractatuum hac de re provocantes; ex quibus in epitome praecipua principia exhibet Jacob. Andr. Crus. *de indic. p.* 1. *c.* 22. *n.* 1. *seqq.* ibidem *n.* 19. *seqq.* alios plures laudans scriptores. Hinc principium omnium optimum non omittimus, quod, qui suapte natura vultum alicujus affectus indicem retinet, sit in eumdem affectum propensus natura. vid. Scipio Claramontius *de conjectur. cujusque morib. et latitant. anim. affect. lib.* 6. *c.* 15. Zach. *quaestion. medico legalib. l.* 4. *tit.* 1. *qu.* 5. *n.* 46. *seqq.* Alia indicia autem si solitaria sint non multum fidei merentur, sed si multa concurrant unius propensionis signa, eo convenientius vera reputabuntur Aristot. *l.* 2. *de physiognom.* et Crus. *d. l. n.* 1. Modus etiam profe-rendi conjecturas illas talis esse debet, ne inducantur audientes ad superstitiosam credulitatem, et fortean fatalitatem subesse opinentur; male igitur loquetur ex physiognomia alterius judicans, violenta morte peribis, sed melius dicet, signa vultus tui hoc tibi accidere posse, ostendere videntur; juxta Toilum Malvet. Bononiens. *de sortib. cap.* 1. *n.* 32.

§. 9. Objectum physiognomiae licet integrum corpus sit, nos tamen ne in immensum divagemur, hic constituemus principaliora in homine signa, quae apparent circa oculos, frontem, caput et faciem juxta Aristot. *l. physiognom. c.* 10. et quidem uti in *th.* 1. dictum, ita, ut inde certus juris effectus resultet. Qui effectus in subsequentibus specialim sese prodet.

§. 10. Cum autem physiognomia affinem sibi et appendicem habeat chiromantiam juxta Crus. *d. c.* 22. *n.* 2. Quaeremus quid de illa sentiendum? Et certum est, eam apud plurimos auctores male audire; in specie eam improbat Crus. *d. l. n.* 21. ubi dicit. artem vanissimam esse; et verulam. *Lib.* 4. *de augment. scientiar.* ne dignam quidem judicavit, quae nominetur. Rationes etiam a chiromantis pro arte sua allegari solitas, scilicet Deum et naturam non frustra fecisse lineamenta manuum, et juxta Goclen. *in special. chiromant. c.* 1. *p.* 72. *in cap.* 37. Jobi eam fundatam esse, explodit Crus. *d. l.* non solum, sed cum eo etiam Balduin. *in casib. conscient. p.* 597. et Tornov. *in exerc. biblic. p.* 113. ex eo, quod illa sit nimis generalis adeoque nihil stringat, hic vero Jobi locus de nulla re minus quam de chiromantia secundum Hebraeum textum agat. Infamem illam artem appellat Pexenfelder. *in apparat. erudit. cap.* 67. *p.* 436. Pariter contendunt lineamenta manuum provenire ex flexu digitorum, et eapropter significationis esse expertia. Sed hic se opponunt alii, regerentes; unde linene contra complicationem? unde cruces in manu et trianguli? stellulae? unde diversitates linearum in diversis ma-

nibus, cum uno eodemque modo omnes manus complicemus

37 §. 11. Decisionem litigiis istis efferre videtur Paul. Grilland. *d. qu.* 3. *n.* 14. *et qu.* 11. *n.* 16. *et* 22. alii dicit peccaminosam atque prohibitam esse chiromantiam, quatenus inde formentur conjecturae in futurum necessitative, secus si inclinative vid. Toil. Malvet. Bononiens. *de sortib. cap.* 1. *n.* 32. Lec. *in summar.*

38 *confess. tit. de sortileg. q.* 2. 3. *et* 5. h. e. tunc nefariam esse illam artem, si quis futura praedicat ita, ac si necessario eventura essent, hoc enim haeresig sapere praeciati dd. communi ore loquuntur? Licitam vero esse, si saltem praedicatur, hominem posthac in hunc vel istum actum inclinaturum, aut fieri posse ut hoc

39 vel illud accidat. Quicquid autem sit, dum satis constat, lineamenta illa quamvis harmonica, probabilem saltem praesumptionem et quidem non de re ipsa, sed saltem de inclinatione hominis ad rem producere posse, certum inde est, hanc artem plus difficultatis quam utilitatis habere, adeoque non immerito vanioribus annu-

40 merari. Idem de metoposcopia, hoc est peritia dijudicandi naturam et mores ex lineamentis in fronte conspicuis, dicendum est. Quamvis convenientia linearum manus et vultus probabiliorem inclinationis inducat praesumptionem.

41 §. 12. Dum adhuc in generalibus versamur, licebit discutere quaestionem, num de alicujus aetate ex aspectu et physiognomia constare possit? Et sunt eximii nominis Jcti, qui serio contendunt: pubertatem olim non ex inhonesta inspectione membrorum pudendorum, sed ex habitudine partium non tegendarum, e. g. faciei, constitutioneque externa fuisse aestimatam, ut si circa os lanugo barbae eminere inceperit, uti Matth. Wesenb. *ad pr. inst. quib. mod. tut. fin.* Jac. Raevard. *l.* 4. *Var.* 10. et Treutl. *in disp. de postul. qu.* 2. *ab*

42 *init.* Sed firmissimis rationibus nisus Hunnius ad Treutl. *d. l.* contrarium masculo defendit. Et licet in

43 Saxonia in dubio barbae indicium majorennitatis dica-

44 tur. *Saechsisch Land-Recht l.* 1. *art.* 42. Regulariter tamen verum est, ex solo aspectu nihil certi haberi

45 posse. Berlich. *vol.* 3. *consil.* 166. *n.* 6. nisi quod pro eo, qui majorennis ex aspectu apparet, praesumptio sit, ejusque assertione credatur, onusque contrarium probandi in contradictorem transferatur. Bald. *l.* 2. *cons.* 419. Alciat. *de praesumpt. reg.* 2. *praes.* 14. *n.* 3. Grammat. *in decis.* 48 *n.* 16. *et in consil.* 4. *n.* 9. Sfortia Oddo *in tract. de in integr. restit. qu.* 37. *n.*

46 12. et versatur hic judicis arbitrium, Menoch. *de arbit. jud. qu. cas.* 117. *et de praesumpt. l.* 1. *qu.* 50. *n.* 38. *seq.*

§. 13. Monstra ex physiognomia dijudicanda esse

47 extra dubium positum est, in illis enim semper facies respicienda est, an haec hominem prae se ferat, quo apparente, semper hominibus annumerandus erit partus, licet caetera membra brutum referant; forma enim hominis ex facie maxime apparet, et caput hominis principale membrum exercendae rationi proportionatum. Dn. Becman. *doctr. moral. cap.* 11. *th.* 1. vid. etiam Bald. *in l. non sunt liberi. ff. de statu hom.* Petr.

48 Cabull. *in resolut. crimin. cas.* 139. *n.* 10. Et inde est quod partum ejusmodi in facie homini et in corpore reliquo bruto similem occidens teneatur ordinaria poena homicidii. Petr. Gabell. *d. l. n.* 7. Et licet hoc neget Grot. *introd. ad jurispr. Holland. l.* 1. *p.* 3. dicens,

statim a partu occidendos esse; verior tamen est illa sententia; excepto casu, si ex bruto monstrum ejusmodi conceptum sit, tunc enim omnino occidendum, ne nefandi sceleris extet memoria. Confer. dn. Praeses *in usu modern. pandect. dissert.* 3. *ad tit.* 5. *ff.* §. 18. alias approbanda illorum opinio, qui putant monstrosos ejusmodi partus non quidem interimendos, sed tamen ex conspectu hominum removendos esse, cum natura pudibunda ipsa veluti videatur illos detestari, ita ut raro siuat esse vivaces dn. Becman. *d. l.*

§. 14. Ex facie etiam atque physiognomia dignosci 49
potest patria, singulis enim nationibus certi sunt characteres. Edo Neuhus. *theatr. ingen. humani. l.* 1. *c.* 13. *passim et c.* 16. *p.* 292. Ibi: *non adeo qui quam mirabitur ad natalis soli et coeli naturam mores animosque hominum conformari, qui terrae matris in fingendo corporum habitu vim atque industriam perpenderit.* In jure autem nostro praesumptio procedit a 50
patriae genio ad mores et probitatem; unde Plato *in dialog.* 5. *de legib.* nec illud nos fugiat, magnam esse locorum ad ferendum meliores pejoresque homines differentiam. v. Ruyan. *in tr. de haeretic. n.* 206. Mev. *l.* 1. *praesumpt. q.* 15. *n.* 9. Inde boni essentur esse, qui natione sunt non infamata, mali e contrario, qui ea natione sunt; quae magis infamis est *l.* 31. §. 21. *ff. de aedilit. edict.* et ex patria illaudata vir illaudatus est, Crus. *de indic. p.* 1. *c.* 23. *n.* 2. *et p.* 3. *c.* 2. *n.* 108. Tiraqu. *de legib. connubial. gloss.* 1. *p.* 7. *l.* 7. nam secundum Horat. *l.* 4. *od.* 4. 51

Fortes creantur fortibus et bonis
Est in juvencis, est in equis patrum virtus,
Nec imbellem feroces progenerant aquilae columbam.

Et una gens altera est callidior, illa fortior, rapinis, haec veneri, veneficiis, sortilegiis magis magisque est dedita, et pro conditione nationum indicia quoque contra singulos homines formanda esse, nemo non videt Menoch. *in prooem. de arbitr. jud. qu.* Petr. Peck. *de reg. jur. canon. reg.* 8. *n.* 5. Sic invidia judaeos, per- 52
fidia Persas, fallacia Graecos, rapacitate Normandos omnes reliquas nationes superare testatur Munst. *l.* 2. *cosmograph. p.* 128. Et cum judex semper ad populi 53
regionisque naturam jura accommodare debeat. Bodin. *l.* 5. *de rep. c.* 1. Petr. Suav. *in histor. concil. trident. l.* 6. *p.* 549. Certum est, quod, si diversae na- 54
tionis homines ejusdem delicti inculpentur, mores nationum inspicere, et cujusnam natali genio delictum convenientius, ponderare debeat; et hinc quando Italus et Germanus adulterii rei constituuntur, potius contra Italum praesumere, eumdemque prius torturae subjicere debebit, si modo justa concurrant indicia, cum Itali plerumque sint venerei Crus. *d. c.* 23. *num.* 7. Germani autem castiores Crus. *d. l. n.* 8. Barclajus *icon. animor. cap.* 5.

§. 15. Ex physiognomia seu facie cognosci etiam pot- 55
est, an quis diu abhinc mortuus sit, nam post tertium diem a morte amitti agnitionem faciei auctor est Camerar. *in oper. hor. subcisiv. cent.* 1. *c.* 10. *circ. fin.* quamvis hoc perpetuum non sit. Id ultimo loco monen- 56
dum erit, eum non teneri injuriarum, qui ex artis physiognomicae praescripto alterum furem appellavit, arg. *l.* 15. §. 13. *ff. de injur.* modo non propria sponte; aut ad extranei cujusdam petitum peritiae suae regulas applicuit *d. l.* 15. *verb. consultus* sic enim ab injuriarum judicio se non liberabit, cum semper ex

dictis contumeliosis animus injuriandi praesumatur, donec probetur contrarium *l.* 5. *c. de injur.* Dn. Srauch. *dissertat.* 19. *th.* 13. Secus ergo si ipso illo, cujus vultum contemplatur, petente ita artem suam exercuerit, sic enim hic artifici videtur jus tribuisse de se, quicquid verisimile videatur, proferendi, quale jus in alium nemo sibi ipsi, nec quisquam extraneus tribuere potest vid. illust. dn. Rhetius *in dissert. de virginib. cap.* 8. §. 4.

CAPUT II.

De effectu physiognomiae bonae.

SUMMARIA.

Insignes effectus habet physiognomia bona. n. 1.
Bona corporis figura bonae mentis argumentum. n. 4.
Rubor verecundus bonae physiognomiae annumeratur. n. 6.
Rubor testatur pudorem. n. 7.
Pudoris effectus. n. 8.
Ruboris effectus in jure non commodi. n. 9.
Qui ad crimen objectum erubescit: torqueri potest, si alia indicia concurrant. n. 11.
Qui inspectis literis actricis erubescit, praesumitur matrimonium promisisse. n. 12.
Limitatio horum in fin.
Pulchra matrimonio jungenda. n. 13.
Pulchritudo in jure libidinis indicium. n. 14.
Rationes. n. 16.
Judicium de hac praesumptione. n. 17.
Male praesumitur a forma mulierum ad libidinem masculorum. n. 19.
Praesumptio enim illa sapit zelotypiam italicam. n. 22.
An formosae mulieres superbae? n. 24.
Filius matrem viduam, pulchram et juvenem dotare debet. n. 29.
In dubio innocentior habetur ille, qui melioris est physiognomiae. n. 32.
Mulier dives et nobilis sed deformis, viro ignobili et pauperi sed formoso nubens, censetur digno nupsisse et viceversa. n. 33.
An formae cura viros deceat? n. 35.
An mulieribus liceat uti fuco? n. 38.
Levius pecoat concumbens cum formosa, quam cum deformi. n. 43.
Rationes. n. 44.
Explicatio l. 17. *c. de poen. n.* 45.
Quomodo probetur pulchritudo? n. 48.
Remedium pro illo qui deamat formosam. n. 49.
Quae judicis physiognomia esse debeat? n. 50.

1 §. 1. Insignes tam in vita communi quam in jure offendimus effectus physiognomiae bonae. Quod enim pulchrum est, ab omnibus amatur et desideratur, Augustin. *de amicit.* et Plato *l.* 3. *de rep.* unde etiam pulchritudo donum Dei nuncupatur ab Augustin. *de civit. Dei l.* 15. *c.* 22. Et veteres poetae heroibus suis,
2 quos omnibus commendatissimos voluerunt, decentissimas corporis figuras affingere solebant. Crus. *de indic. p.* 1. *c.* 22. *n.* 2. nam juxta Ennium:

Gratior est pulchro veniens de corpore virtus:

3 Imo ipsis barbaris in corporum majestate veneratio est, magnorumque operum non alios capaces putant, quam quos eximia specie donare natura dignata est. Curt. *de reb. gest. Alexand. l.* 6. *c.* 5. *n.* 29. Cum
4 bona corporis figura bonae mentis argumentum sit, Ambros. *de virgin. l.* 2. et Hieronym. a Laurentiis Aven. *in decis. rot.* 87. *n.* 6. Luc. de Penn. *in l.* 1. *vers. secundo quaeritur. c. qui aetat. vel prof. se excus. poss.* Matth. de Faso *de modo studendi c.* 3. Men. *de arb. jud. quaest. cas.* 226. *n.* 5. Cevall. *commun. contra commun. quaest.* 248. *n.* 13. Et in pulchro corpore pulchra resideat anima. Alexand. *consil.* 209. *n.* 10. *vers. dictus v. juvenis l.* 6. Barbos. *de offic. et potest. episc. p.* 2. *alleg.* 42. *n.* 5. vid. Theodor. Zwinger. *theatrum human. vitae. vol.* 2. *l.* 2. *sub voce formae praestantia.* Sanitati etiam accidere di- 5
citur pulchritudo ac boni habitus integritas.

§. 2. Rubor praecipue ex verecundia vultui suffusus 6
annumeratur bonae physiognomiae; sic enim Seneca *in epistol.* 11. ubi se collegit, verecundiam bonum in adolescente signum vix potuit excutere. Ruborem enim 7
istum de pudore hominis testari in aprico est, *l.* 3. §. *ult. ibi*: *non sine rubore ff. de usur. l.* 38. §. 2. *ibi*: *qua fronte hoc potest desiderari ff. de administr. et peric. tutor.* Tiraquell. *in ll. connubial. l.* 9. *n.* 154. Inde etiam *Jerem. c.* 3. *v.* 3. inquit, frons mulieris meretricis facta est tibi, noluisti erubescere. Pudori autem transcribunt, quod homines turpia me- 8
tuant, et honesta quamvis ardua audacter aggrediantur Camill. Borell. *in summa decis. vol.* 2. *tit.* 39. *n.* 130. *seqq.* Et pudor est comes atque custodia pudicitiae, Accurs. *in l. ita nobis in pr. c. ad l. jul. de adulter.* hincque mulier quae in corpus suum peccat, dicitur pudori suo non parcere *l. palam.* 43. *ff. de rit. nupt.* vid. Tiraquell. *d. l. n.* 155.

§. 3. In jure autem nostro non semper commodum 9
effectum producit, licet enim pro ingenuae quidem et bonae indolis indicio per se capiatur, si tamen aliae circumstantiae concurrant, et v. g. aliquis ad crimen objectum erubescat, plerumque intelligitur mali conscientia ignominiam et justam reprehensionem metuere, juxta Camilli. Borell. *d. n.* 130. *seqq.* Unde etiam 10
tritum illud: *erubescit salva res est*, et poetae versus:

O quam difficile est crimen non prodere vultu! 11

Et Jac. Menoch. *de praesumpt. l.* 1. *quaest.* 89. *n.* 72. cum multis aliis tradit, concurrentibus aliis indiciis inquisitum torturae subjici posse, si constiterit ipsum, cum ad eam ventum est, erubuisse. In terminis autem 12
Udalricus Zasius *in l.* 1. *cone.* 9. *tom.* 6. *n.* 21. statuit: juvenem ad consummandum matrimonium conventum condemnari posse, si inspectis literis actricis (in quibus scil. de promissione nuptiarum facta agitur), erubuit. Advertendum tamen in dictis hisce casibus ad hoc, an non quis facile soleat erubescere, nam ita Senec. *d. epist.* 11. *circ. med.* natura vim suam exercet, et vitii sui etiam robustissimos admonet. Inter haec et ruborem esse scio, qui gravissimis quoque viris subditus effunditur, etc. non accidit hoc ab infirmitate mentis, sed a novitate rei.

13 §. 5. Praeterea pulchritudo, uti dictum, ab omnibus et amatur et laudatur, praecipue in foeminis, inde Petr. Faber. *in inst. rubr. de nupt.* reputat, periculosum esse aliam quam formosam ducere, quod liberi ut plurimum matrizent, de quo etiam vid. Boer. *decis. aur.* 241. *n.* 7. *seqq.* Fulv. Pacianus *consil.* 123.
14 *n.* 28. Sed in jure nostro insignem praesumptionem libidinis parit. Masc. *de probat. vol.* 1. *concl.* 61. *n.* 2. ita ut qui vel deprehensus in domo, vel inde exire visus est, in qua pulchra est foemina, praesumatur vel adulterium vel stuprum commisisse. Bartol. *in l.* 2. *in pr. ff. de furt. et in l.* 2. §. *fin. ff. ad l. jul. de adulter.* Paris de Puteo *tract. de syndicat. sub voce tortus cap* 3. *n.* 26. Gilhausen *in arbor. jud. criminal. c.* 6. *p.* 1. §. 10. *n.* 2. Camillus Borell. *in controvers.* 48. *n.* 59. *et* 63. Dd. *in cap. tertio loco X. de probat.* Campeg. *de testib. reg.* 385. *vers. sexto probatur.* Socin. Jun. *consil.* 32. *n.* 16. Mascard. *d.*
15 *l. n.* 3. ubi dicit: formosa vix potest caste et incorrupte vitam degere; pulchritudo enim cum pudicitia bellum inter se exitiale et internecinum gerunt, adeo ut lis inter utramque perpetua sit, uti et Ovid. *in Parid. et l.* 3. *amor. eleg.* 4. canit:

Lis est cum formae magna pudicitiae.
Quid tibi formosa, si non nisi casta placebat.
Non possunt ullis ista coire modis.

16 §. 6. Rationes cur formae cum pudicitia non conveniat, reddit apud Henric. Kornmann. *in tract. de virginitat. jur. c.* 99. Antonius Schöffer. (1.) Formosiores esse praeditas corporibus musculosis, calidis spiritibus et sanguine refertis, quae omnia venerem provocant. (2.) Sexum imbecilliorem esse, quam ut stimulos illos edomare valeat. (3.) Juxta Propertium formosam raro non sibi quemque cupere. (4.) Sui ipsarum admiratione penitus obcoecatas nemini non se praeferre, adeoque nullas aures aliorum admonitionibus praebere. (5.) Matercules ab omnibus laboribus et curis domesticis filias formosiores arcere, ne maciem contrahant, aut faciei pravitatem sibi affricent, ubi nihil agendo male agere discunt, et (6.) Temporis fallendi ergo literis plerumque dare operam, ubi facile
17 in lascivos incidunt libros. Sed Kornmannus ipse *dict. loc.* alias nimis uxorius, et totus de eo solicitus, ut extollat sexum muliebrem, juste haec omnia vaniora reputat et leviora, quam ut inde generalis suspicio atque praesumptio contra formosas desumi possit, utpote quae communi omnium opinioni contrariatur, cum unusquisque pulchram mentem in pulchro corpore veneretur, nam bene sperandum est de hominibus Grot. *de jur. bell. et pacis l.* 2. *c.* 4. *th.* 8. Et talis quisque praesumendus, qualis esse debet. *arg. l.* 5. §. 1.
18 *ff. de probat.* Inde recte dissentiunt Panormitan. *in cap. tertio loco col. pen. de probat. et in c.* 3. *col.* 2. *n.* 4. *de praesumpt.* Francisc. Aret. *in c. praeterea lin.* 2. *de testib.* Decius *in d. cap. tertio loco num.* 39. *de probat.*

19 §. 6. Nec majoris momenti est illorum opinio, qui putant, praesumptionem istam non militare contra ipsas formosas mulieres, sed restringendam esse con-
20 tra masculos mulieres istas adeuntes; nam posito, sed non concesso; unumquemque conspecta speciosa foemina in desiderium cum ipsa cohabitandi rapi; exinde tamen nondum sequetur, quemvis pudicitiam formosae ita adamatae attentare, aut mulierem statim ad cujusvis preces facilem esse; quapropter hoc video, 21
quomodo ex solo aditu copula carnalis praesumi possit. Et hoc subordoratus esse videtur Mascard. *d. concl.* 61. *n.* 5. ubi dicit: non consummati sed attentati 22
saltem stupri indicium inde oriri, sed et hoc zelotypiam italicam sapit, et forte ad solos Italos, aut tamen ad paucas alias nationes similiter in res venereas proniores pertinebit, sicut etiam sententia illa originem debet Italis dd. qui hoc ipso turpitudinem suae nationis mirum quantum allegantes, penitus non sunt attendendi; *arg. l.* 30. *c. de transact. l.* 5. *c. de serv. pign. dat. man. l.* 4. *c. de revoc. donat.* Et licet ita- 23
lica natio fortean veritatem asserti sui in ipsis rerum argumentis domi deprehenderit, ab una tamen natione ad universos homines non licebit praesumptionem inducere, quum id solum praesumant jura, quod plerumque fit. *arg. l.* 10. *c. de probat.* vid. Roland. a Vall. *consil.* 52. *n.* 12. *seq.*

§. 7. Id porro exprobratur foeminis formosioribus, 24
eas maxima laborare superbia, et plerumque pro arbitrio omnia domestica gerere, adeoque regimen familiare affectare. Tiraquell. *de ll. connubial. l.* 2. *n.* 7. Quapropter etiam Plutarcho *in praecept. connubial.* demens ille dicitur, qui oculis uxorem accipit, vid. etiam Athenaeus *l.* 13. *c.* 32. Ratio hujus redditur a Tiraquell. *d. l. n.* 4. Quod qui caeteros aliqua re an- 25
tecellunt, soleant esse superiores. At pro foeminis militat textus *Deuteron. c.* 12. *v.* 11. ubi Deus pul- 26
chris matrimonium imituris admodum favet, quibus nec favisset, nec eas commendasset, si easdem superbas censuisset, quia superbi Deo abominationi sunt. Insuper vix ulla foemina reperietur, quae non sibi vi- 27
deatur alias in certa re superare, nam haec de forma, illa de gestibus, ista de peritia conversandi, alia de divitiis, plurimae de amicis, aliae de generis splendore atque nobilitate sibi admodum gratulantur. Ex quo, 28
si reddita ratio firmo niteretur talo, indubie sequeretur, omnes omnino et non solum pulchras foeminas superbire sed cum, uti supra monitum, talis de unoquoque praesumpto formanda sit, qualem eumdem pro conditione sua sese exhibere decet, rationi congruentius agemus, si praesumamus; mulieres quamvis formosas tamen imperio maritali lubentissime sese subjicere.

§. 8. Caeterum favor, quem in jure nostro pulchri- 29
tudo habet, in hoc quam maxime consistit, quod filius matrem viduam pulchram et juvenem habens, teneatur eamdem contra communes regulas dotare. In casu scilicet, si propter inopiam aliunde dotem habere non possit, Bartol. *in tract. de dotib. p.* 6. *special.* 16. *col.* 30
2. *in fin.* Ex ratione, quod vidua talis suspecta de incontinentia, alias facile labi posset in luxuriosam vitam, Bald. *in l.* 5. §. 1. *ff. de tutel. et ration. distrah.* Tiraquell. *de legib. connubial. l.* 2. *n.* 9. Quam rationem aliquatenus admittimus, cum in juvene vidua major libidinis et copulae appetitus praesumatur quam in reliquis foeminis, juxta Henric. Kornmann. *d. l. c.* 62. *et l.* 2. *c. de indict. viduit. tollend.* ubi imperator de viduis loquens, dicit: *mulieres ad hoc natura progenuit, ut partus ederent, et maxima eis cupiditas in hoc constituta est.* Aliam tamen adjungi 31
posse putamus, scilicet viduam et dote et pulchritudine insignem facillime reperire posse dignissimum cui nubat, ex cujus nobilitate splendor toti familiae ac-

codat; praecise autem concurrere debent in vidua pulchritudo et juventus, Guilielm. de Cuneo *l.* 1. *de inoff. dot* Mascard. *d. concl.* 61. *n.* 1. *seqq.*

32 §. 9. Favori suo etiam debet pulchritudo, quod duobus vel pluribus ejusdem criminis accusatis, innocentior habeatur ille, qui melioris est physiognomiae, adeo ut non facile torqueri possit Farinac. *in pr. crimin. quaest.* 82. *n.* 165. et Marsil. *in pr. criminal.* §. *expedita. n.* 82. *seq.* Hoc tamen cum grano salis accipiendum, et ad alia indicia concurrentia quam maxime respiciendum est.

33 §. 10. Si quoque deformis mulier, licet dives et nobilis sit, ignobilem et pauperem, formosum tamen virum matrimonio sibi desponderit, non videtur nupsisse indigno; cum nobilitas atque divitiarum copia uxoris

34 cum forma viri compensetur, et vice versa forma mulieris etiam pauperis compensari debet cum divitiis et nobilitate viri. Alexand. *cons.* 219. *n.* 10. *l.* 6. Bald. *in cap. super.* 2. *de testib. et ibi* Immola atque Panormitan. Tiraquell. *de ll. connubial. l.* 2. *n.* 4. *et glos.* 1. *p.* 5. *n.* 16. ubi plures allegati.

35 §. 11. Diximus formam viri compensandam esse cum divitiis atque nobilitate uxoris deformis; quaeri igitur potest an formae et pulchritudinis cura virum deceat? Communiter respondent, formam viros neglectam decere, et mulieribus formam rem esse decoram, viris autem fortitudinem. Bion *in epigrammat.* 14. unde etiam Stobaeus *sermon.* 63.

Prudentiam viris dat natura
At foeminis nequit. Quid ergo donat illis?
Decoram habere formam.

36 Sed haec et quae alia hujus generis proferri solent, id saltem inferunt, virum non mereri veniam, si tantum temporis ornatui applicando destinet, ac foeminae, quibus ob majus otium major quoque copia indulgetur speculum consulendi, et artibus emendandi pulchritudinem, utpote quae potissimum in muliere expetitur, juxta Aristotel. et dn. Struv. *in jurispr. forensi l.* 1. *t.* 3. *th.* 2. Id autem inde non sequitur,

37 virum plane et formam et ornatum debere negligere, cum non solum inter homines degat, et hisce indecoro suo habitu molestus esse non debeat, sed etiam homo, et sic juxta Senecam animal elegans et mundum sit, quod in honorem animae curam corporis gerere omnino debet. vid. Decian *respons.* 25. *n.* 28. *vol.* 4. Alexand. *consil.* 209. *n.* 10. *l.* 6. Crus. *de indic. p.* 1. *c.* 22. *n.* 23.

38 §. 12. Dum in muliere expetimus potissimum pulchritudinem, numne ipsi concedimus usum fuci, *das Schmincken?* Et resp. Cyprian. *de bon pudicit. p.* 576. negando, eo quod fucus sit malae et impudicae mentis indicium, et modicus cultus ad pudicitiae laudem pertineat, Petr. Royzius Maureus *in decision. Lituan.* 3.

39 *n.* 50. Arguit praeterea deformitatem et senectam faciei, lividum os, rugosas genas ac deflorescens. Phi-

40 lostrat. *epist.* 2. *ad Berenic.* Et ut paucis multa dicam; fucus est utrumque sexum dedecens, meretricius, interni cultus impedimentum, signum animae aegrotantis et formae deficientis, faciem inquinat magis quam ornat, in ipsum Deum injurius, ipsisque maritis displicens, naturae adulter, inventum diaboli, quae omnia elegantissimis auctorum testimoniis comprobavit

41 Tob. Magirus *in Polymnem. sub voc. fucus.* Male ergo sibi consulunt, quae a fuco medelam deformitatis quaerunt, cum eo ipso in majorem turpitudinis suspicionem incidant, et communiter definiri solent per sepulchrum dealbatum; illa autem pulchritudinis sol- 42
licitudo foeminis licita est, quando ingratam corporis formam vestibus modestis, et gestibus decoris tegere atque dissimulare, aut quod potissimum, virtutibus, pietate sc. modestia et castitate compensare student. vid. Crus. *de indic. d. c.* 22. *n.* 23.

§. 13. Id etiam notatu dignum est, cum juxta dd. 43
non ita graviter puniendum esse, qui formosam mulierem copula carnali sibi junxit, quam qui deformem, quod illic plura adsint incitamenta, libido scil. et pulchritudo. Gloss. *in can. ult. c.* 14. *quaest.* 6. et Joan. Angel. *in cap. ea quae fiunt col.* 2. *de reg. jur. in* 6*to.* et Tiraquell. *l.* 2. *n.* 12. *cum pluribus ibi citatis.* d. Chrysostomus *in* 1. *Timoth.* 1. *homil.* 3. Nec hoc 44
ratione morali caret, nam praeterquam quod levius reputetur delictum, ad quod major est provocatio, *l. Cicero* 39. *ff. de poen.* Grot. *de jur. Bell. et pac. l.* 2. *c.* 20. *th.* 29. Joan. Nevizzan. *in sylva nuptial. lib.* 2. *n.* 94. *et seqq. et lib.* 4. *n.* 117. *vers. non obstat.* Petrus Cabell. *in resolut. criminal. cas.* 244. *n.* 21. *et* 22. amor quoque, qui species furoris est *nov.* 75. *cap.* 4. *pr.* Tiraquell. *de poen. caus.* 4. Boër. *decis.* 23. *n.* 75. Nevizzan. *d. l. lib.* 1. *n.* 109. Vincentius Carocius *in decis.* 124. *n.* 4. amantem in eum statum conjecit, ut vix scire potuerit quid agat, et revera tanta libido non subest, quae in concubitu illicito cum deformi concurrit, et homine vix digna est, vid Glossa *in c. fur autem. c.* 14. *quaest.* 16. et Jodocus Damhouderius *in prax. rerum criminal. c.* 93. *n.* 13.

§. 14. Illud etiam adhuc memorandum, *in l.* 17. *c.* 45
de poen, dici: faciem humanam ad similitudinem pulchritudinis coelestis esse figuratam; sed aenigma pluribus loqui videtur lex ista, cum expeditum sit, imaginem divinam hominibus inditam in corpore consistere non posse, cum Deus ens summe spirituale atque simplicissimum sine corpore existat, sed tantum de ratione homini concessa intelligendum esse, uti pluribus exposuit Johann. Bissel. *in tract. illustr. ruinar. dec.* 1. *ruin.* 2. *p.* 143, Sed impropriatatem in ser- 46
mone *d. l.* 17. subesse, optime monet dn. Weipert Ludov. Fabric. *in singul. camer. observ. cent.* 2. *observ.* 46. *ubi ait:* divinitatis imago non quidem proprie, sed tamen improprie et remote in corpore hominis consistit, quatenus nempe in corpore praestantia animae elucescit, et sedes animae divinae istius particulae caput est, interpres ejusdem oculus et vultus. Accedit, Salvatorem nostrum etiam gessisse faciem 47
humanam, et sic revera sub humana specie latuisse pulchritudinem coelestem. vid. plur. Joh. Strein. *in antinom. jur. civil. et canon. tit.* 16. *dissert.* 28.

§. 15. Probatur pulchritudo per testes, qui viderunt 48
personam, et comiter aliis cum ipsa agi per sensum visus experti sunt. Grass. *in decision. novitz. rom.* 338. *num.* 1. *part.* 1. *vol.* 1. Camill. Borell. *in summa decis. vol.* 2. *tit.* 2. *n.* 242. Id non omittendum, quale 49
remedium supersit illis, qui nimio pulcherrimae alicujus foeminae amore correpti sunt? Idem proponit Gregor. *l.* 16. *moral.* ibi; dum caro concupiscitur, pensetur, quid sit exanimis, et intelligetur, quid emetur.

§. 17. Quae judicis physiognomia esse debeat, ele- 50
ganter docet Gabriel. Alvarets. de Velasco *in judice perfect. rubr.* 2. *annot. un. n.* 3. dicens: judicis decor

est, non sine timore aspici, non ut torqueat vultu, sed ut dissipet omne malum, et *in rubr.* 12. *n.* 1. Judex omnino legibus se similem praestare, legisque vultum induere et justitiae formam gerere, adeoque inexorabilis esse debet, quod etiam monetur in *l. observandum. ff. de offic. praesid.*

CAPUT III.

De effectu physiognomiae malae.

SUMMARIA.

Quisque aversatur deformibus. n. 1.
Mala physiognomia malae mentis indicium. n. 2.
In criminalibus deformior semper magis suspectus. n. 4.
Si plures torquendi, incipiendum a deformiori. n. 5.
Mala physiognomia sola non sufficit ad torturam. n. 6.
An deformitas castitatis signum? n. 9.
An ille de thori puritate securus, qui deformem ducit? n. 10.
Pallor malae physiognomiae annumerandus. n. 12.
Pallor metum et sauciam conscientiam arguit. ibid.
Indicium ad torturam facere potest. n. 13.
Restrictio hujus. n. 14.
Testis inter deponendum pallens parum probat. n. 15.
Si simul variet, repelli, et nonnunquam torqueri potest. n. 16.
Quid de cruentatione cadaverum sentiendum? n. 17.
Limitatio generalis quoad palloris effectum. n. 18.
Quomodo fraus morbum et pallorem simulantium detegi possit? n. 20.
Quid praesumi debeat de juvene aut virgine insolite pallente? n. 22.
Cur amantes palleant? n. 23.
Virginitas favorabilis est. n. 26.
Notabilem deformitatem in facie habens irregularis fit. n. 27.
Quid si os deforme? n. 29.
Si dentes desint? n. 30.
Si nasus deformis? n. 31.
Abscissio nasi maxima injuria. ibid.
Quid si oculi deformes? n. 33.
Si aures deficiant? n. 37.
Desponsandi sibi invicem occultas suas deformitates detegere debent. n. 39.
Asinius Gallus propter deformitatem criminis majestatis laesae absolutus est. n. 41.
In jure opponuntur sibi stigmatizati et integrae frontis homines. n. 42.
Pluribus olim varius ob causas characteres inurebantur. n. 43.
Quod hodie non amplius licet in facie. n. 46.
An tumidus vultus et lividi oculi uxoris probent verberationem mariti? n. 47.
Cur longus et acutus nasus in mulieribus pro iracundiae signo accipiatur? n. 48.

1 §. 1. Quae modo de effectu physiognomiae bonae diximus, eorum contraria obtinere in physiognomia mala, videbimus. Non solum enim aversatur quisque deformibus, uti Aristoteles dicere solitus, Deus me liberet ab homine natura signato, teste Crusio *d. c.* 21. *n.* 1. Et Ludov. Schwartzmayer *in epistol. praefixa not.* 2 *in tit. c. de supp.* cavendos monet, quos Deus et natura notavit; sed etiam per malam physiognomiam pessimos mores et scelestam mentem indigitari communiter volunt, *arg. cap.* 5. *X. de concess. praeb.* Tiraquell. *l.* 2. *connub. Glos.* 1. *p.* 2. *n.* 55. Escob. *de ration. c.* 22. *n.* 1. Barbosa *de offic. et potest. episc. p.* 2. *alleg.* 42. *n.* 1. *et* 8. conf. Theod. Zwinger. *in theatr. human. vit. vol.* 2. *l.* 2. *sub voce deformes.* Sic Hippocrates et Galenus judicarunt, homines vitio 3 aliquo naturae natos plerumq; mille defectus circa intellectum, mores et vitam habere, et Panormit. *in cap. quia diversitatem X. de concess. praebendis.* raro in corpore deformi nobilem formosumque animum residere ait, vid. etiam Bald. *in l. non ignorat. n.* 12. *c. de his, qui accusar. non poss.* Hippolit. de Marsil. *in l.* 1. *in pr. n.* 104. *ff. de quaest.* Grammat. *consil.* 40. *n.* 2. Cypraeus *de jure connub. c.* 7. §. 12. *n.* 2. et Crus. *d. l. n.* 4. *seqq.* unde Martialis *in lib.* 11. *epigram.*

Crine ruber, niger ore, brevis pede, lumine luscus,
Rem magnam praestas Zoile si bonus es.

§. 2. In criminalibus maxime attenditur physiogno- 4 mia mala, semper enim suspectior habetur deformior. Philipp. Camerar. *d. l. cent.* 2. *c.* 3. Ludov. Carer. *in pract. criminal. tract. de indic. et tort. p.* 55. *indic.* 20. Crus. *d. l. n.* 8. Blancus *de indic. quaest.* 5. *p.* 1. *n.* 3. *et cap. ult. n.* 406. Mascard. *de probation. conclus.* 831. *n.* 32. Ludov. Gilhaus. *in arbor. judic. criminal. c.* 6. *p.* 1. §. 31. *n.* 23. *seq. et c.* 6. *p.* 7. *sect.* 2. *n.* 71. Jacob. Menoch. *l.* 1. *de praesumpt. quaest.* 15. *n.* 6. *et quaest.* 89. *n.* 130. Johann. Zanger. *de quaest. et tort. c.* 2. *n.* 146. Carpzov. *prax. criminal. p.* 3. *quaest.* 120. *n.* 79. Farinac. *l.* 1. *pr. criminal. tit.* 5. *quaest.* 52. *n.* 165. Marsil *in pract. criminal.* §. *expeditis n.* 53. Jacob. Novell. *in pract. criminal. tit. ad defensam sub rubr. an indicia pro reo danda sint. n.* 105. Paris de Puteo *de syndicat. in verb. tortura* §. *mandavit n.* 26. Bald. *in l.* 2. *n.* 5. *c. quor. appell. non recepit.* sic Cicero in oration. pro Q. Roscio *oro atque obsecro vos, faciem utriusque considerate, nonne ipsum caput olere malitiam et clamitare calliditatem videtur, nonne ab imis unguibus ad verticem summum (si quam conjecturam hominibus affert tacita corporis figura) ex fraude, fallaciis mendaciisque constare totus videtur.* Inde etiam est, quod si 5 plures torturae subjiciendi sint, a deformiori tormenta inchoari soleant, juxta Camerar: *d. l. et dd. modo citat.* Torreblanc. *in practicabil. jur. spiritual. l.* 7. *c.* 7. *n.* 3. Barbos. *d. alleg.* 42. *n.* 1.

§. 3. An autem physiognomia mala sola ad torturam 6 sufficiat, gravior est quaestio, et communiter negatur, nam in genere quidem malam arguit naturam, non autem in specie aliquod delictum probat. Henric. Bocer. *d. quaest. et tort. c.* 3. *n.* 78. Johan. Zanger. *d. l. n.* 85. Carpzov. *d. l. n.* 80. Bald. *in l.* 2. *c. quorum appell. non recip.* Et inter leviora saltem indicia 7 numeratur Crus. *d. l. n.* 85. ad torturam autem re-

quiruntur legitima indicia vid. *const. crim. carol. art.* 23. *ibi: Eine genugsame Anzeigung, et art* 27. *ibi: Eine redliche Anzeigung, darauf peinlich maggefraget werden.* Adeoque si alia indicia non concurrant, 8 judex tutius faciet, si reum absolvat; Zanger *d. l. n.* 146. *seq.* Gilhaus. *in arbor. jud. crimin. c.* 6. *p.* 7. *sect.* 2. *n.* 71. Tortura enim magnum infert damnum. dn. Brunnem. *ad l.* 9. *ff. de quaestion.* Gaill. *tom.* 2. *d.* 30. *c.* 3. *n.* 3. *seq.* Manta. *ad art.* 6. *const. carol. n.* 28.

9 §. 4. Pulchritudinem ab aliquibus libidinis indicium poni supra memoravimus, deformitatem igitur castitatis signum haberi necessum esset. juxta Hector. Aemil. *de testib. in vers. testis adulterium n.* 31. *in fin.* Polypor Ripa *de nocturn. tempor. cap.* 36. *n.* 10. *seqq.* Farinac. *pr. crim. p.* 5. *quaest.* 116. *n.* 217. Sed uti illud vanissimum esse ostendimus, ita non majori certitudine constabit praesens a deformitate ad impudi-10 citiam desumpta illatio. Et certe nimium fallantur ii, qui admodum sibi gratulantur de deformi uxoris suae facie, reputantes, se nullo modo magis securos esse de thori puritate. Seneca enim dicit: foeminas deformis faciei saepe pudicas esse, non quod animus ipsis 11 ad libidinem desit, sed quia corruptor. Et Joseph. Mascard. *d. conclus.* 61. *n.* 5. maxima cum indignatione effatur, usque eo in inexplebilem hominum libidinem prorupisse, ut cum quaedam mulieres gratis ob deformitatem minime sollicitentur, pretium libidinis ultro viris offerant, sua et maritorum bona in eam rem profundentes. Ita enim Ezechiel. *cap.* 16. *versic.* 31. ait: omnibus meretricibus dantur mercedes, ut autem dedisti cunctis amatoribus tuis, et dona dabas eis, ut intrarent ad te undique ad fornicandum tecum.

12 §. 5. De pallore jam agendum erit, quem malae physiognomiae merito annumeramus; hunc in genere metum indicare tradit Mascard. *de probat. conclus.* 1051. *n.* 47. Martin. Monter. a Cueva *decis.* 45. *n.* 11. et quam maxime attendendam esse in judiciis monet *l.* 10. §. 5. *ff. de quaest.* Thom. Trivisan. *in decis. criminal. l.* 2. *decis.* 13. *n.* 58. Cum sanciam conscientiam prodat. Boss. *in tit. de mandat. homicid. n.* 26. David Mevius *consil.* 83. *n.* 73. Alciat. *respons.* 453. 13 *n.* 1. Hinc etiam indicium facere potest ad torturam, si quis ad objectum crimen expallescat. Jacobus de Belloviso *in pract. judiciar. cap. de quaestion. et qualit. torment. n.* 80. Bartol. *ad d. l.* 10. §. 5. *n.* 32. Marsil. *in pract. crimin.* §. *diligenter n.* 74. *et* 89. *et singul.* 103. Angel. *de malefic. verb. fama n.* 105. Blanc. *in l. fin. n.* 259. *et* 263. *ff. de quaestion.* Jacob Ayrer *process. jur. p.* 1. *c.* 5. *obs.* 2. *n.* 7. Menoch. *l.* 1. *quaest.* 89. *n.* 71. modo non homo natura sit meticulosus. dn. Brunnemann. *in process. crim.* 14 *c.* 8. *membr.* 5. *n.* 2. Quamvis si alia indicia non concurrant, ob solam titubationem, trepidationemque animi, et vultus pallorem nemiuem tortura affligendum esse pie monet Johann. Zanger. *d. c.* 2. n. 102. Jul. Clar. *l.* 5. *sentent. quaest. l.* 3. 21. *n.* 34. Henric. Bocer. *de quaest. et tort. c.* 3. *n.* 37. Carpzov. *in pr. crimin. p.* 3. *quaest.* 120. *n.* 78. Thesaur. *decis.* 24. *n.* 10. Menoch. *d. quaest.* 89. *n.* 72.

15 §. 6. De teste etiam certum est; quod, si hic inter deponendum expallescat, et timendo titubando atque dubitando loquatur, parum probet. Johan. Andr. *in cap. praeterea n.* 11. *X. de testib. cogend.* Tyndar. *de testib. p.* 3. *c.* 7. *n.* 3. Farinac. *de testib. quaest.* 66. *n.* 14. *et* 58. Nepos de Monte Albano *de testib. n.* 117. *et* 150. Et 16 si simul variet, poterit penitus repelli, Farinac. *d. l. n.* 16. Et hoc casu puniendus est poena falsi. Farinac. *n.* 56. *seq.* Imo torqueri regulariter potest, ut videatur, in quo dicto persistat; Farinac. *n.* 98. modo testis ipse interfuerit facto. Farinac. *d. l. quaest.* 79. *n.* 22.

§. 7. Vulgo indicium constituunt homicidii commis- 17 si, si in suspecti praesentia cadaver sanguine fluat; sed hoc fallax admodum indicium, cum omne cadaver ad motum violentiorem sanguinis aliquid emittat, certius forteau efficietur, si insuper attendatur, num ad cruentationem conspectam inculpati facies pallore suffundatur, vid. dn. Beemann. *in dissertat. de judic. Dei c. th.* 2. Id tamen semper attendendum est, an homo 18 natura sit meticulosus, et facile soleat expallescere, uti antea monitum fuit ex dn. Brunnemann. vid. etiam dn. Beeman. *in d. dissert. th.* 2. *in med.* Sic enim nullum plane indicium ex faciei mutatione et corporis trepidatione desumere posset judex, multo minus ad torturam procedere. Quemadmodum etiam in facto 19 accidisse testatur Paris de Puteo *in tract. de syndic. in verb. tortura col.* 1. testatur: quod inquisitus quidam ad locum torturae deductus, non solum expalluerit, sed etiam vesicam atque alvum exoneraverit, et nihilominus innocens repertus fuerit, vid. Jacob. Menoch. *l.* 1. *de praesumpt. quaest.* 89. *n.* 72.

§. 8. Dolorem et morbum etiam ex pallore conjici, 20 probatione non eget. Non deficiunt autem malis artes, quibus ad eludendam justitiam vultui, et toti corpori suo pallorem contrahere, et sic colorem faciei adulterari possunt, quod plerumque efficiunt certis suffitibus, praecipue ex sulphure et ex cumino adhibitis, vel etiam ultima hac specie potui inserta. Diodorid. *l.* 3. *c.* 60. *et* Matthioll. de Ruell. *de natur. stirp. l.* 3. *c.* 44. Sed fraudem hanc maxime per suffitum adstruc- 21 tam facile deprehendere potest judex, si modo lotionem ex rebus abstergentibus v. g. ex aqua horrei cum aceto etc. adhiberi curet. vid. Just. Oldenkop. *in observ. crimin. pr. tr.* 3. *o.* 21. *in fin.* ubi etiam circa initium eleganter docet: quomodo judex ex physiognomia vel aliunde malitiam mendicorum, morbos et infirmitates simulantium, detegere valeat.

§. 9. Animi causa liceat disquirere, qualis praesump- 22 tio oriatur contra juvenes vel virgines, qui solitum vultus ruborem cum insolito pallore commutant. Et 23 certum est, generaliter vel amorem vel dolorem inde conjecturari, de dolore res clara est; amorem autem ideo inde colligunt, quia concepto hoc, spiritus cordis dilatati evaporant, propter quorum nutrimentum et restaurationem natura calorem ab exterioribus ad interiora revocat, et sic superficiem cutis per subtractionem calidi sanguinis discolorat, teste Henric. Hornmann. *de virginit. jur.* c. 82. inde etiam illud Poetae

Palleat omnis amans, color hic est aptus amanti.

Specialiter in juvene corporis nimio labore fatigatio- 24 nem, in puellis autem copulam aliqui inde praesumere audent, v. Andr. Tiraquell. *de leg. connub. l.* 15. *n.* 11. sed verius est, praesumptionem ex solo faciei colore desumi non posse certam, nisi alia indicia concurrentia conjecturam adminiculentur, inter quae potissima esse possunt concomitantes circumstantiae, et vitae antea-

ctae conditio *l.* 5. §. 6. *ff. de re milit. l.* 7. §. 3. *ff. de accusat. c.* 8. *de r. j. in* 6*to.* Alciat. *l.* 2. *praesumpt.* 8.

23 Baldus tamen *in l. neque naturales. c. de probat.* et Bartol. *in l.* 3. *in pr. ff. de furt.* sinistra suspicione eam urgeri autumant, ad quam scholares passim de die et nocte vadunt, cum non credi possint ipsi dicere *pater noster.* Sed hoc iterum italicam petulantiam sapit, et nihil aliud infert, quam Italos ex propria ipsorum con-

26 fessione omnes alios lascivia antecellere. Id verius, virginitatem esse admodum favorabilem, et sic semper pro ea praesumi *arg. l.* 56. *ff. de r. j.* donec ejus contrarium probetur; et certe melius est dubitare de occultis, quam litigare de incertis, juxta Henric. Kornmann. *d. l. c.* 7. vid. etiam Cujac. *l.* 17. *obs. c.* 27. Act. *de infirmit. rubr.* 20. *n.* 1.

27 §. 10. Jam nobis transeundum erit ad jus canon. ubi mala physiognomia plures sortitur effectus, et in genere dicitur, quod notabilem deformitatem in facie habens, ita ut scandalum generet, sit irregularis, vid. *can.* 1. *et* 2. *dist.* 49. Ludov. Molin. *de just. et jur. tract.* 3. *disput.* 70. *n.* 8. Navarr. *in manual. c.* 25. *n.* 71. Majol. *de irregular. l.* 1. *c.* 2. *n.* 1. *vers. propterea* Barbos. *in collectan. dd. ad v. libr. decret. p.* 1. *pag.* 195. *col.*

28 1. *n.* 2. Idem fundatur in s. Scriptura, nam *Levit.* 21. *a v.* 16. a Sacerdotio arcentur omnes, qui habent maculam, gibbum, albuginem in oculo, aut jugem scabiem, aut impetiginem in corpore, aut herniam, vel sunt coeci, claudi, parvo vel grandi naso, fracto pede vel manu etc. Imo apud Ethnicos a sacris quoque arcebantur mutilati vel debilitati, juxta Plin. *l.* 6. *histor. natur. c.* 28. Crus. *p.* 1. *c.* 22. *n.* 3.

29 §. 11. In specie autem irregularitatem inducit oris imperfectio ac deformitas, scil. si foeditatem ac horrorem pariat, puta si corrosum aut contortum esset. Majol. *de irregular. l.* 1. *c.* 21. *vers. praeterea* Barbos. *de*

30 *offic. et potest. ep. p.* 2. *alleg.* 42. *n.* 34. Carentia etiam dentium, praecipue si quis ipse sibi voluntarie, forte ex indignatione, dentes evulserit, Vivald. *p.* 2. *tit. de irregular. n.* 155. *in fin.* Barbos. *d. l. n.* 37. secus si ex justa causa, videlicet propter immensos et continuos dolores dentium evulserit. Borgas. *de irregular. tit. de corpor. vitiat. pag.* 5. *n.* 4.

31 §. 12. Irregularitas quoque sequitur deformitatem nasi, utpote quae totam hominis faciem deformat. Bald. *in l. fin. ff. de indict. libert. vid. d. cap. hinc etenim* 2. *distinct.* 49. Selva *de benefic. p.* 3. *qu.* 5. *v. item ille n.* 44. Vivald. *in candelabr. aur. p.* 2. *tit.* 2. *de irregular. n.* 491. Et multo magis abscissionem nasi, Molina *de just. et jur. tract.* 3. *disp.* 70. *n.* 2. Barbos. *d. alleg.* 42. *n.* 32. *seq.* utpote quae juxta communem gentium opinionem pro maxima injuria et contumelia habetur. Paris de Puteo *de re milit. c. in pugna fa-*

32 *cta n.* 5. Imo extenditur irregularitas eousque, ut sufficiat, solam cartilaginem narium esse abscissam, quia et hoc non solum deformitatem parit, sed etiam debitum vocis sonum impedit, foedumque ac molestum illum audientibus reddit Molin. *d. l. n.* 7.

33 §. 13. Ad oculos jam transeundum, ubi non solum is irregularis est, qui penitus coecus existit. *cap. hinc etenim.* 2. *dist.* 49. et Barbos. *in collectan. dd. ibidem.* Dn. Praeses. *in tract. de jure sens. dissert.* 1. *et* 2. ubi plures in jure coecitatis effectus accurate exponuntur. Nam oculi sunt membra corporis utilissima, quorum carentia morbus dicitur. *l.* 1. §. 7. *ff. de aedil. edict.* Imo praecipue in sacerdote requiritur oculus providus, 34
Joh. Francisc. de Pavinis *de visitat. qu.* 10. *n.* 99. Is etiam irregularis est, cui unus oculus erutus, Seraphin. *decis.* 625. *n.* 1. *seqq.* Campanell. *in diversor. jur. canon. rubr.* 11. *c.* 17. *n.* 70. Barbos. *in collectan. dd. in p.* 1. *decret. dist.* 55. *can. si evangelica* 13. *et ult. n.* 1. Amplius et is, qui grandem et deformem macu- 35
lam in oculo habet, utpote quae plus impedire dicitur sacerdotem quam totalis clausura. *arg. c.* 2. *de corpor. vitiat.* Johan. Staphilaeus *de gratiis et exspectativ. cap. post. commissiones n.* 76. Si tamen ejusmodi macula 36
non magnam inducit deformitatem, nec scandalum parit in populo, non excludet a clericatu, *d. cap.* 2. *x. de corp. vitiat.* Barbos. *in collectan. dd. ad.* 5. *lib. decretal. p.* 1. *p.* 195. *col.* 1. *n.* 2.

§. 14. Aurium carentia propria culpa aut notorii pec- 37
cati causa accidens, etiam irregularitatem infert, quia tunc inducitur infamia. Majol. *de irregular. cap.* 25. *n.* 5. *seq.* Avila *de censur. p.* 7. *disp.* 3. *dub.* 1. Secus tamen, si cui per vim ab hostibus praecisae fuerint aures. Diana. *moral. resol. p.* 4. *tr.* 2. *resol.* 73. *in fin.* Quod 38
etiam de eo casu dicendum, si cui ex curru labenti rota aurum praecidat, unde non infrequens est, illis testimonia publica in praemunimentum existimationis conferri. Quod si tamen saltem particula auris vel cartilaginis aure desit, quae facile tegi vel dissimulari possit, ut inde non nascatur scandalum, irregularitas nulla orietur. Martin. ab Azpilcueta. *lib.* 1. *consil.* 5. An vero ejusmodi defectus physiognomiae, seu vitia corporis externa etiam apud evangelicos ab ecclesiastica functione aliquem arceant, de eo vid. dn. Praeses. *in not.* ad Brunem. *jus eccles. lib.* 1. *cap.* 5. §. 12.

§. 15. Dum circa deformitatem occupati sumus, inci- 39
denter monemus curiosam istam Tiraquelli sententiam, in *l.* 4. *connub.* Desponsandos sibi invicem occultam corporis sui deformitatem detegere debere, ita tamen, ne sese propterea praesertim foeminae denudent. vid. etiam Francisc. Aret. *consil.* 142. Sed an haec sententia 40
usu obtineat, alii dijudicent; aequitate tamen non destituitur, quia saepius contingere potest, ut si secus fiat, aliquis id vel in sponso vel in sponsa offendat, quod angue pejus et cane odit, unde nonnisi perpetua odia atque dissidia oriri possunt.

§. 16. Exemplum forte sine exemplo exhibet Petr. 41
Gregor. Tholos. *syntagm. jur. univers. l.* 35. *c.* 1. *n.* 32. quod scil. criminis laesae majestatis reus propter deformitatem a poena ordinaria absolutus fuerit, dicens: Asinius Gallus insidiatus sine exercitu Caesari Claudio, exilio non morte mulctatus est, quod tanta deformitate esset, ut potius risui haberetur, quam periculum esset, ne dux eligeretur. vid. Diodor. *cass. lib.* 60. et Rhenan. *l.* 2. *rer. roman.*

§. 17. Hoc non praetermittendum, in jure nostro op- 42
poni homines stigmate notatos et integrae frontis. *l.* 13. *ff. de testib.* Et licet apud Thraces gloriae causa nobiliores notati fuerint punctis, Herod. *l.* 5. suspecti tamen semper in jure nostro sunt stigmatizati; inure- 43
batur enim propter calumniam ex l. remania fronti lit. K. *per. l.* 1. §. 2. *ff. ad sctum turpill. et ibi Gothofred.* aut in poenam falsati sigilli principis, per *cap. ad audientiam* 3. *X. de crimin. falsi.* In Hispania bigamis et furibus castrensibus, Anton. de Padill. *ad l. transigere n.* 14. *c. de transaction.* militibus evasis quorum character inustus patibuli formam repraesentabat. In 44

Saxonia falsariis et quidem in maxillis, Schneidew. *ad §. fin. n. ult inst. de obligat. quae ex delict.* uti et in Gallia, Wesenbec. *in paratitl. ad ff. tit. de poen. n.* 7. Johan. Imbert. *instit. forens. l.* 3. *cap.* 20. Boer. *decis.* 82. Imo notitiae et distinctionis causa in brachiis infligebantur fabricensibus et aquariis *l.* 3. *c. de fabricens.* vid. etiam *l.* 1. §. *ult. ff. de fugitiv.* Timoth. Faber. *ad inst. disputat.* 3. *th.* 13. Pleraque tamen stigmata in fronte inurebantur Gregor. Tholosan. *syntagm. jur. univers. l.* 31. *cap.* 34. Carpz. *pr. crimin. p.* 3. *qu.* 45 129. *n.* 10. At Glossa *in d. cap.* 3. *X. de crimin. fals.* monet, characterem in facie non profunde imprimendum esse, sed in signum patrati sceleris sufficere, sicutis superficies deformetur, Joh. Franc. de Pavin. *de visit.* 46 *qu.* 6. *n* 31. Sed *l.* 17. *c. de poen.* penitus prohibet in facie hominis scribi; et in manibus vel suris poenam damnationis una inscriptione comprehendi jubet, quo facies quae ad similitudinem coelestem est figurata, minime maculetur, Placentin. *de accusat. tit.* 7. *n.* 31. In humeris tamen fieri potest, Sebastian. Guazzin. *de defens. inquisit. defens.* 33. *cap.* 4. *n.* 14. aut in fustigationis poenam commutari. Weipert. Ludov. Fabric. *in singul. camer. obs. cent.* 2. *obs.* 26. Novissimo edicto serenissimi electoris brandenb. cautum, ut ipsi fustigationi in gradu majori dictatae, *den Scharffen Staupenschlag*, addatur stigma in dorso, quo si denuo deprehensi, eo citius detegi eorum scelera possint.

§. 18. Liceat ultimo loco uxorum malam physiogno- 47
miam tangere; et quaerere, num lividi uxoris oculi et tumidus vultus verberationem atque saevitiam mariti probet? Et negative quidem respondent Bertaz. *in consil.* 228. *n.* 13. Roland. *conf.* 27. *n.* 9. *l.* Prosp. Farinac. *pag.* 4. *pr. crim. q.* 143. *n.* 171. *et seq.* ex ratione, quod haec aliunde causari possint; sed verius videtur, mores, antecedaneos respiciendos esse, et si antea solitus fuit maritus in uxorem saevire, semper talia indicia contra ipsum testabuntur, cum semper in eodem genere malus praesumatur, qui semel malus fuit. *l.* 7. §. 3. *ff. de accusat. cap.* 8. *de r. j. in 6to.* Caeterum cum mulieres longo et acuto naso praeditae 48
plerumque praesumantur iracundae, placet hic rationem hujus afferre, quam reddit Kornmann. *de virginis. jur. cap.* 78. potissimam causam constituere pudorem, cum defectus aut excessus naturae semper invidiam et iram excitet, quod nos in medio relinquimus.

CAPUT IV.

De vindicta laesae physiognomiae.

SUMMARIA.

Maximum flagitium est faciem hominis deformare. num. 1.
Vulnerans in facie gravius puniendus. n. 2.
Nunquam poena dictanda qua facies foedetur. n. 3.
Variae poenae in facie vulnerantium. n. 4.
Explicatio l. 3. ff. si quadr. paup. et l. fin. ff de his qui dejec. *n.* 7.
Deformitas aestimatur in foeminis. n. 10.
Et in servo atque animali. n. 11.
Vulneratis semper aestimatio curationis et operarum quibus caruerunt, et carituri sunt, datur. n. 12.
Sponsa quae repudiatur propter amputatum nasum, contra amputantem habet actionem ad interesse. num. 13.
Ut clericus qui propter vulnus irregularis factus. n. 14.
Caput vulnerans censetur habuisse animum occidendi. num. 15.
Poena ejus, qui alterius faciem amphora vini percutit. num. 17.
Poena ejus, qui dente vel unguibus alterius faciem laedit. n. 18.
Qui novacula, vel vitro etc. vulnerat? n. 19.
Qui oculum alteri vel effodit vel excoecat? n. 21.
Qui alteri nasum amputat? n. 24.
Qui sibi ipsi linguam abscindit, ne confiteri possit? num. 25.
Qui alteri expilat barbam vel capillos? n. 26.
Qui se ipsos vulnerant? n. 29.
Publice interest, nullius faciem esse horrendam aspectu. n. 30.
Epilogus. n. 31.

1 §. 1. Maximum flagitium est faciem hominis, ex qua velut ex imagine homo prae homine cognoscitur. *l.* 44. *ff. de relig. et sumpt. funer.* cicatricibus maculare atque deformare §. 9. *inst. de injur. et l.* 7. §. 8. *ff. eod.* caputque mentis, rationis, et judicii sedem atque domicilium contundere, frangere vel debilitare, Ernest. Cothmann. *resp.* 43. *n.* 5. Inde etiam, qui vulnus fa- 2
ciei infert, gravius puniendus, quam aliam corporis partem vulnerans, Christoph. Crespi de Veldaura *obs.* 78. *n.* 2. *p.* 2. Giurba *consil.* 73. *n.* 5. modo remaneat cicatrix Petr. Caball. *in resolut. crim. cas.* 56. *n.* 44. Johan. Bapt. de Thoro *in cod. rer. jud. cas.* 12. *n.* 1. Mastrill. *decis.* 168. *n.* 13. *seq. l.* 2. et vulnus cum armis allatum, don Michael de Contiada *decis.* 99. *n.* 32. vid. Paciau. *consil.* 92. *n.* 2. Dian. *resol. moral. p.* 6. *tract.* 1. *resol.* 7. Thomas del Bene *de immunit. eccles. tom.* 2. *cap.* 16. *dubit.* 19. *sect.* 2. *n.* 3. Jul. Charter. *decis.* 82. *n.* 33. *seqq.* Nec ullum tam grave flagi- 3
tium committi potest, cujus vindicandi causa naso auriculisve amputatis, aut effossis oculis, vel alio quovis modo facies hominis foedanda sit. Petr. Royzius Maureus *in decis. Lituan.* 3. *n.* 596.

§. 2. Poena alterius faciei cicatrices imprimentis pro 4
diversitate locorum variare solet. In specie in regno neapolitano poena triremium obtinet. Thoro *d. l.* et Romae gubernatores soliti fuere in principio officii ipsorum inter alia banuimenta illud etiam promulgare, quod ita in faciem vulnerantes itidem poena triremium damnaturi sint, et si per alios fecerint, ultimi supplicii. Prosp. Farinac. *in pract. crimin. quaest.* 18. *n.* 98. Triremium poena etiam obtinet in Cathaloniae regno, don Michael de Cortiada *d. l.* In Mediolano juxta 5
novam constitut. tit. de poen. poena corporalis arbitrio judicis statuenda; et ex statuto Papiae illi, qui alteri eruit, oculum; aut intra 15. dies 200. librarum solvenda, aut pariter jure talionis oculo carendum est, Menoch. *arbitriar. jud. quaest. l.* 2. *c.* 263. *n.* 27. *seq.* Sed in dictis poenis semper subintelligendum, si ex 6

cicatrice gravis oriatur deformitas, secus ergo si possit dissimulari, et c. g. vel pileo vel capillis adscititiis tegi, Marian. *in cap. qualiter et quando col.* 2. *n.* 869. *seqq. X. de accusat.* Bertaz. *consil. criminal.* 336. *n.* 10. 30. *et seq. l.* 2. Flam. Cart. *in tract. de exequend. sentent. cap. ult. n.* 51. *seqq.* Farinac. *d. l.*

7 §. 3. Poenis autem talibus contrariari videtur *l.* 3. *ff. si quadrup. paup. fecisse. dic. et l. fin. de his qui effud. vel dejec.* ubi dicitur cicatricum aut deformitatis nullam esse aestimationem in corpore libero, vid. etiam Paul. Christin. *in comment. ad ll. Mecliniens. tit.* 2.
8 *art.* 31. *n.* 5. Sed responsio est facilis; dicitur enim in *d. l.* saltem de aestimatione privata, non autem excluditur publica, nam cum delictum et vulnus aggravetur ex eo, si remanet cicatrix, propterea, quod afflictio in patiente propter corporis deformitatem augeatur, Petr. Caball. *in resol. criminal. cas.* 56. *n.* 44. idcirco licet parti laesae non detur nomine deformitatis actio ad interesse, taxatio tamen publico poenae nomine omnino dari oportet. Prospic. Farin. *in prax. crimin. p.* 4. *quaest.* 119. *n.* 118. cum innumeris ibi allegatis, et Caball. *d. l. cas.* 248. *n.* 20. Covarruv. *l.* 2. *variar. resol. cap.* 10. *n.* 20. Anton. Gomez. *variar. resolut.*
9 *tom.* 3. *tit. de injur. n.* 12. Alias enim sequeretur absurdum illud, quod gravius delictum non gravius puniretur, Gomez. *d. l.* Joseph. Ludovic. *dec.* 62. *n.* 23. *et conclus.* 39. *in* 2. *limit.* Farinac. *p.* 1. *pr. crimin. tit. de delict. et poen. quaest.* 18. *n.* 97. *seqq.* Roland. *cons.* 39. *n.* 3. *l.* 2.
10 §. 4. Communiter limitant textus illos *l.* 3. *ff. si quadr. pauper. fec. dic. et l. fin. ff. de his qui effud. vel. dejecerint.* in mulieribus innuptis, quod scil. hae cicatrices et deformitatem inde in facie ortam possint aestimare, quia hisce forma pro dote est. Dn. Brunnemann. *in repetit. paratit. l. Wesenbec. ad tit. ff. de his qui effud. quaest.* 9. Et in his praeter omnia animalia pulchritudo expetitur, adeoque deformatae ita ad dignam nubendi conditionem inveniendam ampliore dote opus habebunt, vid. dn. Brunnemann. *in comment. ad l.* 13. *ff. ad l. aquil. n.* 5. *seq.* Matth. Berlich. *p.* 5. *concl.* 71. *n.* 30. Gometz. *l.* 3. *resolut. cap.* 6. *n.* 12. Zoes. *ad d. tit. ff. n.* 3. Farinac. *d. quaest.* 18. *n.* 99.
11 Covarruv. *d. l.* Idem etiam obtinet in servo et animali, in quibus cicatrix et deformitas aestimatur, quia propter eam minori pretio vendi possunt, Petr. Caball. *d. c. n.* 128. *n.* 21. et haec revera aestimationem recipiunt.
12 §. 5. Id tamen expediti juris est, etiam marem vulneratum mercedes medicis praestitas caeteraque impendia, quae in curatione facta sunt, praeterea operarum quibus caruit aut caritarus est, computare atque aestimare posse per *d. l. fin. ff. de his qui effuder. vel. dejecer.* et *l.* 3. *ff. si quadrup. paup. fec. dic.* add. §. 1. *inst. de obligat. quae ex quas. delict.* Petr. Caball. *d. l. n.* 22. Gometz. *tom.* 3. *var. resol. c.* 6. *tit. de injur. n.*
13 11. Gratian. *consil.* 39. *n.* 13. *l.* 2. Ex quo apparet, quod sponsa, cui nasus amputatus est, quapropter sponsus a sponsalibus recessit, uti licet *per cap.* 25. *X. de jurejurand.* contra amputantem actionem ad interesse instituere possit, non solum intuitu inflictae deformitatis, cujus aestimationem foeminis dari modo dictum est; sed etiam ratione dissolutorum sponsaliorum, quia sic operis suis omnino carere debet, quas alias rebus oeconomicis sponsi sui aptando, de omnibus juribus et
14 bonis ejus participasset. Et ex eadem ratione clericus quoque ad interesse agere poterit; cui alius deformitatem in facie infligendo irregularitatem causatus est, sic enim et hic operis cariturus est, quibus opimas praebendas et alia commoda clericorum consequi potuisset.

§. 6. Porro si quis capiti hominis aut faciei vulnus 15
infert, et postea mors sequatur, praesumitur adfuisse animus occidendi. Valentin Voltz. *in comment. ad ff. ad l. cornel. de sicar. cap.* 4. *n.* 55. quia in capite et in facie nobilissima hominis pars appetitur. Mascard. *de probat. conclus.* 97. *n.* 27. *vers. verum.* In- 16
de etiam qui in faciei mento aut faucibus alterius vulnus infligit, licet vulnus non sit mortale, nihilominus vulnerans tenetur de homicidio, si vulneratus moriatur, etiamsi spasmus supervenerit. Felin. *in cap. significasti x. de homicid. col.* 2. Boër. *in decis. aur.* 323. *n.* 16. de quo tamen dubito.

§. 7. Ad specialiores casus jam in facto saepius con- 17
tingentes progredimur. Sic fieri videmus nonnunquam, quod alter alterius vultum vel caput amphora vini percutiat, quod facinus, si laesio modica inde oriatur, carceris poena luendum esse, docet Thoro *in compend. decis. p.* 3. *sect.* 2. *f.* 260. verum si vulnus gravius inde existat, aut ampulla vitrea adhibeatur, coercitionem ad temporalem relegationem usque extendi posse, in praejudicio docet don Michael de Cortiada *decis.* 99. *n.* 32. Qui dente vel unguibus alterius faciem vul- 18
nerat, puniendus est tamquam percutiens cum baculo, levior enim solet offensio cum manibus, quam cum dentibus et unguibus Caball. *in resol. crimin. cas.* 64. *n.* 13. *seq.*

§. 8. Major adhuc subest malitia in illo delicto, 19
quando scelesti quidam vel viris vel mulieribus honestis faciem novacula vel alio gladii genere vel etiam vitro aut nummo vulnerant, eisque poenam gravissimam juste et merito dictari autumat Menoch. *de arbitr. jud. quaest. l.* 2. *cent.* 6. *cas.* 575. *n.* 3. Quod 20
eo magis verum, si ita incidantur genae mulierum libidinosis morem gerere recusantium, ubi delinquentes in judicium vocandi, et nisi laesa pars injuriam remittat, sine acri coercitione non dimitti debent, capitalis tamen poena locum non habet, juxta Aegidium Bossium *in pract. crimin. tit. de homicid. n.* 42.

§. 9. Quod si ex vulnere offendatur oculus, gravius 21
adhuc reputandum erit delictum, praesertim si impediatur virtus visiva *d.* §. 9. *inst. de injur. cap. si evangelica* 13. *dist.* 55. *l.* 7. *in fin. ff. de injur.* Inducitur enim non solum deformitas, sed etiam horribilitas, turpitudo atque dehonestamentum. Quod eo 22
magis verum, si oculus penitus effodiatur. Quamvis etiam isto casu, si scil. vis visiva tantum auferatur, oculus vero remaneat, nihilominus poena homicidii dictari possit, teste Bald. *in l. reos. n.* 9 *in princip. c. de accusat.* Farinac. *in pract. criminal. quaest.* 18. *n.* 100. Nam hic paria sunt, effodere oculum, vel sic laedere, ut illis non videat vulneratus. vid *l. binas aedes et ibi* Baldus *in pract. sub. n.* 1. *ff. de servitut. praedior. urb.* Quae tamen sententia et poena, 23
utpote maxime dura, tutius in arbitrariam commutabitur, cum inter oculum et vitam hominis nulla sit proportio.

§. 10. Qui alteri sutorio vel alio cultro nasum am- 24
putat, potest temporali relegatione affici, don Michael de Cortiada *decis.* 99. *n.* 32. *in fin.* Communi enim

omnium opinione pro maxima injuria habetur, Paris
25 de Put. *de re milit. cap. in pugna factâ n.* 8. Quatenus porro in aspectum cadit lingua, de hac memoratu dignum, quod, qui sibi ipsi linguam abscindit, ne confiteri possit, pro confesso habeatur, quando fuit in flagranti crimine deprehensus. Bonifac. Vitell. *de malefic. tit. de inquisit. n.* 49. Carer. *in pract. crimin. de tortura* §. *v. tertium indicium n.* 43. Procedit hoc etiam in carcerato, qui timore tormentorum sibi linguam abscindit, Petr. Caball. *in resol. crim. cas.* 213. *cent.* 3. Sebast. Guazzin. *tract. ad def. inquisit. part.* 1. *def.* 6. *n.* 79.

26 §. 11. Expilans alteri barbam vel capillos, ita tamen, ut sanguis non exeat, tenetur parti ad 10. et fisco ad 20. libras §. *si quis aliquem. de pace tenenda.* 2. *feud.* 27. Ludov. Pontan. *roman. singul.* 568. Hanc autem poenam aggravari posse nullus dubito, si in loco certo flagitii signum est, praecisas comas habere,
27 et aliquis honestiori capillos ita evellat. Quod si quis per barbam liberum hominem in rixa tantum capiat sine expilatione, 5. solidis multatur *d.* §. *si quis aliquem.* vid. Petr. Gregor. Tholosan. *in syntagm. jur. univers. l.* 38. *tit.* 3. *n.* 16. *seq.* Quae multa, uti omnes juris civilis poenae pecuniariae, hodie mutata est
28 in arbitrariam. Si autem sanguis per talem evulsionem profundatur, tenebitur evellens ad poenam statutariam illis dictatam, qui sanguinem alterius sine gravi vulnere eliciunt. vulgo *ein Blutfrevel.*

§. 12. Porro illi, qui ex cicatricibus venam gloriam 29
sectantur, si se ipsos vulnerent, non secus puniendi erunt ac si alium vulnerassent. arg. *l.* 3. §. 6. *ff. de bon. eor. qui ant. sent. l.* 6. §. 7. *ff. de re milit. l.* 38. §. 12. *ff. de poen.* Thomm. Grammat. *in decis. neapolit.* 44. *n.* 5. Publica enim interest, nullius faciem 30
esse horrendam aspectu, cum hoc facile in aliorum, praecipue praegnantium tendere possit incommodum; nec alia ratio subfuit, cur divinum numen per Mosen prohibuerit, ne delinquenti ultra 40. plagas inferantur, nisi ut praecaveatur, ne foede laceratus ante oculos aliorum abiret.

§. 13. Plura excludit temporis angustia, cujus quo- 31
que intuito mitius aliorum de opera haecce nostra judicium sperare audeo. Tibi vero optime Deus pro benignissima studiorum benedictione grates persolvo immortales, humillime rogans, ne faciem nostram unquam vel praeteritorum pudore rubere; vel praesentium futurorumque metu expallescere sinas, sed gratiam tuam coelitus nobis impertiaris, quo posthac gloriae nominis tui et saluti proximi inservire valeamus. At tu, benevole lector, integra, h. e. non calumniosa fronte has pagellas inspice, et si errores inibi deprehenderis, humanae sortis memor existes, cui, ut errare facillimum, ita et erroribus veniam indulsisse omnino convenit.

S. D. G.

DISPUTATIO DECIMA QUARTA

DE SATISFACTIONE.

AD DIEM AUGUSTI, ANNO MDCLXXXV.

PRO LICENTIA

DAVID SCHMALTZ, POMERAN.

I. N. J.

Qui thema quoddam exponunt publice, in commendationem materiae excurrunt in antecessum, et favorem lectoris verborum lenociniis aucupant. Ego si utrumque in praesens omisero, me excusatum fore reor. Thematis exhibendi necessitatem, mihi imponunt recepti universitatum mores, qui ad honores admittunt neminem, nisi qui publico conflictu ingenii vires probaverit. Materiam suppeditarunt frequentes desuper inter creditores et debitores motae controversiae, dum satisfactionem illi urgent, hi se satisfecisse praetendunt. Nec in promptu debitori semper pecunia, ut *solutione* se a nexu crediti liberet, quare alia opus *satisfactione*, quae eapropter a solutione diversa. Hanc ergo, satisfacturus *amplissimae facultatis juridicae* statutis, de satisfactione materiam, ob suam, qua in foro quoque pollet utilitatem prae caeteris, ex suasu Pauli in *l.* 25. *ff. d. liber. legat*, quod quotidiana et magis necessaria, plenius sint attingenda, elegi. Habebis autem l. b. opellam paucis inclusam paginis, quippe, urgente id temporis ratione, quae longam intercapedinem et alia propter concatenata negotia prolixitatem non admisit, properandum mihi fuit. Idcirco si non omnia reperias limata, aut palato tuo arridentia, veniam mihi promitto largissimam, quod animus saepissime fuerit interruptus, ne dicam in momento ad aliena abstractus. Imo omnibus satisfacere,

omniumque habere memoriam, et in nullo penitus peccare, divinitatis potius sit quam humanitatis. Fave igitur coeptis, aequi bonique haecce consule. Tu vero summe Deus, ut cuncta ex voto evadant, clementer largiaris. Sit itaque

CAPUT I.

Continens Praeliminaria.

SUMMARIA

Jus in facultatem et aptitudinem dividitur. n. 1. seq.
De fonte juris. n. 3.
Obligatio ex jure resultans quotuplex? n. 5.
Quae minus plena? n. 7.
Bartoli sententia. n. 9.
An utrobique obligatio ad satisfactionem adsit? n. 10.
Dominium quid? n. 11.
Ejus origo. n. 12.
An a natura? n. 13.
An ex dominio nascatur obligatio? n. 15. seq.
Respond. ad §. 1. instit. d. act. n. 17.
Discessus hominum ab obligatione naturali. n. 18.
Quousque se extendat lumen mentis? n. 20.
Ad quem statum satisfactio pertineat? n. 21.
Satisfactio a solutione differt. n. 23.
De voce ipsa. n. 26.
Quo effectu vox satisfactionis veniat in dispositione hominis? n. 27.
Quomodo in dispositione juris? n. 28.
Satisfactionis descriptio. n. 29.

1 Jus, moralis quatenus dicitur qualitas personae competens ad aliquid juste habendum, vel agendum, dividitur in facultatem et aptitudinem: ita ut illa sub nomine qualitatis perfectae, haec vero minus perfectae, instar actus et potentiae in naturalibus veniat
2 consideranda. Aptitudinem Ἀξίαν i. e. dignitatem cum Aristotele; facultatem autem jus proprie aut stricte dictum Grot. *de j. b. et p. lib.* 1. *c.* 1. §. 4. *et* 5. appellat, et jurisconsulti vocabulo sui eam exprimunt. Hahn. ad Wesenbec. *de just. et jur. n.* 19. Pufend. *de jur. natur. et gent. lib.* 1. *c.* 7. §. 7. Cujus fons conveniens humano intellectui, societatis custodia est.
3 Constat namque hominem omnium animans esse eximium, multoque longius a caeteris omnibus differens, quam caeterorum inter se distant genera, uti multae actiones et affectiones, humani generis propria, isti rei testimonium perhibent, potissimum autem appetitus societatis, id est communitatis, non qualiscumque sed tranquillae, et pro sui intellectus modo ordinatae; quia ad socialitatem natura hominis a Creatore in genere quidem est determinata, sed societates peculiares constituere atque ex ductu rationis inire, in
4 hominum arbitrio relictum. Ut igitur semel constituta societas semper conservetur inconcussa, tranquillitasque in ea perpetuo custodiatur, sequendum est hominii quod morum honestatem ac innocentiam inducit, societatisque indoli per omnia congruum deprehenditur. Hinc alieni abstinentia, et si quid alieni habeamus aut lucri inde fecerimus restitutio, promissorum implendorum obligatio, damni culpa dati reparatio, et poenae inter homines meritum. Quamvis itaque et caeterarum animantium, quaedam utilitatum suarum studium, partim foetuum suorum, partim aliorum sibi congenerum respectu, ex principio aliquo intelligente extrinseco aliquatenus temperent, attamen ut homo cum societatis appetitu excellente, circa similia similiter, quoniam circa actus alios neutiquam suis difficiliores, par intelligentia in iis non apparet, agere nequeunt, isti enim soli, sciendi, agendique secundum generalia praecepta, deque rerum harmonia inter se judicandi, ut et societatem tamquam fundamentum ejus juris, quod proprie tali nomine appellatur, convenienter custodiendi, inest facultas.

Continet autem inter alia sub se dictum jus obli- 5
gationem, quam vocant plenam et dominium. Obli- 6
gationem multifariam alias distinguere solent; vel in congenitam aut adventitiam vel naturalem et civilem, perpetuam aut temporariam, mutuam aut non mutuam etc. vid. praelleg. Pufend. *l.* 3. *c.* 4. Sed ego paucissimis dumtaxat quid plena, quidve minus plena sit obligatio hac vice delineabo. Plenam dicunt, ubi et 7
obligatio est in nobis, et alteri jus quaesitum ad exigendum illud ad quod obligati sumus. Minus plenam vero, ubi obligatio quidem est in nobis, alteri autem nullum jus quaesitum ad exigendum illud, ad quod obligati sumus, v. gr. (praeter obligationem ad ἀντίδωρα) legata integra solvere sine detractione falcidiae, reddere debitum, quo quis in poenam creditoris erat liberatus, sive cujus exactioni opponere quis poterat setum macedonianum, de quo tamen merito dubitat dn. Ziegler. ad Grot. *lib.* 2. *pag.* 373. vid. Bernhard. Sutholt. *dissert.* 12. *aphor.* 15. *et seqq.* Alii et id exem- 8
pli loco adferunt: quando paciscentium intentio fuit, perfectam obligationem contrahere, sed per errorem ac imprudentiam solemnia in lege praescripta omiserunt, cum et tunc promissor ex naturali aequitate ad promissum implendum teneatur, aliter licet ad illud exigendum in foro civili actionem non habeat. Verum quia in hoc exemplo promissionis imperfectio, non ex ratione juris intrinseca, sed ex l. saltim positiva, quae praeter morem juris in se et absolute considerati, istius effectum a certis formulis suspendit, resultet, idcirco aptum mihi non videtur. Convenientius egit 9
Bartol. a Saxoferrat. *ad l.* 5. *ff. de instit. et jur. n.* 11. quod obligationem ex aequitate naturali descendentem rursus fecerit duplicem, asserendo, quod quaedam sit redacta in praecepta juris civ. ut *in l.* 26. §. 12 *de cond. indebit.* ubi libertus, licet naturaliter teneatur benefacere patrono suo, ad id tamen, quia in praecepta juris civilis redactum est, per officium judicis cogi potest. *l.* 1. §. 10. *ff. de offic praef. urb.* Quaedam vero non sit redacta in praecepta juris, sed 10
mere stet a cordibus laicorum, ut obligatio ad autidora. Utraque et plena et minus plena in materia satisfactionis, quantum omnimodam liberationem ab obligationis nexu respicit, sibi vindicat locum, ex ratione, quod minus plena aeque ac pariter in con-

scientia astringit, et intuitu debitoris intrinsecam validitatem, necessitatemque praestandi infert, uti plena et perfecta, externus etsi petendi aut exigendi modus ob unum vel alterum respectum intercipiatur, et impediatur.

11 Dominium definitur, quod sit jus in re, qua res cujusvis propria est, Eckolt. *ad ff. de rei vindicat.* §. 1. Res scil. non physice et intrinsece afficiens, sed moralem saltem effectum in ordine ad alios homines producens. Indicat enim unionem quamdam moralem rei cum persona, qua hic vel ille homo quoad substantiam et utilitatem istius praefertur aliis, et quodammodo res propter peculiarem, quam ad eum habet connexionem, ipsi homini, qui rem suam dicit, devincta censetur. 12 Est autem dominium, quoad omnes res creatas immediate per divinam liberalitatem, in prima statim creatione Adamo concessum, in tantum, ut hic non solum a rebus universis alios jure excludere, sed et nemo alius, si quis adfuisset, jus occupandi res nondum possessas universas, et possidendi habere potuerit. Nec ipsi quidem Adami liberi, quamdiu familia patris continebantur, nisi qua ille adsignatione aliquid proprii, aut more romano, peculia eis permisit, et iidem post emancipationem demum, mortemve Adami, divisis inter se rebus successerint. Et sicuti hoc jus seu dicta dominii ratio, Adamo ante diluvium fuit collata, ita in Noacho, mundo iterum post diluvium reparato, renovata apparet. *Gen.* 13 9. Quocirca, quid de quaestione: utrum dominium rerum sit, a natura, an vero ex instituto? judicandum sit facile constabit. Nam si forma dominii, quae in proprietate consistit, homini uti dictum statim fuerit coeva, omnino id naturae, accedente inprimis justitia suum cuique tribuente, et necessario ad societatem stabiliendam et promovendam affectu, erit adscribendum. vid. Joh. Georg. Simon. *Praeceptor meus olim dexterrimus in not. ad Grot. de jur. bell. ac pac. lib.* 2. *c.* 2. §. 2. Dissent. *ibid.* Grot. Pufend. *de jur. n. et g. lib.* 4. *c.* 4. §. 1. et Selden. *in mar. claus. lib.* 1. *c.* 4. sese in notissima assertione primaevae rerum communionis et postea ex eadem introducta rerum proprie- 14 tate fundantes. Non obstat. *l.* 5. *ff. de j. et j.* verb. domin. distinct. nam distinguendum esse cum aliis puto, inter primaevam dominii concessionem, et primam dominii concessi divisionem. De quo tamen Deo dante, in conflictu si occasio offeratur prolivior ero.

15 Vis dominii consistit in obligatione, ratione cujus similiter uti in aliis teneri; v. g. teneri rei vindicatione, haereditatis petitione etc. quod verbum necessitatem dandi faciendique significat, et obligationis aliquid, quo teneri quis asseratur praesupponit, dicimur 16 Strauch. *ad ff. disp.* 5. *th.* 29. Paradoxon quidem apparere posset jus civile respicienti, ex dominio nasci obligationem, quatenus hoc pacto confunderentur jura conventionum, sive ad rem, cum jure in re. vid. Felden. ad Grot. *p.* 245. At quoniam Goedd. *ad l.* 12. *pr. ff. de v. s. n.* 4. jamdudum huic dubio satisfecit, statuendo scilicet, aliam obligationem esse, quae ex conventione sive pacto, aut contractu praevio oritur, aliamque quae ex re, seu causa, h. e. dominio vel quasi, et jure quod nobis abest, producitur, immediateque ac per se in homines resultat. Et praealleg. Grot. *l.* 2. integrum *cap.* 10. nimirum, *de obligatione quae ex dominio oritur*, conscripsit, merito hac vice abstineo., 17 neque ad illos refero. Non repugnante asserto. §. 1. *omnium. instit. de actionib. in verb. nullo jure.* Resp. enim cum Goedd. praelaudatus Simon. *in not. ad* Grot. *l.* 2. *c.* 10. §. 1. verba *nullo jure*: non absolute, sed conventionis intuitu proferri. Cum reales actiones non ex conventione, sed causa acquirendi dominii et possessionis, seu ex jure constituto, proveniant. Etsi igitur nullo conventionis jure rei nostrae detentor obligatus sit, utique tamen causa, h. e. dominii vel quasi, et juris, quod nobis abest, manet obstrictus et obligatus debito; quod est restitutio.

Haec quamvis ita sint, attamen videmus, hominem 18 in statu quo vivimus hypothetico, eo non considerato, quod sciat se appetitum possidere societatis sui similium naturalem, seque ex communi cum omnibus sane speciei parente procreatum esse, et proprietatem rerum ab ipso Deo derivari, ex sacris praeprimis compertum habeat, in tantam abire perversitatem ut societatem, ac amicitiam mutuo colendam parum curet, imo destruat, et sibi soli vivere, sibique soli omnia lucrari, posthobito proximi prorsus commodo, intendat. Homo qui 19 dem tam absolute et absque ullo ad Deum aut societatem respectu, quam relative in quantum et creatori et civitati ad cultum pariter et obsequium adstringitur, consideratus, sub idea rectae rationis, semper est concipiendus. Verum quantam anxietatis congeriem, quantam malorum convallem, quantamve bellorum colluviem miseris post lapsum hominibus, conciliaverit aliena habendi libido, eaque similiter corradendi intemperies, et majorum tradita deplorant, et moderna tempora satis eloquuntur. Natura namque degenerata a vero justitiae tramite; hominem deflectit, stimulatque, ut discursum rectae rationis spernat; et creatoris sui sancito, de fide inviecm naturaliter servanda, deque suum cuique tribuendo, contraveniat. Cui refrenando, ne omnis religio et morum honestas, quae extra societatem sive citra reflexionem ad alios homines fere nulla est, in perniciem totius terrarum latifundii penitus subvertatur, efficacissimis remediis, quibus homo lapsus erigi, in melius reformari, ac ad vera sua incunabula iterum reduci potest, obveniendum. Lumen 20 enim mentis obfuscatum licet videamus, extinctum tamen non deprehendimus; habet adhuc homo facultatem, cujus ope res accurate potest comprehendere, eas inter se conferre, ex notioribus ignotiora colligere, deque rerum convenientia inter se statuere; quam exercere, indiesque excolere oportet, ut temperamentum aut decens moderatio, motibus naturalibus et corruptis superimponatur, ex qua peculiaris quaedam harmonia in actionibus humanis vicissim concilietur, et insignis quidam decor atque ordo vitam hominis exornet. Illustrari haec possunt per ea, quae satis docte ac ponderose de attributis aut entibus moralibus scripsit dn. Pufend. *de jur. n. et g. l.* 1. *c.* 1. quo merito brevitatis causa lectorem remitto.

Interea cum non sine ratione et satisfactio, quate- 21 nus ad statum quem dicunt pacificum conservandum aut reparandum modificatur, et certis aut nullis limitibus pro ratione intensionis aut extensionis circumscribitur eo referri possit; occasio equidem inte- 22 grum conscribendi tractatum mihi esset opportuna, pro dignitate si inprimis et secundum statum quietum vel communem aut peculiarem, vel internum vel externum itemque sedem materiarum, tam in civilibus quam poenalibus rem investigare atque explanare

constituissem. Quoniam vero omni renuntiavi prolixitudini, hinc eam saltem brevissimis, principaliter autem in quantum vicem solutionis subit in civilibus, expendere decrevi.

23 Est itaque in jure aliud solvere aliud satisfacere. *l.* 6. *ff. quib. mod. pign. vel hypothec. l.* 41. §. *si ff. de man. test.* Attamen pariter dicitur, de satisfactione quod pro solutione sit, idemque quod solutio operetur *l.* 52. *ff. de solutionibus et l.* 19. §. 1. *de reb. credit.* vid. Hering. *de fidejuss. c.* 4. *n.* 32. *et c.* 20.

24 §. 21. *n.* 10. Distant vero ab invicem, quod solutio idoneitatem h. e. ut ipse res debita juxta obligationis modum et qualitatem solvatur, requirat. *l.* 2. §. 1. *ff. de reb. credit. et l.* 16. *c. de solution.* Satisfactio a contra, aliud pro alio, et quamquam non solutum sit admittat. *l.* 9. §. 2. *ff. de pignorat. act.* Rittershus. *ad nov. p.* 2. *c.* 5. *n.* 13. *et* 14. sicque pactum commissorium evictionem, cessionem bonorum, dationem in solutum, delegationem, cessionem fructuum sive antichresin, venditionem cum pacto de retrovendendo, et suo modo pignoris dationem pariterque fidejussio-

25 nem etc. sub se comprehendat. Ut hinc solutione generalius accepta, omnis satisfactio comprehendatur. Quamvis rectius satisfactio pro genere solutionis capiatur, mihi tamen ad specialia progredi propositum non est, sed circa generalem satisfactionis indolem subsistam.

Circa vocem satisfactionis non occupabor, cum ejus

26 natales vulgo noti. Nec amplitudinem verbi *satisfacere* tangam, ejus enim usum in jure ostendit prolixe Bris-

27 son. *de v. s. lib.* 17. *voc. satisfacere.* Hoc tamen subnectere juvat; verbum *satisfacere* in dispositione hominis sive quando ab homine profertur, regulariter solutionem, quoad satisfactionem praesertim faciendam significare, deque ea sola intelligi, ita ut promissor dando pignora vel fidejussores, aut alio modo satisfaciendo se liberare non possit, sed praecise solvere teneatur: quando autem in jure occurrit, et de 28
facta sive adimpleta agitur satisfactione, tunc in omni genere, per quod impleta fuerit voluntas creditoris, verificari *l.* 1. *ff. qui satisd. cog.* Semper siquidem ubi creditor vel quid accipit pro quo, vel remisit aut liberavit, aut aliter consensit, vere et proprie, qualitercumque etiam id factum sit, dicitur satisfactum, quia id quo contentus erat creditor praestitum est *l.* 8. §. 3. *ff. de v. o.* ut hinc indubitatum sit: sine consensu creditoris non aliter satisfieri dici, nisi solvendo; accedente vero consensu, omni alio modo expediri, quo desiderium creditoris impletur. Brunnem. *ad auth. si quando c. de constit. pecun.* Joan. Petr. Surd. *dec.* 246. *n.* 24. Ut inde satisfactio mihi sit modus 29
dissolvendi obligationis vinculum, vel citra praestationem rei debitae ex dispositione juris vel ex beneplacito creditoris. Non ergo rei debitae praestationem specificam hic suppono, quippe tum propria foret solutio, et ita invito solvi potest. *l.* 39. *ff. de negot. gest.* Sed qualemcumque alterius rei oblationem, quo vel ill. volunt, ut contentus sit creditor. vid. *novell.* 4. *c.* 3. vel contentum se fore declarat creditor, sive illa oblatio aequipolleat credito, sive non. Nam et minus accipere potest creditor, et imaginarise etiam solutioni acquiescere: ubi enim solutio deficit, satisfactio tamen non mox deficit, *l.* 49. §. *fin. ff. de solut.*

CAPUT II.

De causa efficiente et subjecto satisfactionis.

SUMMARIA

Causa remota est indigentia. n. 1.
Pretium quotuplex? n. 2.
Defectus pecuniae locum facit satisfactioni. n. 4.
Causa propiaqua. n. 6.
Quomodo dominium causam satisfactioni praebeat? n. 7.
Ostenditur exemplis. n. 9. *seqq.*
Depositi restitutio quando denegetur? n. 11. *seqq.*
De obligatione ad restituendas res non extantes. n. 13.
Factum quotuplex? n. 15.
Diversitas bonae et malaefidei quid hic operetur? n. 16.
De personis quibus satisfaciendi licentia competat. n. 20.
Satisfactio per alium expediri potest. n. 28.
Ad quam satisfactionem mal. fid. possessor teneatur? n. 29. *seq.*
Ad quos fructus restituendos bonae fidei possessor teneatur? n. 34. *seqq.*
Quid in mal. fid. poss. ex post facto tali? n. 36.
De satisfactione ob rem perditam. n. 37. *seqq.*
Cui fieri possit satisfactio? n. 39. *seqq.*
De adjecto. n. 42.

1 Causa et quidem remota satisfactionis, tum communis tum specialis indigentia est. Illa cernitur ex eo, quod pretium non sufficiat expediendis negotiis hominum et commerciis quotidie magis increbescentibus. Haec autem ex inopia seu impossibilitate idoneae aut legitimo modo promissa adimplendi, a parte debitoris existente. Pretium alias quod sit quantitas 2
moralis seu valor rerum et actionum in commercium venientium, secundum quam illae invicem comparari possunt, definire, ac in vulgare et eminens dividere solent. Illud in rebus et actionibus seu operis in 3
commercium venientibus, quatenus usum aliquem et delectationem hominibus afferunt. Hoc vero in nummo, et quicquid ejus vicem gerit, in quantum omnium rerum et operarum pretia virtualiter continere et communem earumdem mensuram praebere intelligitur, spectari dicunt Pufend. *d j. n. et g. l.* 5. *c.* 1. §. 2. *et* 3. Sed qualiter etiam pretium sumatur, fieri potest, ut 4
debitor promissum, juxta obligationis modum et qualitatem praestare nequeat. Ideoque juris communis regulam: quod aliud pro alio invito creditori solvi non possit *l.* 2. §. 1. *ff. d. r. c. l.* 16. *c. d. solutionibus* ob indigentiam necessitatem. seu inopiam relaxare decet, quo faciunt, quod satisfactio pro solutione sit aequa *l.* 25. *ff. de solut.* et solvere jussus vel condemnatus, ex idonea causa ad satisfactionem admittendus sit. *l.* 4. §. 3. *ff. d. r. judicat.* Adeo ut subla- 5
vendae inopiae et juris rigoris declinandi ergo, etiam post sententiam inter extrema executionis debitori

ad beneficium satisfactionis provocare integrum sit. *Recess. imperii de anno* 1654. Mev. *p.* 2. *decis.* 328. Perinde namque tum est, ac si revera solutum esset *l.* 47. *ff. d. v. signif.*

6 Causa propinqua varia quidem enumerari posset. At eam vel obligationem, vel dominium, aut brevibus jus vel factum nostrum esse dico. Sub obligatione, minus plenam, me nunc semper jus actionis praesupponente, non comprehendo, sed potius omnis generis perfectam obligationem vel in onerosis vel in
7 lucrativis obvenientem intendo. Dominium delineavi jam antea, pauca tamen ejus vim concernentia, adhuc addam; quod sc. ejus intuitu obligatio nascatur aut e rebus exstantibus, ita ut rerum nomine, etiam jus in personas, qua utile nobis esse potest contineatur, aut non exstantibus. Seu quod versetur obligatio ex isto proveniens non solum circa res quae in patrimonio nostro reperiuntur, sed etiam quae patrimonio nostro absunt, et tamen ad illud jure supplendum conducunt; sive natura et corporaliter adhuc existant, sive consumptae sint tam physice quam moraliter, adeo-
8 que in aequivalenti saltim repraesentari debeant. Ex illis, extantibus scilicet, oritur obligatio, qua tenetur is, qui rem nostram in sua potestate habet, quantum in se est efficere, ut in nostram potestatem veniat: non attento, bona quis an mala fide rei possessionem nactus sit: nec referente, ex gentium an ex civili jure oriatur, quia alia obligatio est ex delicto, alia ex re; et dominium semper secum habet quae sibi sunt naturalia, inter quae obligatio est, omnes homines, ad rem cum fructibus, salvis tamen impensis domino restituendam tenens. Grot. *d. j. b. ac p.*
9 *l.* 2. *c.* 10. §. 1. *n.* 3. *et* 4. Et hoc est quod Martianus *in l.* 25. *ff. de action. rer. amotar.* ait, jure gentium condici posse res ab his, qui non ex justa causa possident: et quod ab Ulpiano *in l.* 43. §. 9. *ff. de furt.* proditum; eum qui rem alienam invenit, ita ad eam domino reddendam teneri, ut εὑρετοῦ, hoc est praemium inventionis petere non possit. Itemque Tryphonino *in l.* 31. §. 1. *ff. deposit.* dictum est; latro spo-
10 lia quae mihi abstulit, posuit apud Sejum, malitiae deponentis inscium: utrum latroni, an mihi restituere Sejus debeat? si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is (*arg. l.* 1. §. 39. *ff. deposit.*) qui dedit, si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis, quae negotio isto contiguntur impletur, mihi reddenda, quae facto scelestissimo mihi adempta sunt.
11 Et probo hanc esse justitiam, quae suum cuique tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae justiore repetitione. Justior namque est repetitio domini ex ipsa cognitione proprietatis, tamquam ratione formali et intrinseca dominii natura: non vero, ut Grot. *l. c.* §. 1. *n.* 4. existimat, ex jure illo contractus universalis, quod dominio aequaevum est. Unde porro et illud sequitur, quod apud eumdem Tryphoninum est, ut qui rem suam ignorans depositam accepit, reddere eam non
12 teneatur, Feldeu. *aa. Grot. p.* 249. Obiter circa *dictam l.* 31. et ex illa adductam regulam, depositum a depositario deponenti esse restituendum, et alias, praeter concurrentiam praedonis et domini notandas volo exceptiones: quarum prima erit, si deponentis bona sint publicata. Secunda, si etiam depositarius in continenti se dominum esse probare velit. Nam hoc casu dominus ipse juste recusabit restitutionem depositi: et licet incontinenti non probaverit, dandum tamen ipsi est tempus, quis haec exceptio tollit jus agendi; cum rei suae depositum non sit, nemoque rem ex asse meam, apud me deponat. Quaecumque autem exceptiones jus agendi perimunt, et ipso jure actoris intentionem annullant, possunt etiam in processu summario opponi, et docet dn. Brunnemann. *ad cit. l.* 31. *n.* 2. 3. *et* 4. Posset adjici tertia cum Ludov. Molin. *de just. et jur. tract.* 2. *tom.* 2. *disp.* 526. *n.* 2. quando in damnum suum aut aliorum deponens, illud repetit, ut, si in furorem incidat, ac gladium depositum repetat. *add. c. ne quis* 14. *c.* 22. *q.* 2.

Sed quod attinet res non extantes, ex his in tantum 13
teneatur alter, in quantum est factus locupletior, sive adultus sive minor aut pupillus sit. Non adversante; pupillum naturaliter non obligari, *argum. l.* 41. *de condict. indeb.* quia et ego hoc verum credo, ratione conventionis, praeprimis si ille fuerit infans, aut infantiae proximus; non vero ratione rei possessae, per quam suum commodum, cum singulari proximi praejudicio auxit. Tametsi adjici posset, obligari quidem pupillum pubertati proximum, naturaliter, ex parte sui, sed eum natura non debere ex parte promissarii, dum ei per naturam denegatur actio dn. Strauch. *dissertat. ad ff.* 5. *th.* 29. Fit autem quis locupletior vel naturali- 14
ter vel civiliter. Naturaliter quando quis revera suum commodum ex alterius incommodo auget. Civiliter per fictionem juris, quatenus factum habetur pro possessione *l.* 25. §. 8. *ff. de haeredit. petit. et l.* 36. *ff. d. r. vindicat.* Factum in genere consideratum facio triplex: vel civile, vel dolosum vel culposum. Ad civile, negotiorum gestio, tutel. et totus titulus institut. de obligat. quae quasi ex contract. nasc. Ad dolosum quodvis de- 15
lictum: et ad culposum obligatio ex l. aquilia seu generalitas restitutionis propter damnum injuria datum referri potest. Quando nunc quaeritur; bona quis an ma- 16
la fide rem possideat? Diversitas obligationis, seu potius diversus ejus respectus, quoad justitiam satisfactionis probe erit conservandus. Nam alia est obligatio ex facto spectatque ad l. aquiliam, alia ex pacto et conventione, aliaque ex re ipsa. Cum igitur occupatus sim circa 17
vindicationem et respective redditionem ipsius rei, ejusque ex quo alter factus est locupletior, illa obligatio quae ex ipsa refluit, considerari, nec cum illa, ex qua moram et interesse a m. f. possessore praetendo, confundi debet. Ex delicto quippe et facto suo seu damno per injuriam et moram causato, non vero ex quadam locupletatione aut incremento rei suae familiaris, quod hic nullum est, m. f. possessor est obligatus. Referri et hic suo modo potest actio de pauperie, quae eleganter 18
deducente dn. Struv. *syntagm. jur. civil. exerc.* 14. *th.* 8. non in culpa domini animalis, sed in eo fundatur quod ipsum animal, licet ratione destituatur ac sine injuria damnum inferat, ex ipsa re, seu damno dato obnoxium fiat, ita ut inde damnum reparetur laeso, aut dominus id, aestimationem damni restituendo, luere necesse habeat. Caeterum ut paucis me expediam, cau- 19
sam proximam voluntatem dantis et accipientis dico. *init. titul. institut. quib. mod. toll. oblig. et l.* 17. *c. de solutionib.*

Personae ergo satisfacientes et satisfactionem reci- 20
pientes subjectum constituere possunt: quoad illas praecipue requiritur, ut liberam et non impeditam

rerum suarum habeant administrationem, alias enim rei in satisfactionem datae dominium, in accipientem non transfertur §. *fin. institut. quib. alien. lic. vel non.* Unde satisfacere arcentur (1.) Pupilli absque tutoris auctoritate *l.* 9. §. 2. *ff. de auctor. et consens. tutor.* (2.) Furiosi et prodigi *l.* 10. *ff. de curator. furios.* (3.) Minores curatorem habentes *l.* 1. §. 3. *ff. de minorib.* (4.) Pater et filius respectu peculii adventitii regularis *l.* 1. *c. de bon. matern. et l. fin.* §. 5. *c. de bon. quae liber.* Sunt tamen casus in quibus patri alienandi conceditur licentia, qui commemorantur in citat. *l. final.* §. 4. *c. de bon. quae liber.* (5.) Maritus quoad praedium dotale inaestimatum *init. tit. instit. quib. alienar. lic. vel non.* quamquam jure canonico alienatio fundi dotalis valeat, si uxoris juramentum accedat. *cap.* 28. *de jurejur. cap.* 2. *eod. in* 6. (6.) Emphyteuta per *l.* 3. *c. de jure emphytheut.* et vassallus absque consensu domini, et (7.) Is qui criminis repetundarum postulatur, reusve criminis laesae majestatis judicatur. *l.* 20. *ff. de accusation.* Aut ut paucis comprehendam: quilibet, quando pacto, testamento aut legis auctoritate, tum ob conditionem personarum, tum qualitatem rerum, tum denique ob alias justas causas, rerum alienatio interdicitur, aut saltim certis limitibus circumscribitur, vid. Struv. *exerc.* 11. *th.* 55. Eo tamen observato, quod non tam dominio aut dominii essentiae in plerisque derogetur, quam exercitio ejus, certi limites, ob justas causas statuantur. add. Grot. *de j. b. et p. l.* 2. *c.* 3. §. 6. Illud autem necesse non est, ut ipse praecise debitor satisfaciat, sed uti et alius, pro eo sciente, vel etiam ignorante aut invito, solvere potest, sic et alium satisfacere posse, modo creditoris non specialiter intersit, puto. *princip. institut. quibus mod. toll. oblig. et l.* 39. *ff. de neg. gest.*

Cum vero, aliter b. f. et aliter m. f. possessor, in puncto satisfactionis teneri possit, delibatis in praecedentibus satisfactionis fontibus, brevib. jam, occasione data, ad quod dicti obstricti sunt, viso prius, quid b. et m. fid. possessor sit, explanabo. b. f. is nominantur possessor, qui ita in b. fide est constitutus, ut ipse nesciat rem ad alium pertinere, seu qui firmiter credit, rem esse suam: et m. f. ille, qui intelligit, vel per crassam negligentiam intelligere omittit, rei possidendae utendaeque jus sibi non competere. Iste quatenus nescit rem ad alium pertinere, ad restituendum nemini: quatenus autem compertum habet, se rem alienam possidere, ad reddendam rem, et rei fructus tam extantes, quam certo modo consumptos, tenetur. Si enim res mea, cujus dominium, neque meo consensu, neque ex delicto aut jure belli amisi, in alterum incidat, et is ex ea lucrum ceperit, mihi reposcenti, et rem et lucrum restituere debet, nec hoc ullo praetextu, cum idem sit velut pars ac fructus superstes rei ad me pertinentis, retinere potest. Non obstante: quod b. f. possessor ad ea restituenda, quae ex re alterius lucratus est, non teneatur. Felden. *ad Grot. p.* 247. quoniam sciendum, quod obligatio ex re orta et quantum aequitatem repetitionis ac restitutionis, tam respectu rei, quam rei fructuum, secum trahit, non confundi debeat, cum medio petendi, quod saepius obligatio ex conventione aut facto comitatur. Oppositum, non tam rem acquisitam, quam semper respectus sive nexus moralis, ex alterius, veri scil. dominii jure fluens sequitur, quam personam acquirentem, ejusve factum concernit. Quamvis recte si res perpendatur, b. f. possessor, quamdiu in b. fide fuit, ex re alterius civiliter nihil lucratus sit, nec idcirco ad restitutionem aut satisfactionem obligatus dici possit, vid. dn. Simon. *in dissert. ad Grot. X.* §. 13. Tenetur itaque b. f. possessor, praeter rem ipsam, ad restituendum rei fructus extantes, tam ante, quam post litis contestationem perceptos *l.* 20. *ff. de r. v. l.* 40. *ff. de a. r. d.* ut et consumptos, si modo alias tantumdem quoque consumpturus fuisset, aut alio modo locupletior factus sit, per *l.* 32. *ff. de reb. credit. l.* 25. §. 11. *ff. de haered. petit.* et 206. *d. r. i.* Ludwell. *d.* 4. *thes.* 6. *lit. g.* Etsi interim cum aliis lubenter concedam, rei vindicationi, quoad hos, locum non esse, sed actionem personalem, h. e. condictionem sine causa, in aequitate fundatam, actori, contra b. f. possessorem locupletatum, competere, vid. Grot. *l.* 2. *c.* 10. §. 5. Pufendorff. *l.* 4. *c.* 13. §. 9. et Carpzov. *jurisp. forens. p.* 3. *c.* 32. *def.* 28.

Quaeri hic, simulque fusius tractari posset: an b. f. possessor, fructus solum naturales, an etiam mixtos sive industriales, vindicanti domino, restituere teneatur? Sed cum inter alios, praealleg. d. Simon. §. 24. *et* 25. *dict. dissert.* hanc quaestionem, satis nervose tractaverit, ego hac vice cum dn. Struv. *in resol. ll. obst. ad syntagm. juris civ. exerc.* 11. *th.* 22. *p.* 210. et dn. Pufend. *p.* 585. §. 8. assumpta distinctione, inter fructus rei, sive naturales sive industriales sint, et industriae, facio, ac de caetero me ad dn. Simon. *diss.* refero, m. fidei possessorem quod attinet, is ultra rei rationem, ad restitutionem omnium fructuum, et interesse, ex facto suo, damnoque injuria dato, tenetur. *l.* 33. *ff. de r. v. et l.* 22. *c. eod.* Aliud asserendum de m. f. possessore ex post facto tali, postequam causa in judicium deducta, et lis contestata est, qui saltim de consumptis post litem contestatam, et quos tunc, negligentia sua percipere intermisit, tenetur *l.* 35. *ff. de r. v.* non enim si ante litem contestatam fuerit in b. fid. causam dubiam, actori statim cedere, obligatus est, argumento *l.* 45. *pr. ff. de a. r. d.* Alias m. f. possidens, id vero, ante litem contestatam negans, ad restituendum omnes fructus a tempore litis contestatae vel rei petitae, perceptos aut percipiendos, obstrictus est, postquam per sententiam, talem esse, constiterit. *l.* 20. §. 11. *l.* 25. §. 5. *et* 7. *de petit. haered.* Praeterea ad restitutionem adstringitur et is, qui ante litem contestatam, ultro rem perdiderit, ubi rescivit eam alterius esse, eo fine, ne eam restituere cogeretur, dn. Pufend. *de j. n. et g. l.* 4. *c.* 13. §. 7. ex ratione: quod ex interpretatione juris, pro possessore, qui ante litem contestatam dolo possidere desiit, habeatur *l.* 27. §. 2. *l.* 36. *pr. et l.* 69. *ff. de r. v.* Sic quoque b. f. possessor tenetur, et judicialiter conveniri potest, qui judicium excipit, et rem post litem contestatam sua culpa aut dolo perire fecit, *l.* 10. *c. de a. p. l.* 63. *et* 36. §. 1. 69. *et* 71. *ff. de r. v.* Si autem res, post litem contestatam, naturaliter apud eum esse desierit, absolvendum illum, ubivis credunt. *l.* 27. §. 1. *de r. v.* quia apud eum facultas non fuit inhibendi, rei alioquin naturaliter, vel ex alia certissima necessitate perituae, fatum.

Sed ut ad personas satisfact. recipientes revertar. Satisfactio fieri potest (1.) creditori, is enim solus, ejus quod debetur, exigendi jus habet *l.* 39. *ff. de neg. gest.* modo tamen, sit adultae aetatis, et sanae mentis. Hinc pupillis et minoribus, citra tutoris auctori-

tatem, et decretum judiciale data satisfactio, non liberat debitorem, neque plenissimam securitatem, ita ut nec in integrum restitutioni locus sit, quippe quod beneficium sola tutoris aut curatoris interveniens auctoritas non excludit, tribuit *tot. tit. c. si tut. vel curat. interven. argumento* §. *fin. instit. quib. alien. lic. vel non l.* 25. *c. de administr. tutor.* Carpz. *p.* 2. *c.* 11. *d.* 45. *et seq.* Quae omnia et in furioso prodigove servari, ratio naturalis postulat. *l.* 4. §. 4. *ff. de dol. mal. et met. except.* (2) Procuratori, generale vel speciale man-
41 datum habenti, arg. *l.* 12. *ff. de solut.* Quod si procurator in rem suam, et creditor principalis simul petant, potest recte uti solutio, ita satisfactio, fieri procuratori, sive is directa, sive utili agat actione vid. *l.* 3.
42 *c. de novat.* (3.) Ex voluntate creditoris satisfieri quoque potest ei, praesuppositis nimirum terminis habilibus, qui solutionis causa in contractu est adjectus *l.* 10. *et seq. ff. de solutionib.* modo adjectus in eodem statu manserit *l.* 38. *p. ff. de solut.* Dicitur autem adjectus, qui consensu partium obligationi accedit, ut solutio aut satisfactio ipsi non minus, quam principali fieri possit, et quidem jure obligationis, et habet tunc creditor adversus adjectum ad repetendum id, quod ei in satisfactionem datum est, non negotiorum gestorum, sed mandati actionem §. 4. *inst. de inutil. stipul. l.* 131. *ff. de v. o.* ex utraque enim parte; consensus, qui dat esse mandato. *l.* 1. *ff. mand.* adest: creditor namque ab initio contractus animum mandandi se habere testatur, dum ita contrahit, ut satisfieri aut solvi possit adjecto arg. *l.* 6. §. 2. *l.* 18. *ff. mandat.* Adje- 43
ctus vero, vel citra contradictionem interfuit sui adjectioni, et statim consensisse videtur *l.* 5. *ff. eod.* vel absens fuit tempore contractus, et tunc recipiendo solutionem aut satisfactionem, ratihabet sui adjectionem, ideoque ab initio consensisse videtur arg. *l.* 16. §. 1. *ff. de pignor. l.* 44. §. 1. *de usurp. et usuc. c. ratihabit. de r. i. in* 6. Licet autem adversus adjectum detur actio mandati uti jam dictum exinde tamen non inferendum, eum esse verum procuratorem propter *l.* 12. *pr. et* §. 1. *ff. de solut.* accedit, quod adjecti ut et procuratoris veri, in eo etiam dispar sit ratio, quod mandatum procuratoris re integra revocari possit §. 9. *instit. mandat.* quod secus est in adjecto *l.* 106. *ff. de solut.* vid. dn. Eckolt. *ad tit. ff. de solut.* §. 6. (4) Denique satisfieri potest servis et filiisfamil. qui mu- 44
tuis dandis, exigendisque pecuniis praepositi sunt. *l.* 18. *l.* 35. *ff. de solut.* vel liberam peculii administrationem habent. *l.* 49. *ff. eod. l.* 21. *de jurejur.* vel servo creditori, ex contractu peculiari *l.* 18. *l.* 32. *et* 35. *ff. de solut.*

CAPUT III.

De causa materiali et formali satisfactionis.

SUMMARIA

Objectum sunt res omnes. n. 1.
Creditori competit electio. n. 2.
Quid si res ad dies vitae sit debitoris? n. 3.
Excipiuntur res extra commercium. n. 5.
Huc pertinet homo liber. n. 6.
Respondetur ad l. 33. *ff. de liber. caus. n.* 7.
Respond. ad l. 2. *c. de patr.b. qui fil. dist. n.* 8.
Commercio exemptae res divini juris. n. 11.
Ut et res publ. n. 12.
Idem in rebus litigiosis. n. 13.
Furtivis. n. 14.
De rebus dotalibus. n. 15.
De feudo. n. 16.
De rebus pupillaribus. n. 17.
De rebus alienari prohibitis. n. 18. *et seqq.*
An testamentum sit alienatio? n. 20.
An homo pro satisfactione se ad servitium obligare possit? n. 22.
De alienatione imperii. n. 24.
De casu licitae alienationis rei sacrae. n. 25.
Aliae exceptiones subjiciuntur. n. 28. *et seqq.*
Forma seu quando aliud satisfactionis loco offerri liceat? n. 33.
Praecedere debet distractio. n. 34.
Quid si modicum pretium oblatum. n. 35.
Forma generica satisfactionis. n. 36.
De qualitate aestimationis. n. 37.
De re oblata et postea pluribus vendita. n. 38.

1 Objectum sunt res omnes tam corporales, quam incorporales, tam mobiles, quam immobiles, tam prae-
2 sentes, quam futurae, hoc tamen observato, (1.) quod ordinarie apud creditorem sit electio, in tantum, ut etiam res optimas et praestantissimas eligere queat; quia sic magis consulitur creditori, cui alioquin hic invito aliud pro alio solvitur, et inde aequum est, ut habeat aliquod, coactionis ipsius quasi solatium, proque uno incommodo alterum consequatur commodum. Excipiuntur praedia ecclesiastica: nam si haec creditori ecclesiae in solutum danda sint, non optimum et praestantissimum, sed mediocre dari debet, per *nov.* 129. quod speciale in ecclesia est, cujus major habetur ratio quam privati debitoris, vid. Ritterhus. *ad novell. p.* 2. *c.* 3. *n.* 7. *et* 8. (2.) Quod in iis, quae subsi- 3
stunt et finiuntur in persona dantis, valeat ratio: resoluto jure dantis, resolvi et jus accipientis, uti de servitutibus personalibus perspicuum est atque constat, nisi potestas, ipsam servitutem, v. g. usumfructum, alienandi, ac in alium (ita ut non finiatur morte ejus, cui primum constitutus) transferendi addita sit. Quem usumfructum, ob pactum ejusmodi adjectum, irregularem dicunt. vid. Strav. *s. j. c. exerc.* 12. *thes.* 11. Sub rebus praedictis 4
inter alia comprehendo jus lapidicinarum, et fodinarum, jus venationum, piscationum, et aucupiorum, item fructus civiles: ut reditus ex aedificiis, areis, fundisque perceptibiles.

Excipiuntur autem res extra commercium positae: 5
et sunt tales, vel simpliciter, vel secundum quid. Simpliciter tales sunt, vel jure naturali, vel gentium et 6
civili. Jure naturali ut homo liber. *l.* 1. §. 9. *ff. de o. et a. l.* 103. *de v. o.* hinc est quod non vendi *l.* 34. §. 2. *j. de contrah. empt. et vendit.* §. *fin. instit. de empt. et vend.* neque oppignorari possit. *l.* 6. *c. quae res pignor. obligar. p.* quoniam liber homo non est in commercio, nec corpus suum, in suo habet dominio, aut bonis *l.* 13. *ff. ad l. aquil.* idcirco non potest habere

rationem pignoris *l.* 13. §. 1. *ff. de pignor.* quod porro ex *l. fin. ff. quae res pignor.* colligitur, ubi creditori, qui sciens, filiumfamil. a parente pignori accepit, poena relegationis statuitur. *Non obstat. l.* 33. *ff. de liberal. causa. l.* 6. §. 5. *de injust. rupt. et irrit. testam.* 7 *et* §. 4. *instit. de jur. personar.* Nam conventio privata, ibi, neque servum quemquam neque libertum alicujus facit *l.* 37. *ff. de liber. causa.* Sed ignorantia potius emptoris (scientia quippe nihil operatur. *l.* 7. §. 2. *eod.*) et fraus seu dolus ejus, qui pretii participandi causa se venundare patitur Struv. *s. i. c. ex* 3. *thes.* 18. ex legis sc. potestate, in poenam facti improbi, contra leges admissi. Ludwell. *disp.* 1. *thes.* 17. *lit. c.* 8 Nec *obstat* quoque *l.* 2. *c. de patrib. qui filios suos distrax.* Quia filius, tempore necessitatis a patre alienatus, non fit servus quoad statum, sed est tantum in servitute, et permanet homo liber et ingenuus, perinde, ac si nunquam in servitutem incidisset, duas modo operas, emptori praestat. Congrue igitur statuit Graswinck. *in not. ad grot. l.* 2. *c.* 5. §. 5. in venditione filiorum non transire ad emptorem libertatem, (utpote quam salvam retinet venditus vid. *l.* 26. *c. de transaction.* quae generalis est, et patres quoque concernit *l.* 1. *c. de patrib. qui filios s. distr.*) sed corpus, quatenus mediante eodem, usque ad pristinae ingenuitatis exercitium, rursus pervenire valeat, servitia domino 9 suo exhibere cogitur. Confirmat hoc dn. Eichel. *de jur. quo natural. liber. et par. sibi invicem sunt obstrict. p.* 1. §. 25. Si vero, inquiens, summa parens premitur inopia, adeo, ut neque se, neque filium suum, alere queat, sine omni dubio, eum alius tradere potest, ut ex ipsius operis, et ipse, et pater, si alia vitae praesidia non suppetunt, vivere queant. Jure enim naturae, filius tenetur alere patrem, ergo, si aliter non 10 potest, sua opera, aliis inserviendo. Quo considerato, non iniique *citat. l.* 2. extenditur ad alios casus, in quibus par, aut major ratio est, quoniam si ejusmodi eventus legislatori tunc accidissent, illos procul dubio etiam expressisset. Surd. *de aliment. tit.* 8. *privil.* 38. *n.* 14. itemque ad matrem, (quum pietas, omnibus parentibus alimentationes, in casu necessitatis suppeditandum esse, liberis injungat. vid. Hahn. *ad Wes. tit. ff. de his qui s. vel alien. jur. n.* 2. *verb. distrahere.* nec non, absque ulla differentia, ad quosvis filios, sive suos, sive emancipatos, sanguinolentos aut adultos, extenditur. vid. dn. Ziegler. ad *grot. cit.* §. 5. ita tamen, ut filius, si parentes ad meliorem fortunam redigantur, et casus necessitatis cesset, eos, ad se redimendum cogere possit, interim pretio aucto, si expensis domini artem aliquam didicit.

11 Jure gentium commercio exemptae sunt (1.) Res divini juris, ut sacrae, et religiosae, quarum alienatio ita prohibita *l.* 4. *l.* 6. 22. *et* 62. §. 1. *ff. de contrac. Empt.* ut nec aede sacra diruta valeat, quia locus 12 sacer manet *l.* 73. *eod.* et (2.) Res publicae, quae quidem in proprietate alicujus populi sunt, sed usum omnibus indifferenter praebent, ut flumina portus, §. 2. *inst. de r. d.* Jure vero civili, quarum usus populo, in cujus proprietate sunt, peculiaris est: et vel singulorum in populo, quae habentur commoditatis gratia, veluti theatra, stadia, balnea publica, fora, basilicae, viae publicae: vel universorum tantum, quae in pecunia populi esse dicuntur. Illarum alienatio, prorsus non. *l* 22. *et* 5. *de contrah. empt.* Harum vero, certo, uti infra dicetur, modo valet. Huc referri possunt sacerdotium, magistratus, ut et alia officia publica, quae per pacta privatorum lucrosa transferri nequeunt. *nov.* 6. c. 1. *nov.* 8. *c.* 7. adeo, ut ne quidem suffragii nomine, aliquid pro honoribus consequendis, dare vel promittere, novissimo jure liceat. *dict. nov.* 8. Quae omnia tamen in regno Galliae teste experientia usitatissima sunt, ut etiam exinde aliquot milliones auri in aerarium regis quotannis veniant. Et haec de illis, quae simpliciter extra commercium sunt.

Sequuntur nunc illa, quae quidem per se in com- 13
mercio sunt, sed certo saltem respectu, eximuntur. Et quidem vel ratione ipsius rei, vel personarum contrahentium. Ratione rei, si illi aliquod vitium, vel qualitas certa inhaereat, propter quam, aequum est, ne alienetur. Talis est (1) res litigiosa *l.* 2. *et ultim. de litig.* de cujus nempe dominio vel lis contestata, vel reo in jus vocato, saltim mota est. *nov.* 112. *c.* 1. *auth. litigiosa c. de litigios.* etiam in particulari judicio, ex sententia communi, de qua Coler. *de Proc. executiv. p.* 3. *c.* 11. *n.* 15. *et* 19. (2.) Res furtiva prae- 14
primis, si vel uterque contrahentium, vel solus emptor sciat, rem talem esse *l.* 34. §. 2. *ff de contrah. empt.* Alias res, uti sunt venenum, purpura tam in lana quam serico ratione privatorum *l.* 1. *c. quae res ven. non poss.* annona militaris, sive frumentum publici canonis *l. ult. dict. t.* Eunuchi, *l.* 2. *c. de eunuch.* arma, et materiae ex quibus constant, respectu barbarorum *l.* 2. *c. quae res exp. non deb.* cum scopo non inserviant, hac vice praetereo.

Ratione personarum res commercio eximitur, vel 15
dantis, cui alienatio prohibita est, vel accipientis, qui rei alienandae incapax. Dantis, sive transferentis ratione, alienatio prohibita est, aut a lege aut ab homine. A lege (1.) Maritis quoad praedium dotale *l. unic.* §. 15. *c. de r. uxor. act. et pr. instit. quib. alien. licet. vel non.* quod ut in cap. praecedent. dictum, intelligendum est de casu, ubi dos, inaestimata marito datur, vel aestimata quidem, sed sub ea aestimatione, quae emptionem non inducit, sed saltim, ut Salicet. *in l.* 30. *c. de jur dot.* sit, notitiam deteriorationis, ut sciatur, quantum soluto matrimonio praestandum, si species aliqua diminuta, vel deperdita sit, *l.* 2. *c. de jur. dot.* et hoc casu, alienatio ita prohibita est, ut ne consentiente quidem muliere, valeat *per jur. alleg.* quod sic, propter sexus fragilitatem constitutum est, dum mulier, quae salvo pudore, marito vix contradicere audet, facile ad consentiendum persuaderi potest, nisi post biennium, iterato consensu, alienationem confirmet, ex Maritus solvendo sit *nov.* 61. *c.* 1. §. 3. aut, uti supra notatum, eamd. jurejurando confirmet. (2.) 16
Vassallis in feudo, quod sine consensu domini, et si fuerit antiquum, insuper sine consensu quoque agnatorum, alienari nequit. vid Struv. *in syntagm. j. f. c.* 13. Cujus jure censentur quoque beneficia ecclesiastica, ob debita clericorum. Hartm. Pistor. *Illustr. quaest.* 15. *n.* 10. it. bona fideicommisso gravata *l.* 3. §. 2. *c. comm. de legat.* Praeterea in certis parificant et addunt feudo (3.) Emphyteusin, *l. f. c. de jur. em-* 17
phyt. ibidemque dd. (4.) Prohibentur etiam tutores vel curatores alienare res pupillorum et minorum 25. annis, quae servando servari possunt, maxime immobiles, requiritur enim, ut praevia causae cognitione decretum judicis super alienatione interponatur. *l.* 2. et *t. c. de*

praed. et al. reb. minor. sine decr. etc. in tantum, ut si hoc observatum non fuerit, minor praedium suum, etiam non restituto pretio, nisi, quatenus illud in suum patrimonium versum est, vindicare possit *l.* 10. *c. eod* Unde sola sigillatio, et attestatio magistratus, negotium coram se partibus ita placuisse, non sufficit, sed de decreti tenore, ex actis constare debet. Sfort, Odd. *de restitut. de integrum. p.* 1. *qu.* 22. *art.* 9. *n.* 62. ubi hoc omnino tenendum, et in practica inviolabiliter servandum esse, ait.

18 Ab homine prohibitio fit, potissimum testamento, et vel expresse sive directo, vel tacite, sive per obliquum, et effectu juris. Expresse, si disertis verbis rem testamento relictam alienare vetat, idque cum expressione causae, aut in gratiam alterius, puta liberorum, vel agnatorum aut familiae. *l.* 114. §. 14. *de legat.* 1.

19 *et l.* 38. § 4. *de leg.* 3. Tacite prohibetur alienatio, si testator haereditatem, vel aliam rem singularem restituere jubet: et hoc vel simpliciter, ut in *nov.* 39. vel saltim, quod post certum tempus aut conditionem ex haereditate superfuerit, qui est casus *nov.* 108. Si simpliciter jussa est haereditas restitui, haeres non potest alienare, ultra suam falcidiam vel legitimam. Si post diem, vel conditionem existentem, id quod ex haereditate superfuerit: ex defuncti voluntate, intra tempus restitutioni praefinitum, res haereditarias diminuere haeres, et alienare potest. *l.* 2. §. 2. *ff. de usur. l.* 58. §. *pen et ultim. ad sc. trebell.* modo hoc faciat boni viri arbitratu. *l.* 54. *eod.* id est bona fide, non intervertendi totius fideicommissi, sed necessarii usus causa *d. l.* 3. §. 7. *de usur.* Quod in novell. 108. usque ad quadrantem determinatum, et propterea fideicommissario permissum est, in eum finem ab haerede satisdationem exigere, nisi illam testator vetuerit *dict. nov.* 108. *c.* 1 *et* 2.

20 Sed occasione hujus materiae, locum communem; an testamentum alienatio dici possit? leviter attingere mihi liceat. Sunt qui testamentum, intentionem dumtaxat de alienando in futurum, prae se ferre volunt, v. Puffend. *de j. n. et g. l.* 4. *c.* 10. §. 2. dn. Ziegler. *ad Grot. p.* 198. quia res penes testatorem vivum jure plenissimi dominii remanent, et ex nudo ejus arbitrio omnia revocari possunt, minime vero alienationem ipsam. Ast cum non sic aliquis instituatur: intendo,

21 tibi post mortem bona mea relinquere. Sic ita: relinquo post mortem tibi bona mea, et hanc intentionem meo testamento confirmo, affirmativa mihi perplacet, adhibita distinctione, inter alienationem puram, et eventualem, quam quadamtenus Justinianus imperator per definitionem legati §. 1. *inst. de legat.* declarat. Non enim ibidem, legatum vocat aliquid continens intentionem de donando infuturum, sed donationem, (quae procul dubio est alienationis species) verumtamen non puram, sed eventualem sive conditionatam, quae defuncto demum, et non ante mortem poenitente alienante, peti potest ab haerede. Denique ratione satisfactionem accipientis, prohibetur alienatio rei jam accipientis propriae, argumento *l.* 16. *ff. de contrah. empt. l.* 4. *c. eod. et l.* 45. *de r. i.*

22 Quamquam autem ea, quae de rebus, commercio hominum exemptis, jam adduxi, veritate juris, per omnia innitantur, et regulariter ita se habeant. Interim negari nequit, quod (1.) homo se hodie alteri ad serviendum perpetuo obligare valeat. Ziegler. *ad Grot. l.* 2. *c.* 5. §. 27. et ad hoc, ut perpetuo in aliquo loco vivat. Istud turpe non est, cum etiam ipsa natura dictitet, ut is, qui sibi prospicere nequeat, se alterius dominio subdat, et sic sibi alimenta quaerat, perpetua sc. obligatione, compensata cum perpetua alimentorum praestatione et certitudine. Inde qui non solvendo existens, se ad operas praestandas obligare potest, ita, ut in singulos dies, operae certam recipiant taxationem, et quanti cujuslibet diei operae aestimatae fuerint, tantum indies diminuatur ex debito, deducto prius victu necessario Mev. *ad. j. lubec. l.* 1. *t.* 3. *art.* 1. *n.* 93. 109. *et* 110. Coler. *proc. execut. p.* 1. *c.* 9. qui pro et contra hanc controversiam deducit. Gail. *de* 23
pac. publ. l. 2. *c.* 2. *n.* 23. qui testatur de jure saxon. hoc ita observari. Nec. *obst. l.* 12. *c. de obl. et act.* nam dicta lex non prohibet operas serviles alteri praestare, de quibus tamen quaestio, sed dicit, quod libero homini, ob debitum proprium aut alienum non debeat libertas adimi, et ille sic servituti mancipari. Unde quoq; dn. Brunn. *ad d. l.* dicit, statuta, quae ita disponunt, omnino valere. Hoc sc. ut perpetuo quis in aliquo loco vivat, libertati inimicum non est, cum non solum in jure civili adscriptitios, et glebae addictos deprehendamus, sed etiam, quod mores nostratium, homines proprios de quibus Mev. *pecul. tract.* et Wildfangios in Palatinatu, notos habeamus. Vinn. *ad inst. l.* 1. *tit.* 3. §. 4. *p. m.* 35. de obstagiis v. Mev. *discuss. levum. inop. deb. sect.* 1. *c.* 4. *n.* 137. *et seq.*
De imperiis an alienari possint? quaerere solent. Grot. 24
de j. bell. ac. pac. l. 1. *c.* 3. §. 11. distinguit inter rem ipsam, et modum habendi et §. 14. summitatem imperii, ab habendi plenitudine. Quando itaque imperia, quae sunt in pleno jure proprietatis, i. e. in patrimonio imperantis, alienantur, proprie non ipsi homines, seu populus, sub isto imperio vivens, alienatur, sed jus saltem perpetuum eos regendi, qua populus sunt, nisi populus sit servilis, aut in dominatu constitutus, idem Grot. §. 12. *n.* 1. *et* 2. dn. Ziegler. *ad eumdem p.* 137. et Strauch. *exerc.* 4. *thes.* 18. qui materiam istam prolixe tractaverunt. (2) Negari nequit, 25
quod etiam res divini juris, si vel pia causa interveniat, ut redemptio captivorum, refectio templorum, alimenta pauperum, *l.* 21. *c.* de *s. s. eccl.* vel aes alienum, alienari, et sic quoque in satisfactionem dari possint, maxime, si superfluitas quaedam adsit, *nov.* 120. *c.* 10. vel etiam, non per se fiat alienatio, sed per accidens, ut si praedium, fundus, vel simile quid, distrahatur, cui res sacrae accedunt, nec nominatim excipiuntur *l.* 22. *et seq. ff. de contrah. empt. l.* 62. *de acquir. rer. dom. l.* 5. *de sepulchr. viol.* Qua ratione et jus patronatus, etsi per se alienari nequeat, cum universitate bonorum ad emptorem transit, *c.* 13. *de jur. patronat.* Quo tamen casu non tam ipsae res sa- 26
crae vel religiosae, quam potius ipsorum jus, puta sacrificandi vel mortuum inferendi, alienatum censetur Goedd. *ad l.* 5. *de v. s. n.* 14. Caeterum quod res ec- 27
clesiasticas, quae ad alimenta ministrorum deputatae sunt, attinet, illae, quia proprie sacrae non sunt, et temporales vocantur, alienari possunt, *nov.* 120. quod de mobilibus, praesertim, quae servando servari nequeunt, indistincte verum est, *arg l.* 14. *c. de ss. eccl.* de immobilibus vero, si adsit justa causa, pietatis sc. aut necessitatis, probe explorata *dict. nov.* 120. *c.* 6. *et* 9. *auth. hoc jus. c. de s. s. eccles.* et alienatio fiat,

cum consensu episcopi, et majoris partis capituli, ead.
28 *nov.* 120. *c.* 6. (3) Indifferenter alienari possunt, quae sunt in pecunia populi, ut reditus, vectigalia, emphyteutica praedia, et similia Goedd. *ad l.* 17. *de v. s. n.* 5. modo solemnitates, quae recensentur *in l. ultim. de vendend. reb. civitat.* observatae fuerint (4) res litigiosa in casibus a dn. Eckolt. *ad tit. ff. de litigios.* §. 5.
29 recensitis. (5) Praedium dotale, quando aestimatio venditionis causa facta est, tunc enim dominium per traditionem statim in maritum, et quidem in perpetuum transit, ut semper libere circa istud disponere possit.
30 *l.* 5. *et* 10. *c. de jur. dot.* (6) Feudum, si vel haereditarium, vel debitum onus feudi sit, Struv. *syntagm. j. f. c.* 13 §. 13. de feudis pomeranicis videri possunt dn. Rhet. *ad j. feud. p.* 86. et Mev. *p.* 4. *dec.* 21. *n.* 2. *et dec.* 192. Interea, quoque tempore recte creditur creditori commoditas et fructus feudi, ad vassallum pertinens: item fructus beneficiorum ecclesiasticorum, et bonorum, per fideicommissum restitutioni obnoxiorum, ante adventum diei, vel conditionis, sub qua restitutio fieri debet. Hartm. Pistor. *illustr. quaest.* 15. *n.* 1. *et seq.* unde antichresis, de qua Mev. *discuss. levam. inop. debitor*, *sect.* 11. *c.* 4. *n.* 14. *et seq.* ex profes-
31 so. (7.) Res, ab homine in testamento, sive id directo, sive tacite fiat, alienari prohibita, si sc. prohibitio, sine expressione causae per modum nudi praecepti, facta sit. *l.* 38. §. 4. *de leg.* 3. vel natura rerum, vel aeris alieni necessitas, distractionem urgeat. *l.* 22. §. 3. *ad sc. trebell. l.* 38. *pr. de leg.* 3. Gail. 2. *obs.* 137. *n.* 4. ubi hoc, ad quamcumque alienationem necessariam, puta famis, item redemptionis pro haerede faciendae, extendit, et illam valere tradit etiam tunc, quando testator expresse fideicommissi alienationem
32 prohibuit. *l.* 9. *de fideicomm. libertat.* plura vid. ap. Rittersh. *ad novell. p.* 6. *c.* 11. *n.* 2. Tandem (8.) et res accipientis propria, eid. in solutum dari potest, si vel usufr. saltim illius, vel alterius sit: arg. *l.* 16. §. 1. *ff. de contrah. empt.* quia recte dicitur totus fundus noster esse, cum usufructus alienus est. *l.* 25. *de v. s.* vel proprietas evocari queat: *l.* 4. *c. eod.* vel possessio penes alium sit, cum quo forte judicio contendimus: arg. *l.* 34. §. 4. *ff. d. c. empt.* vel sub conditione alienatio celebretur, et illa existente, res non amplius sit accipientis *l.* 61. *eod.* quod et idem, in stipulatione rei suae, constitutum est, *l.* 29. §. *ult. l.* 39. *l.* 98. *de v. obl.*

33 Ut vero satisfactio, quatenus aliud pro alio obtrudit, locum habeat, constare debet, destitutum esse debitorem, id, quod in obligatione est, praestandi mediis. Ubi enim ordinariis remediis locus est, ad extraordinaria non est decurrendum *l.* 16. *pr. ff. de minorib. et l.* 4. *c. si advers. r. judic.* unde jurare oportet debitores, quod media solvendi non adsint, Mev. *disc. levam. inop. debet. l.* 4. *sect.* 2. *n.* 10. *et seqq.* nisi consentiente creditore aliud pro alio solvatur, *princ*
34 *instit. quib. mod. tollitur oblig.* Quamdiu itaque res, sive mobilis, sive immobilis, distrahi aut vendi, et inde solutio, secundum obligationis modum, creditori fieri potest, satisfactio non est admittenda, etiamsi emptoris conquerendi causa, res subhastari, aut proclamari debeant, quia ita demum necessitas in solutum acceptionis imponitur creditori, si emptor non inveniatur, quod commode, nisi publice venum expositis rebus, impleri nequit, praesertim, cum hodie subhastatio, nisi ex causa infami, aut pudorem laedente, injuriam vel infamiam neque habeat, neque inferat. Manz. *in tract. de patrocin. debit. decad.* 2. *q.* 9. *n.* 39. *q.* 10. *n.* 97. Sed quid, si qui reperitur emptor, nimis 35
modicum offerat pretium? Tunc, inquit praeall. Manz. *qu.* 10. *n.* 99. aequitas monet, emptoris rationem non habendam, sed creditori rem pro justa aestimatione in solutum dandam esse. Paria namque sunt, neminem emere velle, et nolle emere justo pretio. Schneidewin. *i. t.* §. *libert. n.* 6. *instit. de singul. reb. per fideicommiss. vid. quoque l.* 96. *c. de rescind. vendit.* Forma 36
ergo, et quidem generica, dici potest, quod debitoribus ad solvendum non idoneis, indultum sit, res, quas habent, in solutum creditoribus offerre possint, hique, in defectu pecuniae, praevia electione et aestimatione, recipere teneantur. Specifica vero, quam vel ex voluntate partium vel ex modis, sive speciebus, per quas satisfactio expediri potest, ut sunt datio in solutum, cessio bonorum, antichresis etc. accipit. De 37
electione dixi thes. 11. Aestimatio propterea requiritur, ut consulatur tum debitori, ad recipiendum superfluum, si pretium superet debitum: tum creditori, ne, si aestimatio non aequet creditum, praeterquam, quod invitus aliud pro alio recipere cogitur, minus quam debetur, habeat. Qualis autem aestimatio ea esse debeat, *dicitur in novell.* 4. *c. fin.* nempe subtilis sive accurata, quae non laedat debitorem, nec creditorem. Alibi *in nov.* 120. *c.* 6. §. 2. *in fin.* Justinianus justam et directam requirit, vocatque: plura de materia aestimation. tradere nolo, quoniam dn. Mev. *c.* 4. *discuss. levam. inop. debit.* per integram sectionem 13. eam accurate tractavit, et in plerisque fere Germaniae provinciis, ex consuetudine speciali, certa quaedam habetur bonorum aestimatio, quam vulgo *Anschlaege der Güter* nominant. Coler. *de process. executiv. p.* 3. *c.* 9. *n.* 134. Quorum observatio praecipua 38
esse debet. Quid in Marchia obtinet, expressit Köppen. *dec.* 44. *n.* 13. et quid in patria moris sit, ordinatio dicasterii, *de anno* 1683. *tit.* 67. §. 8. *et seq.* edocet. Quid vero, si creditor, qui pro pecunia fundum accepit in solutum, postea pluris enm vendiderit; poteritne debitor id, quod excedit summam debiti, jure ab eo repetere? Resp. quod non: nam industriis, et eventus melior debet prodesse creditori jam domino facto, non autem debitori, qui posteaquam rem in solutum dedit, nihil juris in illa retinuit. Praete- 39
rea, si creditor minori pretio rem vendiderit, aut si res, penes ipsum remanens, deteriorata sit, nullum deinde regressum habebit, contra antiquum debitorem *l. pen. c. de solut. et* Rittersh. *ad nov. p.* 2. *c.* 3. *n.* 19.

CAPUT IV.

De fine, effectu, et cognatis satisfactionis

SUMMARIA

Finis satisfactionis. n. 1. *seq*
Liberat ab obligatione. n. 3.
Parit condictionem chirographi. n. 4. *et seqq.*
Liberatio vel totalis. n. 7.
Vel partialis. n. 8.
Quid si ex pluribus causis debetur? n. 9. *et seq.*
Satisfactio transfert dominium. n. 13.
Quid si res evicta? n. 14.
An liberentur fidejussores? n. 15.
An nominibus pro satisfactione oblatis locus sit legi anastasianae? n. 18.
Consensu quando tollatur obligatio? n. 19.
Alii modi tollendi obligationem. n. 20. *seqq.*
Contraria satisfactionis. n. 25.

1 Finis satisfactionis est, ut per eam tollatur obligatio *pr. instit. q. mod. toll. obl.* et debitor, mediis ordinariis destitutus, secundum aequitatis et humanitatis regulas, sublevetur. Jus quidem si respiciamus merum seu strictum, negari sine dubio nequit, quod nemo de suis rebus teneatur aliquid facere invitus *l. fin. c. de c. empt.* et quod juris executio non habeat injuriam *l.* 13. §. 1. *ff. de injur.* it. etsi quid durum sit, tamen quia lex ita scripta, servari debere *l.* 12.
2 §. 1. *ff. qui et a quibus manum.* At cum jure scripto tutior sit aequitas, et humanitatis obligatio, non modo, quid legibus expressum, cum istae ad certum temporum, rerum et personarum statum, saepius conditae, et legislatorum intentione, atque ipsius constitutionis ratione, obstrictae sint, sed etiam, quid pietati, humanitati atque charitati conveniat, inquirendum et sequendum est. Divina enim voluntas non solum ad eas natura homines invicem devinxit, praeceptisque suis adhuc instigat, sed et ipsa natura inter illos cognationem quamdam constituit, quae in omnibus obligationem producit, et ex hac effectum, et inditum jus, ut nec damnum inferre, nec negare sine graviori suo incommodo beneficium debeant, quid quod custodia societatis et studium mutuae conservationis obligat, afflictos miserari, et suppetias ferre egentium necessitati, in tantum, ut incivile et suo modo injustum habeatur, quicquid in civitate ad aliquem opprimendum, vel ad extrema adigendum, spectat.

3 Effectus igitur respectu debitoris est, ut a nexu obligationis liberetur, et quidem ipso jure, non ope exceptionis, quia iste effectus solutioni, pro qua satisfa-
4 actio est *l.* 54. *ff. de solut. et l.* 176. *de v. s.* adscribitur, per *l.* 38. §. 1. *et l.* 72. *pr. ff. de solut.* Deinde, quod debitor, dissoluta ita per satisfactionem obligatione, repetendum chirographum, si creditor id restituere detrectet, habeat condictionem sine causa *l.* 7. *c. de non numer. pec.* ut et actionem ad exhibendum,
5 *l. fin. c. ad exhib.* Quod si illud amissum sit, creditor debitum acceptum ferre, et apocham conficere debet, qua testatum facit, se chirographum debitoris non habere, aut reperire non posse, et si illud in rerum natura extet, vel ex intervallo in lucem veniat, pro inducto ruptove habendum *l.* 84. §. 7. *ff. de leg.* 1. Gail. 6
2. *obs.* 37. *n.* 4. Praeterea habet quoque petitionem apochae seu quitantiae: apocha enim, cum sit acceptae pecuniae seu satisfactionis, scripta confessio *l.* 19. *ff. de accept.* plus probat quam chirographum acceptum.

Contingit autem ista liberatio vel in totum, vel in 7
tantum. In totum, quando res praevia aestimatione in satisfactionem data exaequat summam debitam, aut sine aestimatione, indefinita creditoris et debitoris conventione recipitur, quia sic accipiens, nullam de residuo, nisi expresse aliud reperiatur conventum, aut protestatione reservatum, habet actionem, sed pacto de superfluo quasi transegisse cum debitore videtur, vid. *l.* 18. §. 3. *ff. de r. judic.* In tantum, quando res oblata 8
et aestimata, se non extendit ad quantitatem debiti, sed secundum justum valorem, pro rata saltim traditur, et tunc nunquam residui petitio praecluditur. Coler. *de process. executiv. p.* 3. *c.* 9. *n.* 55. *et seqq.* Quapropter etiam accessiones obligationum, si quaedam adsint: veluti pignora et fidejussores non ultra, quam satisfactum fuerit, liberantur. Verum convenien- 9
ter quaeritur: si ex pluribus causis eidem, ab eodem debeatur, et aliquid in satisfactionem datur, in quam causam, quod datum est, sit referendum? Disting. esse puto, utrum ab uno eorum hoc sit expressum, vel non; si expressum, in illam summam et causam satisfactum est, quam debitor tempore satisfactionis declaravit, modo creditor non habeat justam contradicendi causam, arg. *l.* 101. §. 1. *ff. et l.* 1. *c. de solut.* Si id non factum, iterum animadvertendum, num 10
unum debitum sit principale, et alterum accessorium: an vero causae seu debita sint aequalia, an inaequalia. Priori casu creditor in usuras potest imputare satisfactum, quoniam debitor, si simpliciter absque declaratione animi satisfaciat, aut quantitatem, quae pro sorte et usuris non sufficit, solvat, eam creditor accipere potest pro usuris *l.* 1. *c. et l.* 5. §. 2. *ff. de solut.* Non obstante: quod pluribus summis debitis, creditor in durius debitum, quale et sors, dum usuras parit, habetur, cogatur accipere. Nam sciendum est, 11
hanc regulam non loqui de eo, ubi unum debitum est principale, et alterum accessorium, sed, quando plures summae principales debentur, vid. Dn. Brunn. *ad d. l.* 21. *c. de usur.* ubi etiam rationem diversitatis adduxit. Posteriori casu, et quidem, quando causae 12
aequales sunt, tunc satisfactum videtur, in omnes pro rata *l.* 8. *ff. de solut.* Carpz. *l.* 3. *resp.* 103. quando vero debita sunt inaequalia, tum semper in graviorem causam, uti solutio, ita et satisfactio imputatur. *l.* 3. §. 1. *l.* 4. *l.* 5. *pr. et l.* 7. *ff. de solut.* Quaenam autem causa sit gravior, quae levior, non ex debitorum quantitate, sed qualitate dijudicandum est, cujus rei sufficientem instructionem praebet Papinian. *in l.* 97. *ff. eod.*

Effectus respectu creditoris est, quod fiat rei in sa- 13
tisfactionem datae, dominus *l.* 4. *c. q. bon. cedi possunt.* si scil. res pro solido et irrevocabiliter fiat accipientis. Nam si evincitur, debitor non liberatur, sed 14
tenetur ad praestandam evictionem, aut solvendum de-

bitum *l.* 29. *ff. de pign. act. et l.* 4. *c. de evict.* et perinde habetur, ac si satisfactum non esset, etiamsi mediante judicis auctoritate et decreto processerit satisfactio. Fab. *in cod. l.* 8. *tit.* 30. *d.* 49. *et tit.* 31. 15 *def.* 20. Hinc sicuti debitor non liberatus intelligitur, ita nec liberantur accessiones Hering. *de fidejuss. c.* 20. § 21. *n.* 29. Non repugnante: obligationem semel extinctam, non restaurari *l.* 4. *c. de solut.* Quia nec amittit quis veterem actionem, ob id, quod novam adjiciat, praeall. Faber. *d.* 49. *n.* 6. nec per satisfactionem simpliciter liberatio contingit, sed cum conditione, si res penes accipientem est mansura, quae satisfactioni, ex mente accipientis et dantis, inesse in- 16 telligitur. Excipiunt casum, quando bona debitoris, per subhastationem creditori dantur: tunc enim, quia loco emptoris habetur creditor, eum, ad fidejussionem redire non posse, asserunt, de quo Hering. *all. loc. n.* 17 39. Necessum itaque est, ut creditori, de evictione praestetur cautio a debitore, talis nimirum, qualis ab eo praestari potest. Unde si fidejussoribus cavere i. e. satisdare non possit, puta quia vel sua inopia, aut facto adversarii, fidejussores aut pignora non reperit, juratoriae cautioni relinquatur. Rittersh. *p.* 2. *c.* 3. *n.* 12. sed ita, ut per hanc securitas creditoris, qua creditum ante satisfactionem confirmatum erat, non tollatur. Mev. *discuss. levam. inop. debit. c.* 4. *sect.* 10. 18 *n.* 29. Caeterum, cum saepissime satisfactionis loco cedantur nomina aliena, non immerito quaeritur: an ad ejusmodi cessionem pertineat constitutio anastasiana? Ego nego *per l.* 22. *c. mand.* et tradita jam alleg. Mev. *c.* 7. *n.* 25. *et seqq.* ubi simul de veritate, et bonitate nominis cessi, fusissime egit, quae legi merentur.

19 Dantur autem alii liberandi, seu obligationis finiendae modi, qui contingunt, vel cum, vel citra consensum partium. Cum consensu, quando scil. utrinque placet, ut a contractu, solo consensu inito, re integra, vel certe omnibus quae facta sunt, retroactis seu restitutis, rursus abeatur §. *fin. instit. q. m. toll. obl. et l.* 20 38. *ff. de pactis.* Citra consensum, quando obligatio in eum casum recidit, unde incipere non poterat: quod fit (1.) interitu rei in obligationem deductae *l.* 5. §. *fin.* 21 *de rescind. vend. l.* 5. *de r. cred.* (2.) Exemptione rei debitae ex commercio, si id citra moram, culpam, factumve debitoris accidat. *l.* 42. *ff. de solut. et* §. 1. *instit. de inutilib. stipulat.* (3.) Duarum lucrativarum 22 causarum, in eamdem personam, et circa eamdem rem, concursu *l.* 17. *de o. et a.* denique (4.) Confusione 23 obligationum *l.* 107. *ff. de solut.* vid. Struv. *s. j. c. ex.* 47. *thes.* 8. *et seq.* Wissenb. *p.* 2. *d. ff.* 28. *thes.* 17. *et* 18. Hartm. Pistor. *l.* 3. *q.* 11. Quibus certo 24 cum respectu non inepte addi potest laesio ultra dimidium, quae etiam in materia satisfactionis locum habet. Hering. *de fidej. c.* 20. §. 21. *n.* 12.

Obligationem, et sic quoque satisfactionem, in to- 25 tum impedientia, sunt (1.) Error *l.* 57. *ff. de o. et a.* ubi Pomponius, in omnibus inquit negotiis contrahendis, sive bona fide sint, sive non, si error aliquis intervenerit, nihil valet quod actum est. Ad quem quoque errorem calculi refero. vid. Franzk. *ad tit. ff. de contr. empt. et vend. n.* 37. *et seqq.* copiose, quotupliciter error committi possit, explicans. Et (2.) dolus, rei gestae 26 causam dans, *l.* 7. *princ. ff. de dol. mal.* et Hahn. ad Wesenb. *tit. ff. d. dol. mal. n.* 1. Non vero metus, per 27 tradit. praeall. Franzk. *ad tit. ff. de dol. mal. n.* 14. *et seq.* Eckolt. *ad tit. ff. quar. rer. act. non datur.* §. 5. add. Grot. *de j. b. et p. l.* 2. *cap.* 11. §. 7. Praeter haec impediunt quoque satisfactionem crimen laesae majestatis vel perduellionis *l.* 6. §. 1. *et l. f. pr. ad l. jul. majest.* et fuga eorum, qui sceleris conscientia perterriti, et requirendi annotati sunt *l. fin.* §. *f. ff. de requir. vel abs. damn.* De indultis moratoriis, ut et 28 beneficio competentiae, cum et ea ad certum tempus, et in certis, impediant satisfactionem, hic quidem multus esse possem, sed quia saepius alleg. Mev. *disc. levam. inop. debit.* per integras sectiones, 7. nimirum *et* 8. *cap.* 4. ea dilucide exposuit, aliique tractat. et dissert. de iis extant, merito lectorem, eo remitto, et hic filium abrumpo; b. l. obnixe rogitans, ut ea, quae hactenus de prolixa satisfactionis materia, pro temporis atque pagellarum ratione, tradita fuerunt, aequi bonique faciat. Ulteriora, uberiori juxtim ac meliori prosecutioni, aliquando, si Deus tempus et vitam concedere velit, reservaturus. Caeteroquin, uti divini Numinis auspicio exorsus sum, ita illius auspicio finem quoque imponam.

S. D. G.

DISPUTATIO DECIMA QUINTA

DE MATRICULIS POMERANIAE ULTERIORIS.

DIE AUGUST. ANNO MDCLXXXV. HORIS ANTE-ET POMERIDIANIS

PRO LICENTIA

ERNESTUS FUCHS, COLB. POMERAN.

I. N. J.

CAPUT I.

De nomine, causa efficiente, et numero matricularum Pomeraniae ulterioris.

SUMMARIA

De etymologia matriculae. n. 1.
De homononymia. n. 2.
Synonymia ejusdem. n. 3.
De Pomerania remissive. n. 4.
Quomodo in bello tricennali matricula dicta? n. 5.
Definitio matriculae. n. 6.
Variae Romanorum matriculae. n. 7.
De probatione aetatis in Gallia. n. 8.
De variis aliis matriculis. n. 9.
De matriculis imperii, et quaenam antiquissimae? n. 10.
Per quem illae conscribantur? n. 11.
A quo matriculae pomeranicae conficiuntur? n. 12.
Quare? n. 13.
De distinctione inter ducatum et principatum Pomeraniae. n. 14.
De secularisatione episcopatus caminensis. n. 15.
De juribus singularibus episcopatus caminensis. n. 16.
Prima distinctio matricularum pomeranicarum. n. 17.
Quomodo die 80000. hacken-hufen distribuantur? n. 18.
Alia distinctio matricularum. n. 19.
A quo et quomodo matriculae ecclesiasticae conscribendae? n. 20.
Quare discrepent matriculae imperii? remissive. n. 21.
Klock. et Maximilian. Faust. ab Aschaffenburg eadem iisdem verbis referunt. n. 22.
De matricularum pomeranicarum discrepantia. n. 23.
Quot sint matriculae imperii? remissive. n. 24.
De antiquis regestis Pomeraniae. n. 25.
Eadem recensentur. n. 26.
De matricula de anno 1628.
Quid in illa observatum? n. 28.
De novissima ducatus matricula. n. 29.
De regestis et matriculis principatus. n. 30.
De novissima principatus matricula. n. 31.
Quomodo contra illam quidam ad tempus exempti? n. 32.
De matriculis ecclesiasticis. n. 33.
Von den visitations abscheiden. n. 34.
De aliis antiquis regestis in specie von der Beedemüntze. n. 35.
Von den Bischoffs-Pachten. n. 36.
De regestis in quibus die Lehn-Pferde consignati. n. 37.

Antequam rem ipsam aggrediar, pauca de nomine 1
matriculae praemittere lubet. Dictam illam esse per diminutionem a matrice, uno ferme ore omnes dd. qui ejus mentionem faciunt, asserunt. Covarruv. *pract. quaestion. c.* 19. *n.* 2. Variae porro hujus vocis sunt 2
significationes, sumitur enim vel pro originali scriptura; sic dicitur matricem praevalere protocollo, Fab. *in cod. l.* 4. *t.* 16. *d.* 24. et si matrix talis suspecta, omnia ex eo solo suspecta fieri, Rutg. Rulant. *de commissar. p.* 2. *l.* 5. *c.* 26. *n.* 9. vel pro protocollo, Covarruv. *d. l.* vel pro libello, catalogo, descriptione, indice, *l. matriculam* 3. *c. d. agent. in reb. l.* 13. *c. de advocat. diversor. judicior. l.* 10. *c. d. cohortal. princip. l. pen. et ultim. c. d. commeat. l.* 16. *c. d. testam. milit.* Alias hujus vocis acceptiones vid. ap. Reinking. *d. r. s. et e. l.* 1. *class.* 4. *c.* 1. *n.* 6. *seqq.* Dicitur magis latine Album, Theodor. Hoepingk. *d.* 3
insign. s. armor. prisc. et nov. jur. cap. 2. *num.* 565. Gothofr. *ad l.* 1. §. 1. *ff. de edend. l. y.* Pittacium. *l.* 3 *c. d. erogat. militar. annon.* Limn. *d. jur. publ. l.* 1. *c.* 7. *n.* 66. Aestimum, quia aestimationem patrimonii cujusque continere debet, Festas. *in tract. d. aestim. p.* 1. *c.* 1. *n.* 1. *et* 2. quod et extimum vocat Tusch. *practic. concl. lit. e. concl.* 675. Catastrum, prout in specie Perusini matriculam vocare notat Festas. *d. l. n.* 3. Germanice dicitur *Saalbuch, Anlags-Steuer-oder Einlags-Register.* Klock. *d. contribut. c.* 17. *n.* 29. Plura huc facientia vid. in *dissert. dn. Erici Mauritii de matricula imperii, et Carol. du Fresne in Glossario ad scriptores mediae et infimae latinitat. tom* 2. *sub voce matricula.* De Pomerania ulteriori, quid sit et 4
unde dicatur, remitto lectorem *ad Micraelii Chronicon vom alten Pommerlande.* Ipsa vero matricularum ma- 5
teria plurimarum litium fomes est, tam in patria quam ubivis ferme locorum, hinc etiam in praeterito bello tricennali, secundum singulas syllabas dicta fuit materia tricarum curarum et laborum Speidel. *in specul. juridic. politic. et c. lit. m. sub voc. matricula versic. bey vorgegangenen Krieges-Laeufften.*

6 Matriculam nostram Pomeraniae scil. ulterioris describo, quod sit catalogus, in quo Hubae ad praefecturas electorales, nobiles, et civitates pertinentes, jussu superioris, omnibus quorum interest auditis, ut secundum illas onera publica distribuantur, descriptae
7 sunt. Romani olim varias habebant matriculas, sic ex divi Marci Antonini instituto, ne status hominum ambiguus esset, natos liberos apud praefectum aerarii Saturni intra tertium diem profitebantur, ut nomina illorum in certam matriculam redigerentur:
8 quod et ad probationem aetatis securiorem Franciscus I. Galliarum rex *a.* 1539. *ordinatione sua recentiori* 51. sancivit: idem et Venetos observare, prolixe asserit Coras. *ad l.* 8. *ff. d. stat. hom. n.* 5. *seqq.* Gothofr. *ad l.* 3. *pr. ff. d. censib. lit. h. et ad l.* 6. *c. d. fid. instrum. lit. g.* Pariter habebant matriculas
9 militum, decurionum etc. Hodie adhuc apud nos matriculae studiosorum, mercatorum etc. notae sunt, sed de his hic agere instituti mei ratio non permittit.

10 Nec hic mihi animus est de matricula imperii multa in medium afferre, quarum antiquissimam anno 1397. confectam esse dicit Victor *d. caut. exempt. concl.* 5. quamvis Goldast. *d. regn. Bohem. l.* 2. *c.* 17. *n.* 2. Noribergae ab imperatore Sigismundo anno 1431. et Meisebner. *tom.* 3. *decis.* 6. a Friderico III. anno 1467. illam conscriptam esse velint: et licet alii ulterius adhuc progrediantur, cumque ex Tacit. *l.* 1. *annal. c.* 11. *n.* 8. constet, Augustum libellum, quem sua manu conscripserat, habuisse, in quo opes publicae continebantur, quantum civium sociorumque in armis, quot classes, regna, provinciae, tributa, aut vectigalia, et necessitates ac largitiones, quem libellum Sueton. *in august. c. ult.* vocat breviarium imperii, ideo quoque primam matriculam ad augusti tempora referant Klock. *de contrib. c.* 19. *n.* 33. attamen fere omnes qui historias matricularum contexunt, a Sigismundi imperio initium suarum recitationum faciunt, de qua re prolixe agit Dauthius *integro consilio* quod extat inter *consil.* Klock. *v.* 3. *cons.* 134. *n.* 121. *seqq.* nec sub Ottonis IV. imperio certam omnium statuum descriptionem extitisse, ex historia *desselben Roemerzuges* demonstrat Matth. Dresser. *in chron. saxon. Witteberg. anno* 1396. *excuso f. m.* 265.

11 Perinde autem uti matriculae imperii romano germanici communi imperatoris et ordinum consensu conficiuntur, et tandem in solemnem et authenticam scripturam auctoritate publica rediguntur Klock. *d. c.* 19.
12 *n.* 34. sic etiam matriculae dictae Pomeraniae, a serenissimo nostro patriae patre hodie per augustum regimen, aut ex eo desumptos dominos commissarios, consensu statuum, omnibusque quorum interest audi-
13 tis, conscribuntur: et uti in imperio ideo matriculae conscribuntur, ut exinde constet, quantum cuique ad imperii necessitates contribuere conveniat. Limn. *d. jur. public. l.* 1. *c.* 7. *n.* 66. ita etiam in Pomerania ideo illae conficiuntur, ut onera publica secundum illas inter subditos distribuantur.

14 Pomerania haec ulterior in ducatum et episcopatum caminensem olim distincta fuit, episcopatum vero jamdiu principes Pomeraniae sibi addixerunt. Burgoldens. *in notit. rer. imper. roman. german. p.* 1. *discurs.* 20. *membr.* 1. §. 12. tandem iste per *instrum. pac. Osnabrugg. artic.* 11. §. *dicto domino electori et* §. *in his vero domini electoris* in totum secularisatus et in principatum evectus est, adeoque illa distinctio hodie cessat: nihilominus tamen, quamvis insuper 15
principatus hic ducatui sit incorporatus vid. puncta incorporationis in *recess. provinc. d. an.* 1654. *Stargard. habito* §. *Nachdem aber unsere getreue Stifftische Staende wegen gedachter incorporation*, attamen non omnia ideo sunt confusa, sed in multis adhuc dis-
tinctus est ducatus a principatu, sic speciales adhuc ha- 16
bentur conventus in principatu, qui diaetis provincialibus ducatus (postquam status ab illustri regimine ejus licentiam impetraverunt) praemittuntur, suum habet speciale archivum, *ihren absonderlichen Land-Kasten*, separatas etiam matriculas, et quae sunt alia. Prima 17
ergo distinctio matricularum pomeranicarum est, quod aliae sint ducatus Pomeraniae, aliae principatus caminensis ab initio enim felicissimi imperii serenissimi 18
nostri patriae patris, promiserunt status se singulis mensibus de 50000. hubis quas *Hacken-Hufen* vocant, contributionem solvere velle, de quo numero praefecturae electorales 8439 1/2 nobiles ex ducatu Pomeraniae 21571 1/2, principatus caminensis, 10003. et civitates immediatae ducatus 9986. hubas in se receperunt.

Hae vero matriculae iterum distinguendae sunt in se- 19
culares, et ecclesiasticas *Kirchen-matriculen*, illae sunt quae numerum hubarum ad praefecturas etc. pertinentium continent, hae quae ad ecclesiam cujusque loci pertinentia, pastori etc. debita continent, de quibus
cap. seq. pluribus. Quae matricula ecclesiae rite con- 20
ficienda b. Brunnemann. *cons.* 133. *n.* 97. Apud nos ut plurimum in visitationibus ecclesiasticis confectae sunt. Prout autem in imperio romano germanico ma- 21
triculae in multis discrepant, cujus rationem vid. ap. Maximil. Faust. ab Aschaffenburg *in consil. pro aerar. class.* 20. *cons.* 114. *ordin.* 1638. *versic. ratio variationis.* Klock. *de contribut. cap.* 19. *n.* 55. ubi 22
notandum illum *d. l. a. n.* 51. *usque ad n.* 80. iisdem verbis ne litera quidem mutata, ea referre quae dictus Maximil. Faust. ab Aschaffenburg *dict. ordin. versic. etsi vero collectae* cum multis *seqq.* recenset. Ita etiam nostrae matriculae non conveniunt, nec con- 23
venire possunt in omnibus, alias non opus foret nova matricula; rationem mutationis vero vid. *infr. in cap. ult.* Quot vero fuerint, vel sint matriculae imperii, 24
non convenit inter dd. quoniam quaenam prima fuerit, in dubio est, illas tamen refert Limn. *d. jur. publ. l.* 1. *c.* 7. *n.* 69. conf. dn. Eric. Maurit. *in disputat. d. matricula imperii th.* 37. Quot in Pomerania condi- 25
tae sint matriculae, perinde non constat; multa quidem regesta antiqua (male registra dici vult Petr. Frider. *vulgo Mindan dictus l.* 2. *d. mandat. c.* 67. *n.* 18. quamvis vox ista in praxi recepta sit) *Steuer-Register oder Hufen Anschlaege*: extant, sed his proprie nomen matriculae non competit, interim tamen et illa referam. Sic in ducatu Pomeraniae extant re- 26
gesta, in quantum mihi innotuit, *de anno* 1597. 1600. 1604. 1606. 1613. 1614. 1616. 1619. 1620. 1621. 1622. 1624. 1627. computatis professionibus hubarum. Tandem matricula *de anno* 1628. quae ex regestis 27
anni 1604. 1606. 1621. *et* 1624. confecta est, quam adhuc hodie maxima ex parte pro norma servamus, 28
in cujus confectione id observatum est, quod semper maxima summa hubarum ex praedictis regestis retenta et illi inscripta sit, donec possessores probent,

juxta ex causa minorem praeferendam esse; hoc tamen ita, nisi notorium sit, dictam minorem summam
29 retinendam esse. Contra hanc matriculam multa mota sunt, et jamdiu de ea revidenda deliberatum, donec *anno* 1663. *die* 9. *febr.* revisio inchoata fuit, quae *anno* 1667. *et* 1668. continuata, *an.* 1669. finita, et *die* 21. *martii* 1670. publici juris facta, ac in singulos districtus directoribus communicata est, ut secundum illam imposterum catastratio fieret.

30 Ex episcopatu caminensi sequentia registra *Hufen Anschlaege* et matriculas vidi. (1.) *Vom Montage nach dem Neuen jahrs Tage de anno* 1586. (2.) *vom.* 31. *August.* 1588. (3.) 25. *August.* 1589. (4.) *de anno* 1599. secundum quam *die Reich-und Kreiss. Steuren* - collectae. (5.) *de anno* 1600. (6.) *de anno* 1604. (7.) *de anno* 1605. (8.) *de anno* 1611. (9.) *de anno* 1612. (10.) *de anno* 1613. (11.) *de anno* 1620. Quamvis his registris status valde contradicant, et illa pro veris et legitimis non admittant, praetendentes, quod tantum sint quaedam fragmenta privatim a receptoribus *von den Steuer-Einnehmern* conscripta. (12.) sequitur matricula *de anno* 1626. (13.) *de anno* 1627. (14.) *de anno* 1628. (15.) *de anno* 1629. (16.) *de anno* 1637. (17.) *de anno* 1639. (18.) *de anno* 1641. quae ad unum annum tantum recepta (19.(*de an.* 1644. *mense januario*, quam (20.) adhuc eodem anno mense augusto, secuta (21.) *de anno* 1646. (22.) *de anno* 1656. per quam modus tripli introductus, *da aus Heger* - id est 4. *Hacken-Hufen, Tripel-* i. e. 3. *Hucken-Hufen geworden*, (23.) et ultima, quam jam in dicto hoc principatu
31 sequimur et pro norma servamus, est illa quae jam anno 1671. coepta, in reliquis annis continuata, prout protocolla dictorum annorum testantur, et anno 1679. perfecta est, secundum quam etiam anno 1684. contri-
32 butiones exactae sunt. Quamvis adhuc contra illam aliqui, qui se gravatos praetendunt, quarumdam haberum remissionem ad certum tempus impetraverint; ut interea agri et prata, quae sine culpa possessorum vel inundata vel arenosa facta, per certos commissarios juratos, contemplari, et per agrimensores juratos, mediante mensuratione *der Vermessung*, certa ejus quantitas demonstrari possit, quo eo nomine totalem deletionem exmatriculae impetrare queant, vid. plurib. *hac de re cap. ult.*

Matriculae ecclesiasticae quot sint, me latet, cum 33
istae non ubivis locorum et uno tempore simul sint confectae, sed plane diversis prout vel necessitas et utilitas cujusque loci illud postulavit, vel illis quorum interest id placuit; nec sunt generales, sed tantum speciales hujus vel illius loci matriculae, in visitationibus 34
autem ut jam dictum communiter confectae, quibus finitis non raro certa decreta *Visitations-Abscheide* a visitatoribus edita, quae postmodum a principe confirmata sunt. Extant etiam antiqua regesta *von den Bischoffs-Paechten, der Beedemuntze* (quidam *bethe* scribunt, nam exinde hi redditus dicuntur, quia initio per rogationes exigebantur, Kuich. *de Saxon. jur. verb. ducum. c.* 5. *n.* 293. de quibus pluribus vid. Besold. *in thesaur. practic. sub. voc. bethe* Wehner. *in observat. practic. sub voc. beede*). Illos redditus quos *die Bischoffs-Paechte* vocant, remisit serenissimus statibus 36
principatus caminensis *in recessu provincial. d. anno* 1654. *in secundo punct. principal. §. Betreffend aber die bisshero*: de qua remissione vid. excellent. dom. Rhet. *in commentar. ad jus feudal. l.* 1. *t.* 6. §. 1. *ad verb. secundum hoc quod constitutum est. n.* 27. ubi in praecedentibus agit *von den Beet-Garben. Die Beedemuntze aber* sibi reservavit *dict. recess. provincial. allegat. loc.* §. *dass man aber.* Sunt etiam certa 37
regesta in quibus equi feudales *die Lehn-Pferde* consignati sunt, de quorum effectu vid. *cap.* 3. *in fin.*

CAPUT II.

De materia et forma matriculae.

SUMMARIA

De variis matriculis, et in specie de mercatorum. n. 1.
Matriculae pomeranicae circa hubas sunt occupatae. n. 2.
Matricula tantum id continere debet quod est liquidum. n. 3.
Et bona illius provinciae tantum in matriculam redigenda. n. 4.
Omnes facultates consignandae. n. 5.
Incolae collectari possunt de bonis extra territorium sitis, et quomodo hoc intelligendum? n. 6.
Contrarium statuit Cothman. n. 7.
In forensibus hoc non obtinet. n. 8.
Aliud est jus collectandi, et aliud jus conficiendi matriculam. n. 9.
Hubae apud nos sunt quadruplices. n. 10.
Hubae apud nos vel familiis nobilium vel pagis adscriptae. n. 11.
Quod multas lites parit. n. 12.
Quid sint particulae minores? n. 13.
Quid sit ein Viertel Schaafe? n. 14.
Quomodo olim de aliis particulis minoribus contributio solvenda? n. 15.
Hodie particulae hae omittuntur, cum de illis nihil contributionis nomine exigatur. n. 16.
Quid matriculae ecclesiasticae contineant? n. 17.
Quid sit das Kirchen-Lehn? n. 18.
Inventarium ecclesiasticum conficiendum. n. 19.
Vom Miss-Korn. n. 20.
De ejus quota. n. 21.
An etiam von Ritter-Hufen hoc frumentum dandum? n. 22.
Quomodo hoc ex agris desertis debeatur? n. 23.
De nummo quadrantali. n. 24.
Vom Opffer-Pfenning. n. 25.
Hic nummus pars est salarii. n. 26.
Quare haec matriculae inscribenda? n. 27.
Von den Praeven et quid sub nomine hoc comprehendatur? n. 28.
Quales panes paraeciani pastoribus dare debeant? n. 29.
Matriculae etiam inserenda accidentia pastorum. n. 30.
An haec accidentia aequaliter inter collegas dividenda? n. 31.
Habitatio itidem pastoris in matriculam redigenda? n. 32.
Quid regesta antiqua alia contineat? n. 33.

Forma dat esse. n. 34.
Si forma matriculae non servatur, illa injusta est. n. 35.
Forma jure romano praescripta. n. 36.
Moribus nostris secundum regionis cujusque usum matricula conscribenda. n. 37.
Ob quam rationem? n. 38.
Consuetudo haec accurate observanda. n. 39.
In catastro ad primordium tituli respiciendum n. 40.
Quomodo praedia urbana etc. catastranda? remissive. n. 41.
Quae necessario in confectione matriculae attendenda? n. 42.
Catastratio debet fieri aequaliter. n. 43.
Querela Salviani. n. 44.
Verba Constantini imp. n. 45.
Quando lis est inter pauperem et potentiorem super censu, praesumitur contra potentiorem. n. 46.
Omnes quorum interest citandi. n. 47.
Aestimum notificandum subditis. n. 48.
Hic majora non sufficiant. n. 49.
Objectio. n. 50.
Resolutio. n. 51.
Si 100. *consentire debent* 99. *consensus, unum non obligat. n.* 52.
Alia resolutio. n. 53.
Non consentientibus matricula non praejudicat. n. 54.
Annus quoque et dies in confectione matriculae exprimenda. n. 55.
Quomodo matricula imperii conscribatur? n. 56.
Quid in Pomerania obtineat? n. 57.
Quomodo in ducatu Pomeraniae matricula confecta? n. 58.
Quomodo in principatu? n. 59.
Unde constare possit, an rite aestimum confectum sit? n. 60.
Quomodo matriculae ecclesiasticae conscribendae? n. 61.
Quid in ejusmodi visitationibus observandum? n. 62.
De officio visitatorum remissive. n. 63.
Verba recessus provincialis de anno 1616. *n.* 64.
Perinde in illis ac in aliis ii quorum interest audiendi sunt. n. 65.
Quomodo regesta alia confici debeant? n. 66.

1 Prout matricula studiosorum studiosos, militum milites, civium cives, et mercatorum mercatores continet, nam et hi in plerisque Germaniae civitatibus hanseaticis et maritimis suas habent matriculas, quibus qui inscripti non sunt, nec pro mercatoribus reputantur Marquard. *de jur. mercator. l.* 1. *c.* 7. *n.* 4. *et* 5. *et l.* 3. *c.* 1. *n.* 5. Mev. *ad jus lubec. l.* 3. 2 *t.* 6. *artic.* 21. *n.* 6. *seqq.* Ita nostrae matriculae pomeranicae unice circa hubas sunt occupatae, exceptis matriculis ecclesiasticis, de quibus infra pluribus acturus sum, in his enim et alia quaedam comprehenduntur. Id in genere notandum, matriculam non debere continere nisi id, quod liquidum, certum 3 et verum est. b. d. Brunnemann. *cons.* 131. *n.* 54. 4 Nec alia bona in matriculam redigenda sunt, nisi quae in ista provincia, in qua illa conficitur, sita sunt, si scilicet matricula particularis hujus vel illius provin- 5 ciae esse debeat. Alias in libris censualibus subditorum facultates et obventiones consignandae, ex quo quid quisque praestare, et ad collectas et tributa conferre debeat, constare possit, ut pro viribus cujusque onera imponantur Carpzov. *l.* 4. *respons.* 73. *n.* 2. Dominus equidem subditos et incolas domicilii etiam collectare potest de bonis extra territorium sitis, secundum communem dd. sententiam, quam probant ex *l.* 6. §. *fin. l.* 18. §. 18. *ff. d. munerib.* Mev. *p.* 2. *d.* 72. *n.* 15. 18. *seqq.* Gail. *l.* 2. *o.* 53. *n.* 10. qui tamen hoc tunc tantum concedit, si cives in loco territorii a collectis immunes sint. Quamvis contrariam sententiam 7 prolixe defendat Cothm. *v.* 1. *cons.* 11. *n.* 18. *seqq.* Jure lubecensi vero expresse id constitutum est, *vid. p.* 2. *t.* 3. *artic.* 2. *ibi, in und ausserhalb. der Stadt.* confer. Mev. *ibid. n.* 75. Forensibus tamen in loco rei 8 sitae onus personale vel collecta pro ejusmodi onere imponi non potest Klock *d. contribut. c* 17. *n.* 108. *seqq.* Nec hoc ad praesentem materiam applicari po- 9 terit, aliud enim est jus collectandi, de quibus scilicet bonis civis ad solvendum collectas cogi possit, et aliud jus erigendi matriculam, quidque in illam inscribi debeat. Caeterum hubae circa quas occupatae 10 sunt nostrae matriculae, quadruplices in Pomerania sunt, nempe *die Heger-Tripel-Land-und Hacken-Hufen. Eine Heger-Hufe hat* 60. *Morgen oder* 4. *Hacken-Hufen, eine Tripel Hufe* 45. *Morgen oder* 3. *Hacken-Hufen, eine Land-Hufe* 30. *Morgen oder.* 2. *Hacken-Hufen, und eine Hacken-Hufe* 15. *Morgen,* Francisc. Stypmann. *in tr. d. jur. maritim. et nautic. p.* 2. *c.* 5. *n.* 515. *confer. mea disputat. de agris desert. von wüsten Hofen. cap.* 2. *n.* 32. Id quoque 11 in confectione matricularum observandum, vel hubas integrarum familiarum nobilium esse notatas, vel singulis pagis certum hubarum numerum adscriptum esse, hinc istae duae matriculae principatus caminensis de anno 1626. et 1628. ad quas in obvenientibus litibus respiciendum, in eo diversae sunt, quod illa de anno 1626. quantum hubarum singulis pagis adscriptum sit, haec, de anno 1628, quantum singulae habeant, familiae, notet. Cumque praeprimis lites orian- 12 tur super hubis hujus vel illius pagi, et quot ad illum pertineant, eo casu recurrendum est ad matriculam de anno 1626. nisi in novissima matricula ex justa causa alius numerus hubarum statutus. Extra has hu- 13 bas in antiquis registris et matriculis, etiam alia quaedam continentur, quae sub nomine particularum minorum *der kleinen Stücke* veniunt, sub quo comprehenduntur *die Kathen, Krüge, Mühlen, Viertheil Schafe etc. Ein Vierthel Shafe* sunt 25. oves, nam olim 14 de 100. ovibus tantum contributionis nomine pendendum erat quantum *von einer Heger-Hufe.* et de quarta ejus parte sicque de 25. tantum, quantum *von einer Hacken-Hufe.* Aliae particulae perinde secundum 15 hubas computabantur, nam *ein Muhlen Glind, eine Wind-Muhle, eine Ross-Muhle, eine Hammer-Muhle, eine Walck-Muhle, Loh-Muhle, eine Schneide-Muhle, ein Backofen, ein Krug, eine Schmiede, ein Dorff. Schneider, ein Tischler, ein Rademacher, oder ein ander Handwercks-Mann auf dem Lande,* contributionem unius hubae *einer Hachen-Hufe* singulis mensibus pendebant, *ein Kotze, ein Fischer, ein Hirte, ein Kathe, eine Querne,* hoc est, *eine Hand-Muhle, ein Instmann, ein Handwercks-Gesel auf dem Lande, ein Vorkuecht, der von seinem Herrn Acker hat, contributionem einer halben Hacken-Hufe* singulis 16 mensibus solvere tenebantur; sed hodie de his parti-

culis nullam contributionem amplius exigunt, sed tantum de hubis.

17 Quid nostrae matriculae ecclesiasticae continere debeant in Pomerania, indicat *die Kirchen Ordnung part. 6. tit. visitatio up den Doerpern, wo de Parren unde Kercken-Guder schoelen voror denet unde*
18 *conserveret werden. §. Darna schal eine Cuspel Matricul. etc. Talia sunt dass Kirchen Lehn, hoc est, die Doerffer die zu der Kirchen belegen*, et nomina patro-
19 norum. Redditus ecclesiae, eo pertinent agri et omnia alia ad ecclesiam spectantia, quo fine speciale inventarium conficiendum, de quo vid. Carpzov. *in j. p. c. l. 1. d.* 157. *et* 158. b. d. Brunnemann. *in jur. eccles. l. 2. c. 3. §. 7. ibique* dn. Praeses. *in addition. sub voc. debet*
20 *habere inventarium*. Pastoris et aeditui proventus, quorsum referendum *das Miskorn* cujus vocis etymologiam vid. apud Stypmann *d. Salar. clericor. cap. 3. n. 33. seqq.* singuli enim parochiani quo annis certas quotas frumenti de siligine, hordeo, et avena pa-
21 storibus exsolvere debent: quota vero haec frumenti non ubique est eadem; alicubi decimae obtinent *Kirchen-Ordnung. d. l. §. Wor overst decimae* Alicubi frumentum definitur juxta numerum hubarum. *d. ordinat. eccles. allegat. loc. §. unde efft woll Christlick unde billick.* Quae autem haec pars sit, ad evitandas disputationes solet matriculae inseri, plerumque sunt duo modii de manso agri, sesqui medimnus de jugere, quadrimodius de minore parte agri. Aliquando de manso tres vel quatuor modii, et sic plus de jugere, minus de parte agri, habita ratione proportionis agri,
22 et consuetudinis loci, vide plur. Francise. Stypmann. *de salar. clericorum cap. 5. n. 135. seqq.* Ubi de quibus jugeribus illud et imprimis, an etiam *von Ritter-Hufen* solvendum sit, prolixe explicat, confer. *ordi-*
23 *nat. eccles. d. l. §. Unde efft woll Cristlick.* Quomodo pastoribus in Pomerania ex agris desertis frumentum missaticum debeatur vid. ap. Stypm. *d. tr. c. 8. n.* 39. *seqq.* conf. Mev. disput. *d. agr. desert. c. 5. n.* 21. *seqq.*

24 Porro etiam huic matriculae inscribendus nummus quadragesimalis *de Veertiden-Penningck*, quod scilicet unaquaeque persona, quae annum duodecimum egressa est, debeat pastori vel ecclesiae *en Veercken* singulis quadrimestribus solvere *ordinat. eccles. d. l. §. De Veertiden-Penningck* cum quo unum idemque est, quod in Saxonia vocant *den Opfer-Pfenninch*, vel nummum missalem Carpzov. *in jurisprudent. eccles.*
2 *lib. 1. d. 105. per tot.* Et hic nummus pars quasi salarii est illis in locis, ubi pastor illum accipit.
27 Quare autem haec et alia, quae ad salaria clericorum pertinent, matriculae inscribenda, vide apud Carpzov. *d. tr. l. 1. d. 97. n. 2.*

Tandem etiam matriculae inserendae *die Proven*,
28 *die da bestehen in Gelde, Würsten, Schincken und Brot.* quae parochiani pastori circa festum nativitatis Christi exhibent; huc etiam pertinet numerus ovorum, quem iidem festo Paschatos, quod exinde *Wittel-Dag* dicitur, pastori praedicto offerunt *dict. ordinat. eccles. allegat. loc. §. item de Pröven* conf. Sty-
29 pman. *d. tractat. c. 5. n.* 173. Debent autem parochiani, ratione ponderis ac qualitatis tales pastoribus dare panes, quales ipsimet pro se, familia et famulitio suo coquunt Carpzov. *in jurispr. eccles. l. 1. d.* 102. *n. 7.* Quod et ob paritatem rationis in aliis speciebus observandum. Ulterius adhuc consignanda sunt acciden- 30
tia pastorum, *ordinat. eccles. d. l. §. Darna de gewonlicke accidentalia*. Quid sub accidentium nomine comprehendatur, vid. ap. Stypm. *d. tr. c. 3. n. 38. seqq.* Quia haec in evangelicis ecclesiis pars salarii clericorum utplurimum facta sunt, Mev. *p. 3. d.* 219. *n. 1.*
De quibus accidentibus, quoniam verum oridès inter 31
clericos et praesertim collegas ponum sunt, quaerunt, dd. sane aequalitas sit introducenda, et illa ex aequo inter pastores dividenda? Contra aequalitatem prolixe pugnat Stypmann. *saepe citat. tract. cap. 7. n. 80. cum mult. seqq.* Pro ea pientissimus Jetus h. d. Brunn. *in tractat. posthum. d. jur. eccles. l. 2. c. 5. §. 7. circ. fin. ibique* dn. Praeses *in addit. ad verb. aequalitatis ratio*. Et sane si in thesi de iis statuendum foret, aequitatem habet istorum divisio, praeprimis si illa
secundum proportionem geometricam fieret, ita ut in illa praepositorum, pastorum, et seniorum pars sit major, quemadmodum gradus curae et operae praestantior existit Mev. *p. 2. d.* 219. *n. 2.* Ultimo loco 32
etiam matriculae inserenda habitatio pastoris *die Wédeme, mit dem so dazu gehöret, vid. ordinat. eccles. d. l. §. dat Wedem-Huss*. Regesta alia versantur vel circa 33
die Beedemantze, die Bischoffs-Pachte, Lehn-Pferde, etc. de quibus pluribus *cap. seqq.*

Cum forma det esse et illa mutata prope interi- 34
matur substantia rei *l. 9. §. 3. ff. ad exhibend.* ac ad unguem servanda sit, alias si in minimo omissa totum vitiet Mev. *p. 6. d.* 287. *n. 2. et* 3. Ideo nunc 35.
paucis de forma matriculae agam. Si enim haec exacte servata non sit, illa injusta et invalida est. Me- 36.
vius *p. 4. d. 34. n. 4.* Jure romano per *l. 4. pr. ff. d. censib.* agri sic in censum referendi erunt, *ut nomen fundi cujusque et in quo civitate, et quo pago sit, et quos duos vicinos proximos habeat, et id arvum, quod in decem annos proximos satum erit, quot jugerum sit vinea, quot vites habeat, olivae quot jugerum et quot arbores habeat, pratum quod intra decem annos proximos sectum erit, quot jugerum, pascua quot jugerum videntur, item sylvae caeduae*, et omnia haec in libellum censualem referenda erunt, add. *l. si quis. 7. e. d. bon., proscript.* Hodie secundum regionis cujus- 37.
que usitatum morem liber censualis conscribendus, quo certus deinceps sit et servetur modus, quid quisque praestare, et conferre ad tributa et collectas debeat. Klockius. *d. contribut. c. 17. n. 28.* Gail. *lib. 2. obs. 52. n. 18.* ubi *n. 19.* hanc reddit rationem; 38
vera enim interpretatio a praxi sumitur, et ab antiqua practica non est recedendum; addi et haec potest ex *l. si manifesta 7. c. de servitut. et aqu.* quia contra veterem formam atque solemnem morem nihil innovandum. Eaque consuetudo tam in indicendis quam 39
non exigendis collectis observanda est Bursat. *consil. 186. n. 11.* Imo etiam quoad modum exigendi et imponendi Flamin. *d. rubeis. part. 1. cons. 1. n. 16.* et est in instar regiae attendenda Petr. Anton. d. Petra *tr. d. potestat. princip. p. 1. c. 4. per tot.* Besold. *consil. 277. n. 6. seqq.* In ejusmodi libro cata- 40
stri quoque ad primordium tituli posterior formandis est eventus, per *l. unic. in fin. c. d. imponend. luerativ. descript.* Ex qua colligunt, ex primo titulo rem et eventum Cravetta *consil. 111. n. 18.* et possessionem secundum titulum praesumbulum et primaevum judicasi *l. 2. c. de acquirend. possess.* Brunn.

ad d. l. unic. c. d. imponend. lucrativ. descript. n.
41 17. *seqq.* Quomodo vero praedia urbana aliaeque res, item agri sint catastrandi, fuse tractat Klock *d. tr. et cap. n.* 61. *seqq.*

42 Caeterum matricula et catastrum praeter eam formam, quam quolibet loco ex consuetudine capit (ubique enim fere aliqua recepta reperimus) necessario fieri debet (1). publica auctoritate (2). vocatis iis, qui quorumve bona describi debent (3). expensis et consideratis inde taxatis singulorum facultatibus (4). cum insinuatione in acta publica; post Festas. Mev. *p.* 4.
43 *d.* 34. *n.* 3. Et catastratio fieri debet aequaliter, ne pauperes per eam graventur, neque facere, quod pisces grossi mangiant et comedant picolinos et parvulos, uti ex Bartolo tradit Borgnin. Cavalcan. *in de-*
44 *cis. for. fivizanens. p.* 2. *d.* 22. *n.* 7. Qua de re suo tempore valde conquestus fuit Salvian. Massil. *l.* 4. *d. gubernat. Dei c.* 103. *et* 104. quem locum retuli in *disputat. d. agr. desert. c.* 4. *n.* 27. addatur id Salvian. *l.* 5. *p. m.* 157. *seq.* ubi decernunt, inquit, potentes quod solvant pauperes, decernit gratia divitum, quod pendat turba miserorum: ipsi enim in nullo sentiunt, quod decernunt conf. plurib. Heig. *p.* 1. *q.* 18. *n.* 32.
seqq. pleno gutture hac de re agit Klock *d. c.* 17.
n. 92. *seqq. idem in tr. d. aerar. l.* 2. *c.* 55. *n.* 1.
45 *seqq.* Et imperator Constantinus in *l.* 1. *c. d. censib.* acriter increpat potentes urbanos, onera in miselios
46 rusticos derivantes. Unde etiam venit, quod quando iis est inter pauperem et potentiorem super censu, praesumatur contra potentiorem b. du. Brunnem. *ad*
47 *d. l.* 1. *c. de censib. n.* 7. Citandi itaque sunt omnes et singuli quorum interest, ne inauditi condemnentur, quodsi tamen fraudulenter emaneant, sibi hoc imputare debent, cum hoc damnum culpae suae sentiant *l.*
48 203. *ff. d. r. j.* Deinde illud aestimum debet notificari subditis, ut praeparent se ad solvendum, ne ex abrupto graventur. Bartol. *ad l.* 1. *c. de apoch. public.*
49 Nec majora hic sufficiunt, quod per plures juris textus probare nititur Cavalcan. *d. d.* 22. *n.* 4. qui tamen nonnisi per argumentum huc trahi possunt, conf. Faber. *in cod. Sabaud. l.* 9. *t.* 30. *d.* 18. Ratio juris est in *l. fin. in fin. c. d. auctoritat. praestand. cum c. quod omnes* 29. *d. r. j. in* 6*to.* quod omnes similiter tangit, ab omnibus comprobandum, ac *l.* 20.
ff. de r. j. quia alicui invito nemo jus suum auferre
50 potest. Hartm. Pistor. *l.* 1. *q.* 37. *n.* 11. *seqq.* Nec obstat, quod id, quod major pars fecerit pro eo habeatur ac si omnes id egerint *l. quod major pars* 19. *ff. ad municipal.* etiam alia parte contradicente Acismin Tepat. *variar. sentient. tit.* 537. *cap.* 1. Et quod major pars universitatis singulos ad collectam etiam absentes obligare possit, post multos a se allegatos prolixe probat Klock. *de contribut. c.* 6. *n.* 17. ubi *n.* 75. id extendit ad casum, etiamsi minor pars
51 quae contradicit, majorem debeat solvere partem. Major enim pars praefertur quidem in his, quae sunt communia pluribus ut universis, secus in his, quae sunt communia pluribus ut singulis, tunc enim consensus omnium requiritur Capyc. *in decision. nov. sacr. regii concil. neapolitan. d.* 152. *n.* 2. *seqq.* Uran. *in lectur. ad aliquot. decretal. titul. ad tit. d. constitut. c. cum omnes n.* 6. *seqq.* Idem *in addition. ad cons. l.* 2. *consil.* 37. *lit. a.* Quoniam ergo confectio matriculae omnes qua singulos concernit, audiendi etiam sunt, anne haec vel illa praedia adhuc possideant, anne tot hubae illis adscribendae, vel num vis maris, arena etc. damna dederit, quae si jam probata sint, vel evidenter statim demonstrari possint, de priori quanto detrahenda, ideo firmiter concludendum; omnes et singulos quorum interest ad convictionem vel emendationem matriculae citandos esse. Quae doctrina in tantum vera est, ut si essent cen- 52
tum quorum consensus requiritur, nonaginta novem uni dissentienti tali in casu, ubi omnium consensus requiritur, non possint praejudicare, Klock. *d. cap.* 6. *n.* 99. ubi plurimos citat, qui tamen de eo casu non loquuntur. Nec id quod supra dictum, in colle- 53
ciando scilicet majorem partem sufficere, obstat: nam actus contributionis subditos et cives non uti singulos, sed ut universos concernit, ideoque id quod per majora concluditur, merito ab omnibus approbatum censeri debet *d. l.* 19. *ff. ad municipal.* Modestin. Pistor. *l.* 2. *cons.* 21. *n.* 88. Aliud vero est in confectione aut renovatione catastri, ibi enim cives ut singuli ad hoc, ut taxatio ipsis nocet, vocandi et audiendi sunt. Francisc. d. Clapper. *in cent. decis. fisc. caus.* 27. *q.* 1. *et caus.* 36. *q.* 1. Alioqui non reco 54
gnoscentibus, et his qui non consenserunt descriptioni liber talis non praejudicat, uti de communi testatur Paris. *c.* 1. *cons.* 104. *in fin.* Adeo ut catastrum tale neque dominium, neque possessionem probet contra eum, qui scripturae non consensit, neque interfuit. Mascard. *de probat. conclus.* 273. *n.* 2. *seqq.* Ultimo 55
loco quoque in confectione matriculae annus et dies debet exprimi, et ab officiali publico conscribi b. d. Broonemann. *cons.* 131. *n.* 40. *seqq.* Quomodo ma- 56
tricula imperii conscribatur vid. apud Limn. *d. jur. public. l.* 1. *c.* 7. *n.* 82.

Quae hactenus de confectione matriculae ejusque 57
forma in medium allata sunt, ad nostras etiam matriculas pomeranicas maxima ex parte applicari possunt, singuli enim possessores ad earum confectionem legitime sunt citandi, audiendi, tandem numerus certus hubarum in matriculam redigendus, et ejusmodi catastrum illustri regimine asservandum est, solet etiam collectoribus *den Steuer-Einnehmern* per mandata injungi, ut secundum ejusmodi matriculas contributionem exigant. Cumque in ducatu Pomeraniae 58
matricula de anno 1628. maxima ex parte pro norma servetur, id hic monendum, in revisione ejusdem, quae uti *cap.* 1. *n.* 29. dixi, anno 1663. inchoata, illam pro fundamento assumptam, et ex illa id tantum deletum, quod a possessoribus plene probatum est, vel ei illegitime inscriptum, vel jure eximendum esse. In principatu vero caminensi diu jam tum de 59
renovatione et revisione matricularum antiquarum deliberatum, ipsum opus tamen serio tunc inchoatum est, cum serenissimus noster elector Brandenburgicus *anno* 1673. *die* 28. *martii* rescriberet, in revisione non tantum ad matriculam *de anno* 1628. respiciendum esse, sed si in aliis antiquioribus registris major quantitas hubarum uni vel alteri adscripta reperiretur, illam retinendam esse, nisi intra certum tempus possessores probare possent, quod juste illud quod deest exemptum sit. An autem aestimum provinciale rite 60
confectum sit patere potest ex requisitis, quae refert Mevius *p.* 9. *d.* 129. cujus praecipua capita, quamvis integre huc scribi mereretur, si brevitati non stude-

rem, haec sunt. (1.) Si compositio aestimi a principe ipso vel a regimine injuncta sit. (2) Ex commissione ejusdem constituti sint aestimatores et agrimensores (3.) isti juramento devincti. (4.) Ii quorum interest citati (5.) et descriptioni consenserint. (6.) Ager cum qualitate sua accurate sit descriptus. (7.) feracitas ejus expressa, (8.) Ab istis deputatis oblatio ejus matriculae regimini facta, illaque ibi ea mente, ut pro tali haberetur, asservata.

61 Matriculas ecclesiasticas quod attinet, illae uti dictum in visitationibus ut plurimum erectae, ibique revisae sunt, de quibus visitationibus prolixe agit *die Pommerische Kirchen-Ordnung p.* 6. *von der Visi-*
62 *tation.* Quid alias in hisce visitationibus observandum prolixe docet b. d. Brunnemann. *in jur. eccles. l.* 1. *cap.* 6. *membr.* 12. *n.* 8. *seqq. ibique* d. Praeses *in*
63 *addition.* Visitatorum officium in quo consistat, et de vi recessuum ac decretorum ab ipsis datorum vid. Me-
64 vium *p.* 6. *d.* 289. Caeterum cum ex recessu provinciali Sedini anno 1616. die 18. martii habito, quomodo illae visitationes in Pomerania instituendae, et quid status contra praeteritas in contrarium attulerint, apparet, verba ejus huc facientia adscribere utile duxi, quae a §. *Nachdem auch usque ad* §. *Wenn auch ita sonant. Nachdem auch die gehorsame getreue Land Staende zu Befoerderung der Ehre GOTTES, und Abschaffung vieler eingerissenen Muengel und Missbraeuche, da Visitationes der Kirchen nütze und gut geachtet, und darinn kein Ziel und Maass zu setzen sich erklaeret, nur alleine darüber unterthaeniglich gebeten, solche Visitationes dergestalt zu richten, damit den Patronis an habenden Gerechtigkeiten nichts praejudiciret, und ungehaeret ihrer Nothdurfft, ihnen zum Beschwer nichts verordnet werden moege. Insonderheit haben die von Staedten zum fleissigsten angesuchet, sie mit den General-Visitationibus, wegen der darauf gehenden hohen und schwehren Unhosten zu verschonen. So haben Wir Uns in Gnaden dahin erklaeret, dass Wir zwar die Visitationes der Kirchen ohne Noth, und dergestalt, dass den Kirchen grosse Unkosten dadurch verursachet werden sollen, anzuordnen, oder jemand etwas praejudicirliches wider Fug aufzudringen, nicht vermeynet. dennoch aber solche visitationes nach Gelegenheit, und erheischenden Nothdurfft, an einem und andern Orte anzustellen, oder auf der Patronen und Obrigkeit, oder auch der Pastoren und Kirchen-Vorsteher Ansuchen, wenn dabey Erheblichkeit befunden, fürnehmen zu lassen, auch vorige visitationes zu revidiren, Uns in alle Wege wollen vorbehalten haben, dass auch Unser Superintendens dergleichen Visitationes, mit Unserm gnaedigen Rath und Vorwissen, jedesmal verrichten, und den interessirenden Patronis solches zeitig vorhero durch schrifftliche notification kund thun solle. So bleibet es auch in Unserem arbitrio, und gnaedigen Wohlgefallen billig, Unserem Superintendenten, die Landvoigte oder Hauptleute jedes Ortes bey solchen Verrichtungen zu adjungiren, oder nach Wichtigkeit der Sachen, zumahl an Oertern so unter keine Landvoigtey oder Hauptmannschafft gehoerig, jemand Unser Hof und Consistorial Raethe zuzuordnen. Als auch wider die hiebevor geschehene Visitations-Bescheide allerhand gravamina, bevorab dass die Patronen dazu nicht citiret, und mit ihrer Nothdurfft nicht gehaeret, eingeführet worden, wollen Wir die gravamina, so bereits eingekommen, aufsuchen und verabscheiden lassen, auch dienjenige, so sich beschwehret zu seyn vermeynen, nochmahlen, hoeren, deswegen vorbescheide ansetzen, und den Sachen ohne Weitlaeufftigkeit billigen Ausschlag geben, Was aber gleichwohl auf der patronen geschehene contradiction und gehoerte Nothdurfft cum causae cognitione vor diesem confirmiret und bestaettiget, wird bey Kraefften und Würden billig gelassen, etc.* Ergo etiam 65
iam ex generalibus supra allatis, quae ad has speciales matriculas ecclesiasticas optimo jure applicari poterunt, quam ex his specialiter in visitationibus ecclesiarum pomeraniearum observandis constat, perinde convocari et audiri deberi eos, de quorum praejudicio agitur, et deinde haec omnia in authenticam scripturam esse redigenda, quae in bibliotheca vel inter alias res ecclesiae asservanda est. Regesta alia si publicam 66
fidem mereri debent, etiam ita, uti de matriculis dictum, conficienda, scilicet ut iis aliquis non sub propria annotationis manu sibi faciat debitorem, sed ut communi consensu, regni, reipublicae, vel ecclesiae, vel statuti, aut recepta consuetudine, aut publica et solemni fide et auctoritate sint munita et comprobata. Mindan. *l.* 2. *d. mand. c.* 67. *n.* 20.

CAPUT III.

De fine et effectu matriculae.

SUMMARIA.

Utilitates matriculae remissive. n. 1.
Praecipuus finis est aequalitas contributionis. n. 2.
Super solutione contributionis multae lites oriuntur. n. 3.
Matriculae probant affirmative et negative. n. 4.
De auctoritate praejudiciorum remissive. n. 5.
Pro matricula praesumitur. n. 6.
Onus probandi in adversarium transfert. n. 7.
Vera autem debet esse matricula. n. 8.
Alia requisita si probare debet. n. 9.
Matricula non solemnis nec prodest nec nocet. n. 10.
Non vocatis non praejudicat. n. 11.
Consentiunt qui non contradicunt. n. 12.
Si vergit matricula in grave praejudicium non praejudicat. n. 13.
Consentientes etiam ad probationem contrarii admittuntur. n. 14.
Confectio catastri est quasi contractus. n. 15.
Bona transeunt cum suo onere. n. 16.
Matricula tantum probat inter personas illa comprehensas non contra tertium. n. 17.
Ejus limitationes. n. 18.
Ubi matriculae imperii asservantur. n. 19.
Matriculae provinciales in archivo provinciae asservandae. n 20.

Scripturae in publico archivo repertae habentur pro authenticis. n. 21.
Magna fides archivi et quando? n. 22.
Res in aestimo meo posita praesumitur mea. n. 23.
Positus in matricula cum nobilibus praesumitur nobilis n. 24.
De matricularum confirmatione. n. 25.
Matricula quae invalida est non poterit confirmari. n. 26.
Confirmatio enim nihil addit. n. 27.
Matriculae inscriptus et semel collectus solvens sibi praejudicat. n. 28.
Et immunitatem abdicare videtur. n. 29.
Ejus rei limitationes. n. 30.
Licet etiam intra 10. *dies de inscriptione appellare. n.* 31.
Mevii requisita hoc in casu. n. 32.
Contributiones indebitae per vim extortae praesumuntur. n. 33.
Fiscus ex matriculis habet fundatam intentionem. n. 34.
Executive in causis matricularum proceditur. n 35.
Per quatuor modos fiscus ad solutionem procedit remissive. n. 36.
Levato velo in causis collectarum procedendum. n. 37.
Ita ut nec citatione opus sit. n. 38.
Matricula perpetuo pro norma servanda. n. 39.
Vox perpetuo quotupliciter accipiatur? n. 40.
Quomodo hic accipiatur? n. 41.
Ratio in mutatione sita. n. 42.
Matricula tamdiu servanda quamdiu in eodem statu manent res. n. 43.
Quaenam matricula imperii ad probandum allegari solet? n. 44.
Matriculas antiquas quidam nimium improbant, alii nimis approbant. n. 45.
Vera opinio. n. 46.
In imperio romano ad matriculam de anno 1521. *ut plurimum respicitur. n.* 47.
Civitates imperii ei se opponunt. n. 48.
Quid de matriculis provincialibus statuendum? n. 49.
Pro privatis et contra illos matricula probat. n. 50.
Libri censuales testium dictis potiores sunt. n. 51.
Reo tamen ante condemnationem ejusmodi libri copia danda. n. 52.
Ratio. n. 53.
Hi libri cuilibet petenti edendi. n. 54.
Etiamsi maxima pars contradiceret. n. 55.
Ob quam rationem. n. 56.
Querela b. d. Brunnemanni. n. 57.
Petens editionem aliquod interesse habere debet. n. 58.
Quid requiratur ad id, ut editio necessario fiat? n. 59.
Qualia in editione ejusmodi danda sint mandata compulsorialia? n. 60.
Omnia haec obtinent in matriculis pomeranicis. n. 61.
Matricula de anno 1628. *in ducatu Pomeraniae probat. n.* 62.
Quaenam matriculae in principatu caminensi probent? n. 63.
Verba rescripti. n. 64.
Quando matricula de anno 1628. *non nocet? n.* 65.
Matriculae ecclesiasticae etiam probant. n. 66.
Causa fisci et ecclesiae comparatur. n. 67.
Sola matricula facit consistorio fidem de confirmatione pastoris. n. 68.
Matricula ecclesiastica probat in iis, quae pastoribus debentur. n. 69.
Verba resolutionis electoralis. n. 70.
De vi der visitations-Abscheide. n. 71.
Ubi lites desuper ventilandae. n. 72.
Omnia regesta legitima plenam vim habent. n. 73.
Attendendum autem an etiam secundum illa solutio facta? n. 74.
Ad quid registrum von den Lehen-Pferden in Pomerania utile? n. 75.

Utilitates matriculae vel catastri prolixe refert Klock. 1
d. contribution. c. 17. *n.* 52. cum multis *seqq.* Praecipuus tamen finis ejus est, ut certitudinem et aequalitatem contributionum inter subditos indocat Mev. *p.* 2
9. *d.* 128. *n.* 1. Cum enim plurimae lites super con- 3
tributione oriantur, detrectatio vero solutionis prima earum causa sit, non immerito matriculis vis probandi data. Omnium enim matricularum praecipuum est, quod 4
non tantum affirmative sed et negative probent, prout id auctoritatibus, exemplis et plurimis praejudiciis camerae imperialis (de quorum auctoritate vid. Eckolt. *ad ff. tit. d. constit. princip.* §. 11.) probat Limn. *d. jur. publ. l.* 1. *c.* 7. *n.* 67. *seqq.* Klock. *d. tr. c.* 19. *n.* 59. *seqq.* Maximilian. Faust. *ab Aschaffenburg. in consil. pro aerar. class.* 20. *cons.* 114. *ordin.* 1638. *versic. album itaque* Theodor. Hoepingk. *d. prisc. et nov. insign. jur. c.* 15. *n.* 27. *et* 28. Hinc concludi poterit, 5
quae bona in catastro vel aestimo non reperiuntur, esse aut certo praesumi libera. Mev. *p.* 4. *d.* 34. *n.* 1. Mi- 6
litat insuper semper pro matricula praesumptio donec contrarium probetur *l.* 1. *ff. de albo scribend.* Martin. Mager. *a Schönberg. d. advocat. armat. c.* 6. *n.* 146. *seqq.* Hinc si aliquis pro se habet matriculam, prae- 7
sumptione certa nititur; ea quippe quasi possessionem demonstrat, et onus probandi contrarium in adversarium transfert *l.* 13. *c. d. advocat. divers. judicior.* Cothm. *resp. academ.* 18. *n.* 21. *et resp.* 20. *n.* 12. Constare autem prius debet, quod vera, recta, sincera, ac proba sit matricula, antequam illa probet. Cothmann. *respons. academ.* 47. *n.* 50. Insuper ut omnes 9
hos habeat effectus, requiritur, ut scripta sit publica auctoritate, per publicos officiales ad id publice deputatos, quod ex archivo publico proferatur, ac pro authentica et publica scriptura habita sit, vid. pluribus Mev. *p.* 4. *d.* 179. *n.* 5. *seqq.* Si vero matricula non 10
sit solemnis, nec prodest nec nocet, licet sit antiqua, nisi testibus etiam comprobetur, neque praesumitur solemnis, si pateat ad oculum defectus solemnitatis. Joseph. *d. sess. in decis. Arragon. d.* 143. *n.* 14.

Nunquam autem illis praejudicat, vel contra illos 11
probat matricula, qui non vocati sunt, nec in eam consenserunt. Papon. *l.* 5. *tit.* 11. *arrest.* 30. Consensisse 12
autem et illi dicuntur, qui non contradixerunt, ubi contradicere mature oportuit, Mev. *p.* 9. *d.* 129. *n.* 6. ex regula illa generali, quod qui in praejudicialibus tacet sibi praejudicet *l.* 1. *et* 2. *c. d. remiss. pignor. l.* 38. §. 1. *d. donat. int. vir. et uxor.* Mev. *p.* 2. *d.* 53. *n.* 1. *et decis.* 205. *n.* 4. Minus insuper tunc attenditur 13
ejusmodi matricula, si vergat in grave tertii praejudicium, Tobias Nonius *cons.* 16. *n.* 32. Consentientes 14
tamen nihilominus etiam ad probationem contrarii ad-

15 mittuntur Hippol. Riminald. *cons.* 316. *n.* 13. 14. Confectio denique legitimi catastri quasi contractus quidam est. Besold. *cons.* 277. *n.* 1. *seq.* Imo expressa est conventio, vel contractus innominatus facio ut facias, prout pluribus demonstrat Klock. *c.* 17. *n.* 37. *seqq.* ac per catastrationem personalem quasi obligationem contrahi ex *l.* 4. *c. d. agric. et censit.* colligunt dd. vid. b. d. Brunnemann. *ad d. l. n.* 4. Carpzov. *l.* 4. *respons.* 73. *n.* 6. Eaque hypothecam bonorum inducit Mev. *p.* 4. *d*
16 34. *n.* 5. Ideo bona in quemcunque transeunt, ad eum cum suo onere perveniunt Tusch. *practicar. conclus.*
17 *l. c. conclus.* 675. *n.* 26. *in fin.* Probat autem matricula tantum inter personas in illa comprehensas, non contra tertium Muschard. *d. probat. conclus.* 273. *n.* 3.
18 Nisi ille tertius etiam confectioni matriculae adfuerit Muscard. *d. l. n.* 18. In rebus quoque modici praejudicii contra tertium illam probare statuit. Tusch. *d. tr. lit. c. conclus.* 128. *n.* 28. Alias limitationes hujus asserti vid. ap. eumd. *lit. l. concl.* 345. *n.* 10. *seqq.*
19 Prout porro matriculae imperii in archivo asservandae, ubi ab electore Moguntino illarum exhibitio roganda, Rutg. Rulant. *d. commiss. p.* 2. *l.* 5. *c.* 4. *n.*
20 11. Limn. *d. jur. publ. l.* 1. *c.* 7. *n.* 85. Ita quoque matriculae provinciales in archivo ejusdem provinciae sunt asservandae. *c.* 13. *X. de praescript.* Tusch. *practicar. concl. l. c. conclus.* 675. *n.* 22. Quia est sacrum civitatis vel regionis, ideo debet custodiri sicut res sacra, quod maxime servari Perusii, ubi catastrum est sacristia Perusinorum testatur Tusch. *d. tr. l. c. conclus.* 128.
21 *n.* 1. *et* 2. Scripturae enim existentes in publico archivo de consuetudine haberi pro authenticis, nisi contrarium probetur, asserit Klock. *d. tr. c.* 19. *n.* 46. ubi *a*
22 *n.* 36. *usque ad n.* 50. hac de re agit. Archivi quoque publici magna fides est, quando lis inter superiorem et subditum, vel inter subditos, non quando inter non subditos et extraneos Goedd. *inter consil. Marpurgens.*
23 *cons.* 37. *n.* 270. *circ. fin. vol.* 4. Perinde itaque uti matricula ratione contributionis vim probandi habet, ita etiam res in matricula vel aestimo meo posita praesumitur mea, et in terminis meae praesumptionis me constituit in quasi possessione, sed non excludit haec praesumptio veras possessionis et dominii probationem, Joseph. *d. sess. decis. arrag.* 143. *n.* 5. ubi addit, matriculam inducere quamdam quasi possessionem, in fa-
24 vorem et damnum eorum, qui in ea scripti sunt. *Idem* quoque *d. l.* statuit, quod positus in matricula cum nobilibus, praesumatur nobilis, et quod haec praesumptio praevaleat, quamvis concurrant duae praesumptiones contrariae, quae hac de re attulisse sufficiat, cum instituti mei tantum sit hic agere de matriculis hubarum.
25 Solent etiam ejusmodi matriculae a superiori confirmari, et eo casu confirmatio id operatur, quod alias solet, uti autem quod nullum est non poterit confirmari Gail. *l.* 1. *o.* 127. *n.* 3. Fab. *in cod. l.* 4. *t.* 15. *d.* 61. *n.*
26 11. Mev. *p.* 1. *d.* 100. *n.* 6. Ita etiam catastra seu aestima, quae vitium magnum visibile habent et sic per se nulla sunt, omni si carent, nec vel ex superioris confirmatione vires capiunt Mev. *p.* 4. *d.* 34. *et p.* 9. *d.* 128. *n.*
27 4. Talis enim confirmatio principis nihil addit, sed actum prout est firmus, roborat, ideoque turpia, tamquam moraliter impossibilia *l. filius* 15. *ff. d. condit. instit.* fraudulenta, nulla, nunquam intelliguntur con-
28 firmata Wesenb. *consil.* 103. *n.* 28. *vol.* 3. Quoniam itaque justa matricula plene probat, ideo omnes qui se inscribi patiuntur, accurate attendere debent, ne damnum exinde sentiant, semel in eam receptus, et collectas secundum illam solvens, sibi imposterum praejudicat. Gail. *l.* 1. *o.* 21. *n.* 11. Myusing. *decad.* 11. *resp.* 1. *n.* 101. Brunnem. *cons.* 163. *n.* 5. Seque eo debitorem 29
facit, et immunitatem abdicare intelligitur, Gren. *practicar. concl. l.* 2. *conclus.* 60. *considerat.* 6. *n.* 2. Felin. *in c. cum accessissent d. constitut. n.* 28. Alexand. *l.* 2. *consil.* 196. *in fin.* Quia hic actus immunitati plane contrarius est, et cum illa subsistere non potest Carol. Tapia *in rubric. et l. fin. ff. de constit. princip. p.* 2. *c.* 2. *n.* 1. *seq.* cum actus omnes privilegio contrarii inducant ejus renunciationem *c.* 6. *et* 15. *X. privil.* Hoc 30
tamen intelligendum quoad ipsius facientis personam, non quoad alios quibus praejudicare non potuit, et tantum quoad casum et actum illum, non quoad alios, nec hoc procedit, si is qui hoc passus fuit, juri suo renunciare non potuit, de quibus limitationibus pluribus agit Menoch. *l.* 6. *praesumpt.* 41. *n.* 5. *seqq.* ubi et alia huc facientia videri poterunt. Porro hoc tantum procedit in actu non reiterabili, non in actu reiterabili, quia hoc casu non ita extinguitur immunitas, Surd. *d. consil.* 419. *n.* 32. *seqq.* ubi dicit, in tali casu non extingui immunitatis privilegium, nisi spatio triginta annorum, quod confirmat Alex. Raud. *in suo de analogia tr. l.* 1. *c.* 40. *n.* 17. cum in actibus successivis factum in uno, in alio non attendatur Natta *cons.* 446. *n.*
16. *et seqq.* Licet tamen etiam intra 10. dies de ejus- 31
modi inscriptione appellare Coler. *d. process. executul. lib.* 1. *cap.* 2. *n.* 7. et tunc ejusmodi appellanti omnia illa jura competunt, quae in genere aliis appellantibus concessa, Mev. vero *p.* 5. *d.* 70. ut catastratio inducat renunciationem immunitatis, requirit, 32
ut fiat sciente et volente eo cujus bona in catastro describuntur, deinde, ut catastrum duret sine impugnatione, si enim impugnetur, catastratio illa vires suas admittit, porro, ut actus solutionis collectarum fuerit voluntarius non coactus vel extortus, quod ultimum in dubio praesumitur, cum contributiones indebitae per vim extortae praesumuntur Rosenth *d. feud. cap.* 5. *conclus.* 83. *n.* 7. *lit. g.* Muscard. *d. probat. con-*
clus. 316. *n.* 8. Et tandem ut illi actus fuerint conti- 33
nui et perpetui. Fiscus etiam habet ex his matriculis 34
fundatam intentionem, non modo tributorum et collectarum, sed etiam personarum respectu, ratione exemptionis, ut constet, quis imperii vel regni subditus, vassallus, municipalis sit Petr. Frider. vulgo Mindanus dictus *l.* 2. *d. mandat. c.* 67. *n* 11.

Executive vero in causis matricularum praecipiendo 35
et mandando procedi tur, sive istae matriculae sint imperii, regni sive reipublicae, cum illae faciant debitum liquidum *l.* 10. *ff. d. prob.* Secundum quam census et monumenta publica potiora testibus esse senatus censuit, adeo ut debentes fisco statim in mora constituantur sine interpellatione *glos. in l. cum quidam* §. *fiscus ff. d. usur glos. in* §. *item mixta in verb. judicium institut. d. action.* Quatuor modos per 36
quos fiscus praeter caetera privilegia ad solutionis executionem procedere possit, refert *d. mindan. allegat. loc. n.* 5. Causa autem collectarum summaria est, 37
perinde ergo etiam in causis matricularum levato velo et de simplici et plano procedendum esset, arg. *l.* 4. *c. quor. appellar. l.* 5. *c. d. feriis, l.* 7. *c. d. executor. tributor. nov.* 17. *c.* 8. prout id dd. ex allegat. textu

38 bus probant. Quod adeo verum existimat Joh. Baptist. Asin. *in pr.* §. 7. *c.* 5. *limit.* 23. ut ne quidem citationem in tributorum et collectarum causis requiri scribat. Cujus opinionem sanctio Justiniani in *nov.* 8. *cap.* 10. §. 2. verb. *militares expensae, et hostium incursiones multa exeunt diligentia, et non possunt, citra pecunias haec agi; causa nullam recipiente dilationem* (Carpzov. quidem *decis.* 161. *n.* 3. legit *citationem*, verum neque florentina neque Haloandri ita legunt) confirmare videtur. Quam tamen *Asin.* sententiam optime temperat Carpz. *d. l. n.* 8. *seqq.*

39 Semel autem matricula legitime perfecta, illa perpetuo pro norma servanda est; cum vero vox perpetuo

40 varie accipiatur, paucis de ea agam. Aliquando perpetuo nominatur quod ad vitam hominis *l.* 1. §. 13. *ff. de offic. praef. urb. l.* 2. *vers. domini c. de his qui latron.* aut ad vitam reiidurat *l.* 25. *ff. d. pecul.* Everhard. *in loc topic. loc. a subiecta mater. n.* 14. Ratione contrahentium sumitur pro eo tempore quoad illi vivant, *l.* 1. *pr. ff. pro soc.* eorumque successores *l.* 1. *pr. ff. si ager. vectigal.* et denotat firmitatem et validitatem contractus. Mynsing. *decad.* 1. *resp.* 10. *n.* 54. Interdum 30. annorum spacium determinat, ut in lis civilibus *l.* 3. *et* 4. *c. d. praescript.* 30. *aut* 40. *annor.* Quandoque vero etiam dicitur perpetuum, quod non habet certum finem, nec certo tempore limitatur; sed ad bene placitum datur. Wehner *in obs. practic. sub voc. Ewig.* Hoc in casu sumo vocem perpetuo in eo

41 significatu, ac imperator in *l. hac in perpetuum valitura* 6. *c. d. divers. praed. urban. et rustic.* et passim illam accipit, scil. ut denotet eousque, donec necessitas

42 vel utilitas mutationem exigat. Uti enim impossibile est easdem semper retinere ll. ob mutationem cui omnia subjecta sunt, quid enim erit stabile inter homines, et ita immobile, ut nullam patiatur mutationem, cum omnis noster status sub perpetuo motu consistat *nov.* 7. *c.* 2. Ideo etiam leges infacta constituuntur, quia futura incerto sunt. Tacit *l.* 3. *Annal. c.* 69.

43 *n.* 2. Ita tamdiu servanda legitime confecta matricula, quamdiu res in eodem statu manet, si enim aliquibus damna in agris et pratis contingant, et illi ita huiusmodi decrementum patiantur, injustum esset, illos nimio gravare onere, si vero alii plus huiusmodi possiderent, quam matricula notat, illudque posset probari, adeoque ad revisionem ejus procedendum esset, non nisi cum injustitiae nota antiquae matriculae insisteretur.

44 Quaenam matricula vero quoad vim probandi aliis praeferenda et in imperio ad decisionem causarum allegari debeat, prolixe examinat Limn. *d. jur. public.*

45 *l.* 1. *c.* 7. *n.* 70. *seqq.* Et quamvis aliqui velint, matriculas veteres abrogatas esse, indeque easdem nihil probare Knich. *in encyclop. cap.* 7. Alii e contra dicant, tamdiu cum. s. romano imperio praeclare fuisse actum, quamdiu veterum matricularum indoles viguit,

46 Klock. *c.* 19. *n.* 56. Neutra tamen harum opinionum simpliciter amplectenda, hic antiquorum matricularum magnam quoque adhuc esse auctoritatem concludit Limn.

47 *d. l. n.* 78. Et in imperio romano per *recessus d. anno* 1557. §. *Nachdem auch*, 1594. §. *Wenn auch bey voriger tractation.* et alios Reink. *d. regim. secular. et eccles. l.* 1. *class.* 4. *c.* 1. *n.* 21. ad matriculam d. anno 1521. utplurimum respiciendum est, quamvis multae aliae post illud tempus confectae sint. Solae civitates imperii ei se opponunt, quoniam ad 48
ejus confectionem non sunt adhibitae, Dauth *inter consil.* Klock. *v.* 3. *cons.* 134. *n.* 114. Quod vero ma- 49
triculas provinciales attinet, novissima dubio procul est observanda, si vires verae matriculae ipsi tributae sint, quamvis si aliquis pertenam se gravatum profitetur, vel si alia ex causa ad revisionem procedendum sit, etiam antiquae matriculae adhiberi debeant.

Et perinde uti matricula probat contra privatos, 50
quod nempe de tot hubis contribuere debeant, sic etiam pro ipsis probat, si haec vel illa bona non sint inscripta matriculae, maxime si in provincia sic moris est, bona oneribus publicis addicta, in illa describi Mev. *p.* 4. *d.* 34. *n.* 2. Sicque non tam eximuntur, sed praeservantur in ea libertate, in qua erant ab origine mundi. And. Barbatia *V.* 1. *cons.* 26. *n.* 20. Tantaroque vim probandi habent libri censuales, ut et 51
testium dictis potiores sint: non tamen super iis statim condemnatio faciendа, antequam copia ejusmod libri reo, ut inspiceret, facta est, ne inauditus condemnetur. Fit enim judici quidem probatio; at judex 52
probationem factam non statuit, nec super illa pronunciat, nisi auditis partibus. Et quamvis hi libri sint instrumentum publicum, tamen judex et hic perinde ut alias, antequam ferat sententiam, desuper partes audire debet. Mev. *p.* 4. *d.* 179. *n.* 1. 2. 3. *et* 4. De unoquoque enim negotio praesentibus omnibus quas 53
causa contingit, judicari oportet *l.* 47. *pr. ff. d. re jud.* quo videant, et observent partes, an omnia sic sint comparata, ut plenam fidem facere queant, et si quid secus reperiunt, de eo judicem mature moneant. Mev. *d. l. n.* 10.

Hinc fluit, quod hi libri cuilibet petenti edendi 54
sint, ut possit cognoscere, an unus magis quam alter in iis sit gravatus. Maximil. Faust. ab Aschaffenburg. *in consil. pro aerar. class.* 4. *consil.* 56. *ord.* 207. Etiamsi maxima pars contradiceret, quia dolus et fraus 55
in ea praesumeretur Festus. *d. aestim. et collect. c.* 1. *n.* 21. Klock. *d. contrib. c.* 17. *n.* 111. Est enim li- 56
ber civium communis, cum rationes, quae civitatis civiumque causa per publicum officium conficiuntur, omnium habeantur communes, et eadem ejus ratio, ac aliorum instrumentorum communium. Mev. *p.* 7. *d.* 92. *n.* 1. *seqq.* Hinc non immerito conqueritur b. d. 57
Brunn. *in l.* 4. *c. d. fid. instr. n.* 1. *seqq.* quod amissis instrumentis solutarum collectarum, frustra miseri ad libros civitatum quarumdam provocent, sed adhuc semel forte jam solutas solvere compellantur, plus quam barbare, cum libri publici et catastra debeant esse instrumenta non curiae tantum, sed omnibus civibus communia, quod ex *d. l.* 4. probatur. Pe- 58
tens tamen debet interesse aliquod habere, alias editio non est facienda *l. ad exhibendum* 19. *ff. ad exhibend. ibique* Brunn. illudque interesse allegare debet is, qui editionem desiderat: et non tantum id allegare, sed et docere debet; deinde etiam requiri- 59
tur, ut illam petat sui causa, de alienis enim et ad se non pertinentibus, quem sollicitum esse non decet *l.* 4. *c. fin. regund.* nec editio aliorum est, quam quae ad instruendum petentem pertinent *l.* 9. §. *pen. ff. d. edend.* Porro non ultra petenda et danda, quam ad illum pertinet: Ultimo loco requiritur, ut opus sit editione, i. e. ut facial ad eum finem, cujus gratia poscitur, si autem ille desiat, aut jam impetratus

sit, frustra onerabitur inutili editione magistratus. Si ergo de collectis praeteritis agitur, et super iis rationes jam discussae vel liquidae sunt, editione opus non est
60 Mev. *p.* 8. *d.* 27. Et quamvis alias in editione actorum etiam mandata compulsorialia sine clausula dentur. Frider. Mind. *l.* 2. *d. mandat. c.* 47. *per tot.* Attamen si illud interesse in facto consistat, et dubium sit, an non causa exhibendi ab illo denegante adduci possit, cum clausula ejus editio mandanda Mev. *d. decis.* 92. *n.* 8.

61 Quae omnia ferme in matriculis pomeranicis perinde obtinent, ex illis enim sumitur probatio, quod tot hubae huic vel illi loco adscribendae, et de tot hubis contributiones exigendae et dandae, quod in matricula scriptae.
62 In specie in ducatu Pomeraniae matricula de *anno* 1628. pro norma servatur, cui illa, quae *anno* 1670. publicata, jungenda est, nisi talia quaedam, quorum *in cap. ultim.* mentio fit, contra illam opponi et pro
63 bari possint. In principatu caminensi matriculae de *anno* 1626. *et* 1628. ex quibus novissima compilata est, praecipue attenduntur, et quidem ita, ut si in antiquis regestis major summa reperiatur, illa retinenda sit, quod ut eo magis pateat, lubet verba rescripti serenissimi electoris brandenburgici de die 28. Mart. 1673. hic
64 addere. P. P. *Ihr habt diejenigen, deren Anschlaege differiren, auch bey welchen in den alten registern mehr Hufen gefunden werden, als im Anschlage von anno* 1628. *enthalten, aus obangezogenen Ursachen dahin anzuhalten, dass sie den geringeren Anschlag, er sey von welchem jahre er wolle, in gewisser Frist justificiren sollen, im widrigen habt ihr ihnen das jenige anzusetzen, was in ihrem Anschlage billig sich befinden solte. Es ist Unser und unserer geborsamen Staende Interesse hierunter eynerley, und kan ihnen nichts furtraeglicher seyn, als dass das jenige, was mit Unfuge aus dem alten Anschlage und Registern gebracht, wieder angesetzet werde, gestalt ihr denn denen Geschlechtern, bey welchen ein Mangel zu finden, so fort solche Unsere Gemuths-Meynung kund zu thun, und dahin zu sehen, dass hierunter gaentzliche Richtigkeit fuerderlichst*
65 *getroffen werde*. Non tamen saepe dicta matricula de *anno* 1628. illis praejudicare debet, qui praegravationem docere possunt, cujus gratia e re fore mihi videtur, verba confirmationis dictae matriculae Bogislai episcopi caminensis, de die 16. april. ejusd. anni huc adscribere. P. P. *So haben Wir als regierender Bischoff solches an ihnen zu loben, auch darum Ursach, die confirmation dess Land-Tags Abscheides zu ertheilen. Confirmiren denmach solchen hier angeheffteten Stiftischen Land-Tages Abscheid in allen seinen Puncten, Clausulen, und Einhaltungen, so weit als regierender Bischoff denselben confirmiren koennen, sollen und moegen Wollen auch, dass er im Stiffte festiglich gehalten werden moege. Solte es aber von den Pomm-erischen Landschafften davor angesehen werden, dass insonderheit durch darinn eingefuehrte neue Anschlaege der Hufen, Haeuser und Buden, sie in Abtrag praestir-und Leistunge gemeiner Landes-Buerden praegraviret werden wolten, soll diese confirmation ihnen daran kein Nachtheil oder praejüdiz zuziehen, so Wir den hiemit in ausdrucklichem Bedinge reserviret haben wollen.*

Matriculae ecclesiasticae rite confectae perinde pro 66
bant, ac aliae, et rem debitumque liquidum faciunt *l.* 10. *ff. de probat.* adeo, ut debentes ecclesiae, in mora statim constituantur sine interpellatione, pariter ac debitores fisci: nam fisci et ecclesiae causa aequiparatur, Everhard. *in topic. legal. loc. a fisco ad ecclesiam* 67
vel piam causam Mindan. *l.* 2. *d. Mandat. c.* 67. *n.* 1. *seqq.* Sic sola matricula facit fidem consistorio de con- 68
firmatione pastoris Carpzov. *in jurisprud. eccles. l.* 2. *d.* 52. *n.* 7. Quando etiam super iis quae pastoribus 69
an Messkorn et alias debentur, lis inter illos et patronos etc. oritur, ad matriculam respiciendum, et illa pro vera probatione admittenda est, quod patet inter alia etiam ex resolutione serenissimi gravaminum ecclesia- 70
sticorum de die 5 martii 1680. certo modo in accidentibus aliquid mutatum prout patet ex §. 4. d. resolutionis, cujus verba haec sunt. *Wegen der accidentien wollen hoechstgedachte s. c. d. gnaedigst, weil die matriculae in allen Kirchspielen nicht uniformes seyn, dass alle und jede accidentien, in denen vermoegenden und guten Pfarren, woselbst die Priester bisshero mit dem, was in der matricul und visitations Bescheide enthalten, friedlich gewesen, in dem Stande zu lassen hergegen aber den geringeren Kirchspielen, da die fixi reditus nicht so gross, dieselbe verdoppelt werden sollen.* Dictum quod etiam in visi 71
tationibus certa decreta dentur, quae perinde vim probandi habent, ita ut secundum illa partes condemnandae vel absolvendae sint: sed si lis super his decretis 72
oriatur, illa in regimine et non in consistorio determinanda, secundum *recessum provincialem de anno* 1654 *im dritten Haupt-punct.* §. 23. *et ibidem in resolutione sub eodem numero.*

Reliqua regesta si legitime confecta, perinde plenam 73
probandi vim habent. vid. Mindan. *l.* 2. *d. mandat. cap.* 67. *n.* 20. Hoc tamen in illis quae privatam tan- 74
tum annotationem continere videntur praecipue attendendum, anne secundum illa etiam solutio facta sit, et an illam testentur Mev. *p.* 4. *d.* 179. *n.* 11. In specie 75
illud regestum, in quo equi feudales *die Lehn-Pferde* consignati sunt, ad id in Pomerania adhibetur, ut secundum illud taxa literarum investiturarum *der Lehn-Briefe* conficiatur, nam de singulis equis eo nomine 4. thaleri solvendi sunt *Land-Tags Abscheid de anno* 1654. *im dritten Haupt. Punct* §. *ihre* 17. 18. *etc. ibique in resolut. sub eod. n.*

CAPUT IV.

De contrariis matriculae.

SUMMARIA.

Matriculae vitiosae nomine instante corrigi debent. n. 1.
Quando matricula revidenda? n. 2.
Quidam volunt de quinquennio in quinquennium matriculam revidendam. n. 3.
Etiam certo casu singulis quadrimestribus. n. 4.
Objectio. n. 5.
Resolutio. n. 6.

Solutio onerum si fiat iniqua ad aequitatem est reducenda. n. 7.
Rationes. n. 8.
Aequalis censuum ratio ineunda. n. 9.
Quod confirmatur. n. 10.
Per quos matricula imperii reformari debeat. n. 11.
Per quos provinciales matriculae? n. 12.
Superiori hoc semper licet. n. 13.
Quare? n. 14.
Quomodo matriculae pomeranicae reformandae? n. 15.
Non tamen nisi ex justa causa mutatio instituenda. n. 16.
Quid Carpzov. ex l. 4. §. 1. ff. d. censib. *probare velit? n.* 17.
Quod merito negat Brunnem. *n.* 18.
Rerum pretia mutantur. n. 19.
Alias iniquitas exinde oritur n. 20.
Deficientia facultatum justa causa diminutionis collectarum est. n. 21.
Et remissio facienda pro rata bonorum amissorum. n. 22.
Etiam si casu hostili praedium deterioratum. n. 23.
Idem in matriculae imperii reformatione observandum. n. 24.
Idem obtinet, si etiam per contractum aliquis bona sua in alium transferat. n. 25.
Quod etiam in Pomerania obtinet. n. 26.
Ob quas causas modus collectandi mutari possit? n. 27.
Revisionem matriculae etiam unus petere potest. n. 28.
In reformatione major pars praevalet. n. 29.
Aliquando etiam is admittitur cujus non interest. n. 30.
Singuli tamen possessores legitime citandi sunt ad revisionem. n. 31.
Quae in revisione matriculae pomeranicae attendenda? n. 32.
Ratio ejus reductionis. n. 33.
Qui revisioni reclamant in dolo sunt. n. 34.
Quis sumptus in revisionem factos ferat? n. 35.
De deletione ex matricula et quomodo in imperio fiat? n. 36.
Quomodo in Pomerania illa obtinere possit? n. 37.
An praeteritio pro deletione sit? n. 38.
Quomodo in aestimo gravati subleventur? n. 39.
An principi eo casu quid decreseat? n. 40.
De exemptione sive immunitate. n. 41.
Exemptio ab allegante probanda. n. 42.
Qui probat exemptionem a jurisdictione is liber est ab oneribus civicis. n. 43.
Immunis contributiones solvens renunciat immunitati. n. 44.
Quid tunc juris si catastratae aedes ad immunes pervenerint? n. 45.
De quibus oneribus hoc intelligendum? n. 46.
Contra exemptos libri censuales non probant. n. 47.
Restitutio in integrum contra matriculam peti potest intra annum. n. 48.
Post annum datur remedium nullitatis. n. 49.
De restitutione contra matriculam in Pomerania. n. 50.
Modi in Pomerania ad probandum aliquid contra matriculam recepti. n. 51.
De errore. n. 52.
Quomodo error in Pomerania probetur? n. 53.
De errore dupli. n. 54.
Quomodo iste error probandus? n. 55.
Von der Vermessung. n. 56.
Die Vermessungs-Regulen im Fürstenthum Camin. num. 57.
Istae bubae in perpetuum ex matricula delendae sunt. n. 58.
Quaenam ad tempus eximantur? n. 59.
Quid de remissione ob bellum et pestem? n. 60.
Et ob incendia? n. 61.
Quid obtineat si in civitate aedes quaedam incendio consumptae? n. 62.
Quid in incendio quod ruri contigit? n. 63.
De damnis per tempestatem datis. n. 64.
Si aliter processit solutio, quam in catastro scriptum, quid tunc juris? n. 65.
Protestatio contra matriculam nil operatur. n. 66.
Gravatus etiam contra peraequatores agere potest. n. 67.
Conclusio operis. n. 68.

Quod praecedenti capite de effectu matricularum dictum, nonnisi de iis, quae rite confectae sunt, intelligendum est. Si enim vitiosae sunt, nil probant, et nemine etiam instante vel petente inspici, corrigi, mutari, et reformari debent. Klock. *d. contribut. cap.* 17. *n.* 121. Revisio autem et reformatio matriculae non tantum tunc est necessaria, quando praecedens vitiosa, sed et quando ab initio justa et legitima fuit, cum enim omnia mutentur, perpetuo stabilis matricula confici non poterit. Hinc dicunt dd. aestimum reformari deberi de quinquennio in quinquennium, ob id, quia rerum status tanto tempore mutetur. Menoch. *consil.* 1201. *n.* 47. Et universalis provinciae aestimi revisionem fieri debere singulis quadrimestribus, ne quid ad relevationem divitum, atque pernicicm pauperum protendatur, sed omnes tam inopes quam divites pari revisionis fructu potiantur *l.* 1. *c. d. apoc. public.* Quamvis enim ea, quae antiquam formam semper habuerunt minime mutanda sint, ideoque variatio in muneribus prohibita sit *l.* 20. *ff. de option. legat.* Attamen hoc tunc tantum procedit, si res in eodem statu manent, c. 41. *X. d. transact.* nam si mutetur status rei, aequum est, ut ipsa divisio quoque mutetur, vid. in terminis hac de re Anton. Thessaur. *decis.* 239. *n.* 10. Hinc solutio onerum, si tractu temporis efficiatur iniqua, vel rerum status mutetur, ad aequitatem est reducenda *arg. l.* 17. *in pr. ff. d. usur.* Thessaur. *decis.* 226. Quam sententiam ita aequam esse, ut confirmatione ulteriori haud indigeat, statuit Mandell. *consil.* 34. *in fin.* Ita enim res temperanda, ut vitia priorum censuum, datis novis professionibus evanescant *l.* 2. *l.* 4. §. 9. *ff. d. censib.* Et quae de novo emergunt, novo indigent auxilio *l.* 11. §. 8. *ff. d. interrogat. in jur. faciend.* et novis morbis nova antidota opponenda. *c.* 5. *X. d. juram. calum.* Dubio ergo caret, quod postquam in libris censuum aliqua inaequalitas reperitur inducta, non obstantibus antiquis aestimis, aequalis censuum ratio sit ineunda, ut omnes aequaliter oneribus illigentur pro quantitate et qualitate rerum, quas possident *l.* 1. 2. 3. 4. *seqq. c. d. censib. et censitor. l.* 4. *pr. et tt. ff. ibid.* Hinc etiam ex *recess. imperii de anno* 1512. §. *und solches, de anno* 1524. §. *item wiewol* *seqq. de anno* 1129. §. *und wiewol, de anno* 1541. §.

und wievol. 1548. §. *und. demnach patet*, libros censuales justa ex causa mutari posse. Brunn. *ad l.* 1. *c. d. censib. n.* 5.

11 Per quos vero matricula imperii reformari debeat *vid. in d. recess. imper. d. a.* 1548. §. *und. wann der*, *de annis* 1576. 1589. 1594. §. *und dann was sonsten.*

12 Provinciales matriculae per eos sunt reformandae et revidendae, per quos confectae, cum nihil tam naturale sit, quam eo genere quid dissolvere, quo colligatum est *l.* 35. *l.* 109. *l.* 135. *ff. d. r. i.* Illisque reformatio

13 superiori nullo modo deneganda, si enim potest imponere collectas ab initio, a posteriori potest reformare, ut bona registrata sive in registrum relata ex integro aestimentur ad valorem praesentis temporis, Aymon Cravett. *cons.* 195. *n.* 3. Facilius enim permittitur actus

14 reformatio, quam nova constitutio. Alexand. *in l.* 1. §. *si quis simpliciter column.* 2. *versic. pro qua ratione ff. d. v. o.* Et suppletur quid facilius, quam inducitur de novo. Decius. *consil.* 36. *et* 146. *in fin.* Reformatio enim ad eum fit effectum, ut in praesens tempus aequalitas servetur in oneribus, ne pauperes compellantur plus

15 aequo solvere. Cravett. *d. l. n.* 9. Hinc etiam nostrae matriculae, cum jussu principis et consensu statuum conficiantur, eo modo etiam reformandae sunt, quod ex rescripto electoral. de *die* 28. *martii anni* 1673. satis patet.

16 Prout vero omnis mutatio periculosa, ita etiam matricula non nisi justa ex causa mutanda, et reformanda est. Quod et Ulpianus in *l.* 4. §. 1. *ff. de censibus* vult, ubi *illam aequitatem*, inquit, *debet admittere censitor, ut officio ejus congruat relevari eum, qui in publicis tabulis delato modo frui certis ex causis*

17 *non possit. Quare et si agri portio chasmate perierit, debebit per censitorem relevari iniquum eum numerum inseri censui. Quod si exciderit arbores vel vites, nihilominus eum numerum profiteri jubetur, qui fuit census tempore, nisi causam excidendi censitori probabit.* Ex qua quidem lege probare vult Carpzov. *decis.* 166. *n.* 12., eum cujus bona et facultates tanto aere alieno sunt gravatae, ut ultra usuras nil commodi vel fructuum possessori restet, exactioni collectarum se

18 subtrahere posse. Recte tamen id moribus nostris non observari monet h. d. Brunnemann. *ad d. l.* 4. *ff. d. censib. n.* 11. Indistincte enim contributiones exigantur, sive dominus fructus in suam utilitatem convertat, sive non; imo addit, licet praedium nullos ferat fructus, de quo tamen quoad mores nostros vid. *infra n.* 59. *seqq.*

19 Cum autem rerum pretia juxta varietatem temporum immutentur *l. pretia rerum* 63. *ff. ad l. falcid. l.* 21 *c. d. jur. dot.* Etiam catastrum mutari debet, ut si aucta sint bona et eorum pretium augeatur, si diminuta minuatur, quia collecta sine rebus esse non potest, cum is tamquam onus injunctum, ut suo subjecto imponatur Klock. *d. contribution. n.* 125. *seqq.*

20 Si enim catastro vel libro censuali stricte quis inhaeseret, ac juxta facultates subditorum multis ab hinc annis consignatas distribuere collectas velit, fieri haud potest, ut non sub mantello aequitatis et aequilibrii summa inducatur iniquitas pariter ac inaequalitas. Cui malo non aliter obviam iri potest, quam per reformationem, si quotannis vel etiam quando necessitas exposcit, a censitoribus suscipiatur persequatio, et denuo facultates subditorum eorumque cadditus ac obven-

tiones prout tunc temporis reperiuntur, perquirantur et consignentur, atque ita pro varietate temporum aestimum mutetur, et nunquam onera collectarum aliter, quam secundum vires patrimonii subditis imponantur. Fab. *in cod. l.* 9. *t.* 30. *d.* 21. Carpzov. *l.* 4. *resp.* 73. *n.* 3. Deficientia ergo facultatum superveniens, si sc. territorium hostiliter discesserit, vel res perierit, aliique casus fortuiti justam causam diminutionis collectarum, adeoque mutationis catastri inducent *l.* 2. *c. d. alluvion. l.* 4. *c. d. censib.* 21

Et in specie pro rata bonorum amissorum etiam remissionem collectarum faciendam esse, docet Mynsing. *c.* 3. *o.* 34. *n.* 1. *seqq.* Eum enim onera sequi debent, quem sequuntur commoda, et quoniam munera patrimoniorum imponuntur rebus, illis peremptis non debent onera facultatibus majora esse. Gail. *l.* 1. *o.* 21. *n.* 18. *seqq.* Pariter si casu hostili praedium 23 deterioratum, causa haec justa est emendationis aestimi. Menoch. *cons.* 9. *n.* 5. *seqq.* Brunnem. *ad l.* 4. *c. d. censib. n.* 4. Sic etiam apud Romanos actus et census ob incrementum et decrementum patrimoniorum mutatur Carpzov. *d. resp.* 73. *n.* 15. Idemque de ma- 24 tricula imperii reformanda et collectis ad aequalitatem redacendis constitutum est *in recess. imper. de anno* 1582. §. *zum ersten. conf.* Rulant. *d. commissar. p.* 2. *l.* 2. *c.* 6. *n.* 77. Carpzov. *d. l. n.* 11. *seqq.* Eadem ratio est, si aliquis per contractum empti ven- 25 diti, permutationem, dationem in solutum, vel alio modo rem quamdam in alium transferat, perinde enim illae res novissimo possessori adscribendae, quod et in Pomerania obtinet. Quoniam enim illud in uni- 26 versitate imperii est receptum, merito etiam hoc universitates aliae sequi debent, juxta Mascard. *d. statutor. interpretat. conclus.* 6. *n.* 78. Knich. *in encyclop. c.* 5. *per tot.* Quod in materia collectarum bene observandum monet. Wesenb. *cons.* 103. *n.* 15. *seqq.*

Lubet etiam hic remissive agere de causis ob quas 27 modus collectandi mutari potest: quamvis enim collectae indicendae facultas, et modus distributionis differant, illa enim ad regalia pertinet, non hic Brunnemann. *ad l.* 4. *ff. d. censib. n.* 16. Attamen cum hae causae maxima ex parte etiam ad mutationem matriculae possint trahi, de iis omnino videndus Mev. *p.* 3. *d.* 216. *n.* 4. 5. In hac porro revisione matriculae ita 28 singuli audiendi sunt, ut etiam unus illam petere possit Mev. *p.* 4. *d.* 34. *n.* 7. nam cum de onere agatur, et versetur causa publica, quilibet ex populo audiendus est *l.* 1 *pr. ff. si mens. fals. mod. dixer.* ibi: *nam interest nostra, ne fallamur in modi renunciatione*, et ita in aestimi renunciatione, prout addit Perez. *in cod. tit. d. censib. n.* 12. In hac vero reformatione ma- 29 jor pars praevalet, et secundum eam moderatio est instituenda, quamvis in erectione omnium consensus requiratur. Imo etiam unus de populo pro publico interesse admittendus, ut fiat registri revisio ad eum 30 finem, ut sciatur, an aliqui indebite graventur, in tantum, ut hic, uti alias ubi agitur de interesse publico, etiam is admittatur, cujus non interest per *l.* 3. *ff. d. popular. action.* dum dicitur parcendi cujus interest, ergo consequi concursu admittitur etiam is, cujus non interest. Covett. *cons.* 195. *n.* 11. Ad re- 31 novationem quoque catastri singuli possessores legitime citandi sunt Klock. *d. contribut.* c. 17. *n.* 31.

Alias his qui in renovatione ista gravantur, non praejudicat Klock. *d. l. c.* 19. *n.* 55.

32 Quae omnia in revisione matricularum pomeranicarum observanda, quod docet *recess. provincial. de anno* 1654. *im fünfften Haupt-Punct*, §. *unterdessen etc.* Cujus verba haec sunt: *Unter dessen aber sollen auf den 8ten schierst künfftigen Augusti aus allen Districten und Staedten gewisse personen zu Colberg, ohne ferner Ausschreiben erscheinen, welche nebst Unsern Regierungs-Raethen sich zusammen thun, die matricul de anno* 1628. *revidiren, die Interessenten darüber hören, und nach befundener Beschaffenheit, und itziger Landes Gelegenheit, wiederum auf ein gewisses reduciren, welche Reduction alsdenn bis Ablauff der in distributione benannten Jahre, pro norma zu halten seyn würde, damit niemand mit Bestande sich darüber zu beschweren ha-*
33 *ben mögt.* Ratio hujus reductionis erat tunc temporis praeteritum bellum tricennale, in quo Pomerania prout
34 in bellis contingit, multa perpessa est. Ipsa ergo aequitas revisionem suadet imo imperat, hinc etiam illi qui ei reclamant, et eam permittere nolunt, in dolo esse videntur, cum nemo juxte exinde laedatur, sed illa tantum ob aequalitatem reducendam instituatur, cum autem aequalitas bonam fidem arguat, inaequalitas certe ex vi et natura contrariorum malam arguet Klock *d. contribut. c.* 17. *n.* 129. *seqq.* Et semper illa interpretatio retinenda est, quae aequalitatem onerum conservat, prout ex *l. si ita legatum* 12. *ff. d. condit. et demonstrat.* colligit Tiber. Decian. *v.* 3. *cons.* 106. *n.* 27.

35 Qua sumptus quae in revisionem impendendae sunt, distinguendum est, an in ea agatur causa totius universitatis, et licet unus vel alter tantum illam urgeat, ne pro aliis solvere cogatur, impensa est totius universitatis seu terrae, salva adversus personas vel bona eorum, qui novae distributionis faciendae necessitatem attulerunt, repetitione Fab. *in cod. l.* 9. *t.* 30. *d.* 20. Aut agitur tantum de portione alicujus ad aequalitatem reducenda; et refert, utrum hoc fiat ob nulliter confectum aestimum, et tunc impensarum refusio incumbit, vel persequutoribus male versatis, vel universitati ejusque administratoribus, qui male constituerunt Fab. *d. t.* 30. *d.* 1. *n.* 4. An ob errorem sine culpa, seu casum, seu causam de novo supervenientem, seu ob quaedam antea non prolata, tamen consideranda, et tunc quicquid ad inducendam aequioris contributionis rationem a quoquam fit, suis sum-
36 ptibus curandum est. Mev. *p.* 9. *d.* 191. *n.* 3. Quandoque etiam contingit, ut nomina vel personarum vel praediorum, vel etiam habitarum quarundam ex matricula deleantur. In imperio ejusmodi deletio fit per notam ignominiae, cum quis per infamiam ex matricula imperii, et ex numero statuum imperii propter scelus forte aliquod, vel perfidiam deletur et ejicitur. Gail. *l.* 1. *c.* 21. *n.* 11. Vel etiam fit per privilegium, cujus deletionis exempla vid. apud Petr.
37 Frider. Mindan. *l.* 2. *d. mandat. c.* 67. *n.* 15. Apud nos in Pomerania deletio ex matricula tunc locum habere potest, si hubae quaedam vel revera essent penes illud praedium, cui per errorem adscriptae, vel si quaedam ab antiqua summa, propter damnum ab arena et a vi maris datum, detrahendae sunt: nam aestimi emendatio nunquam deneganda est praegravatis Mev. *p.* 9. *d.* 130. Pietati etiam atque aequitati contrarium foret, de praegravatione querentem non audiri, sicut iniquissimum, alium pro alio exactionibus praegravari *l.* 10. *c. d. fund. patrimon.* An 38
autem sola praeteritio pro deletione sit, vid. ap. Klock. *d. contribut. c.* 19. *n.* 65. *seq.* et Maximilian. Faust. ab Aschaffenburg *in consil. pro aerar. class.* 20. *cons.* 114. *ord.* 1638. §. *atque hinc dubitationi.*

Quomodo et qualiter vero in extimo gravati subli- 39
ventur, vid ap. Tusch. *practicar. conclus. l. c. conclus.* 676. Sed si ita, quaedam hubae ex matricula delendae, 40
quia agri steriles, aridi, vel omnino inutiles facti sunt, non propterea principi quicquam decedet, nec minus universitas illa solvet, sed deficientium portionem reliqui cives pendent, caeterisque illa indicetur *l.* 4. *c. d. censib.* Si scilicet certa et determinata pecuniae quantitas territorio indicta. Christin. *vol.* 5. *decis.* 91. *n.* 15. Klock. *v.* 1. *c.* 28. *n.* 401. Quod si personis singularibus et earum gratia tantum aliquid indicitur, tunc unus pro alio non tenetur, sed civibus illis, qui aliquatenus patrimonio defecerunt, pro portione detrimenti, aliquid remittendum est de indicta collecta. Klock. *d. contribut. c.* 17. *n.* 155. *et seqq.* Brunnem. *ad d. l.* 4. *c. de censib. n.* 3. Aliud enim est quod ipsa universitas debet, aliud vero quod singuli ex universitate *l.* 7. §. 1. *ff. quod cujusque universitat. nom.* Fab. *in cod. l.* 3. *t.* 14. *d.* 40. *n.* 4. Prout itaque revisio matriculae, (cui inter alia etiam mutatio rei catastratae causam dat) ut et deletio, ad contraria matriculae referri possunt: sic etiam huc certo modo trahi potest exemptio seu immunitas a collectis.

Cum enim matricula tantum illos comprehendat, 41
qui onera contributionum ferre debent, eo ipso patet, exemptos illi non inscribendos, quod apud nos dubio caret, ideo hubae istae, quae vocantur, *Ritter-Hufen* matriculae huic ordinariae non inscribantur, quia de istis vassallus nihil contributionis nomine exsolvit, sed servitia feudalia in casu necessitatis praestat. Exemptio autem illa ab allegante plene probanda est 42
arg. l. 23. *c. de probat.* nec probatur eo, quod nomen ipsius non sit inscriptum matriculae, sed justa et legitima deletio probanda est Mindan. *l.* 2. *d. mandat. c.* 67. *n.* 14. nunquam enim illa praesumitur Mev. *p.* 3. *d.* 309. *n.* 5. nisi adsit titulus justus *idem p.* 8. *d.* 283. *n.* 1. *seqq.* Si vero aliquis in civitate pro- 43
bet exemptionem a jurisdictione, liber quoque est ab oneribus civicis. *Idem p.* 7. *d.* 33. *n.* 9. Nisi ejus- 44
modi immunis per longissimum tempus contributiones solvat, tunc enim renunciasse censetur immunitati. Klock. *d. contribut. c.* 16. *n.* 199. *et* 214. Mev. *p.* 8. *d.* 188. *n.* 2. Quod ad triginta annos restringit, idem *p.* 5. *d.* 70. *n.* 8. Id autem adhuc hic notari 45
meretur, si catastratae aedes ad immunes perveniant, quod etiam oneribus eximantur, quia personae quae res accipit conditio, mutat conditionem rerum, nec persona rerum, sed res personarum qualitatem et jura sequuntur. Klock. *d. contribut. cap.* 12. *n.* 83. *seqq.* Hoc tamen tantum intelligendum de oneribus futuris, 46
non praeteritis Mev. *p.* 8. *d.* 96. *n.* 12. Nec contra hos exemptos probant libri censuales, si se fundant in antiqua exemptionis possessione. Idem *p.* 4. *d.* 179. *n.* 12.

Porro per remedium restitutionis in integrum con- 47
tra matriculam etiam succurritur in ea gravatis: sed

uti actio ob iniquam persequationem datur intra annum post completam persequationem, traditosque persequationis libros *l. 5. c. de censib.* Ita minoribus, quibus dubio procul hoc beneficium in materia aestimatorum competit Tusch. *practicar. conclus. lit. c. conclus.* 676. *n.* 41. et absentibus hic annus ex eo die currere incipit, quo agere possunt Brunn. *ad l. 5. c. de censib. n.* 2. Quamvis post annum remedium nullitatis admittant Christin. *v.* 5. *d.* 91 *n.* 24. Perez. *ad c. tit. d. censib. n.* 28. quod, licet de eo dubitet d. Brunnem. *ad d. l. 5. n. 3. in fin.* tamen apud nos in Pomerania obtinet, cum uti ex *n.* 52. *seq.* patebit, ob errorem in matricula commissum, ejus impugnatio licita sit. Restitutio vero, quae alias in Pomerania est remedium ordinarium, Mev. *p.* 2. *d.* 152. *n.* 1. contra matriculam in specie ibi, ita non frequentatur, regulariter enim terminus certus praefigitur illis quorum interest, ut si intra illum in quo gravati sint non doceant, post illum amplius non sint audiendi; si tamen aliquis enormem laesionem docere posset, et quod minor vel absens fuerit, cum hoc beneficium alias de jure etiam reipublicae competat Maximilian. Faust. ab Aschaffenburg *in consil. pro aerar. class.* 20. *consil.* 108. *ord.* 1632. judicis hoc arbitrio committendum esset.

Modi autem in Pomerania contra matriculam aliquid vel probandi, vel ex illa in totum, vel in tantum seu ad certum tempus quid eximendi, sunt, probatio erroris, mensuratio *die Vermessung*, probatio damni per incendium, pestem, bellum, tempestatem etc. dati. Errorem quod attinet, cum ob illum repetenda sit ratio *l. unic. c. de error. calcul.* Ex illo factum ratum non habeatur *l. 6. §. 1. ff. de offic. praesid.* Nec sententia ac decretum vires unquam accipiat, *l. 1. §. 1. ff. quae sentent.* Et error qui intervenit in substantia facti in omnes ejus clausulas influat Stephan. Gratian. *disceptat. forens. tom. 2. c. 334. n. 27.* Sic ille etiam in materia matricularum attendendus est: et apud nos in Pomerania per antiqua regesta probatur, vid. scriptum statuum provincialium quod die 23. Jan. 1680. Illustri regimini obtulerunt: iidem jam *anno* 1682. concluserunt, illum etiam probari ex professionibus *des Landkastens*. In specie aliquando matriculae impugnantur ob errorem dupli, quando sc. una res bis matriculae inscribitur sc. si venditori praedium quod jam vendidit, adhuc adscribatur, et una etiam emptori, sic eaedem hubae bis matriculae inseruntur; hocque facile contingere potest, cum enim nomina familiarum, quae antiquitus praedia ista vel ista possederunt in matricula retenta, quamvis ipsa praedia jam diu ex familia ista alienata sint, et novus emptor istud praedium etiam sibi adscribi, antiquus possessor vero non deleri curet, sic bis idem praedium catastratur. Error vero ille ita probandus est, ut judici de eo aperte constare possit, quod per antiqua regesta fieri poterit, e. g. si quis errorem dupli contra matriculam de *anno* 1628. probare velit, illud ex regestis de anno 1604. 1621. 1624. aliisque, ex quibus sc. illa matricula confecta, fieri poterit, inprimis si una probet, ante emptum istud praedium emptorem tot hubas non habuisset, et postea tot ipsi adscriptas esse, venditorem vero nihilominus tot hubas retinuisse. Mensurationem quod attinet, illa concernit damna per arenam et a mari data, cum sc. arena ita occupavit agros et prata, ut usui non sint, et vis maris quod frequens in Pomerania in praediis littori adjacentibus est, agros etc. in perpetuum inundat. In principatu caminensi desuper multae motae querelae, ideoque certi sunt constituti commissarii, qui loca ista mensurare debent, cum autem omnia hic observanda, certis quibusdam regulis quae *die* 22. *decembr.* 1683. ab illustri regimine confirmatae, comprehendantur, illas hic adscribere lubet.

1. *Wird fleissig zu erforschen, und allen Umstaenden nach zu erkündigen seyn, ob der Sand und See-Schaden so bewandt, dass ein diligens paterfamilias demselben nicht haette wehren, und ferner Unheil abwenden kaennen, und ob die possessores auch allen maeglichen Fleiss angewand, und dabey nichts verabsaeumet, was zu Abwendung des Schadens haette dienen kaennen.*

2. *Ob dasjenige, so allbereits eingenommen, nicht durch fleissige cultur in Stand, und zum Ackerbau oder zur Weide zu gebrauchen, wieder gebracht werden koenne.*

3. *Wird fleissig zu erkundigen seyn, ob die Aecker und Wiesen, deswegen die possessores Uebertragung suchen, steuerbare Stücke, oder nicht vielmehr zu Ritter-Aeckern, oder sonsten zur Hütung gehaeren?*

4. *Die commissarii die hiezu zu gebrauchen müssen in Eydes Gelübde genommen werden.*

5. *Nicht aber alleine die commissarii, sondern auch diejenigen, so die commission extrahiren, und sich derselben bedienen wollen, müssen schweren.*

6. *Den commissariis soll bey 100. Rthlr. Straffe injungiret seyn, nichts wissentlich wider das gemeine Landes beste zuzulassen, sondern aufs genaueste alles zu des Landes besten zu negotiiren, nach aeusserster Maegligkeit, auch dahin bedacht zu seyn, dass alles zum genausten erforschet werde.*

7. *Es müssen auch die commissarii sich keines arbitrii anmassen.*

8. *Sondern nur blosser Dinge den gantzen Ort da der Schade geschehen, auch des gantzen Dorffs Feldmarckt mit allen pertinentien, alles Land, Würde, Wiesen, Kohlhoefe, Gaerten, etc. vermessen lassen, hernach aber den Ort des Sandes absonderlich vermessen, und dabey verzeichnen; Ob es sandiger Acker, Wiesen, Hütung? Ob das Schadhaffte zum Ritter-Acker, oder Baur-Grunde gehoeret? Und wie weit ein jedes sich erstrecket; Und ob nicht Bauren oder Cossaten nichts desto minder nothdürfftige Nahrung und Auskommen an dem Orte haben, die Dienste ziemlich und auf was Art verrichten koennen, oder auf Dienst-Geld, und wie hoch stehen, oder anzuschlagen waeren? Ob sie Pachte an Korn, Geld und sonsten auch an Contribution etwas, und wie viel monatlich oder jaehrlich geben müsten, und davon denen Land-Staenden zu fernerer Resolution und Untersuchung Relation einsenden.*

9. *Wird zu erkundigen seyn, ob der Sand-Schaden Schon Anno 1628. gewesen, und so solches, soll gar solcher Ort nicht vermessen werden, es waere denn Sache, dass er es beghhret, erweisen koennte, dass so fort nach anno 1628. er dem Hafen-Stande wider sprochen, und Commission zur Vermessung extrahiret.*

10. *Die commissarii zur Vermessung sollen nicht von denen angraentzenden Oertern, sondern von denen remotioribus locis genommen werden.*

11. *Die commissarii müssen bey denen Vermessungen alle jede Felder eines jeden Dorffes die da vermessen werden, mit ihren ordentlichen Nahmen verzeichnen, und die daran zu nechst belegene Doerffer; und wie weit die vermessene Stücke von denen angraentzenden Doerffern belegen, ansetzen.*

58 Et istae hubae, quae alicui per errorem adscriptae, vel ob mensurationem detrahendae, in perpetuum ex matricula delendae sunt.

59 Ad tempus ex summa aequitate ex matricula quoad effectum contributionis eximuntur loca, quae per bellum, pestem et incendium desolata sunt, item, quando per tempestatem *durch Hagel-Schaden* fructibus in
60 agro adhuc pendentibus damnum datum est. Damna, quae ex bello et peste contigerunt principi, in Pomerania serenissimo electori brandenburgico, aut illustri ibidem regimini demonstranda, et sic petens pro qua-
61 litate damni certam remissionem impetrat. In incendiis differentia constituenda est, inter illa, quae in civitatibus, et illa, quae in pagis contingunt: civitates distinguuntur in Pomerania in immediatas et mediatas, hae dicuntur, quae sub praefectura quadam sitae sunt vel ad nobiles spectant, illae, quae immediate se-
62 renissimo electori subditae sunt. Si in civitatibus immediatis per incendium aedes quaedam consumptae, olim possessor, qui illas de novo exstruebat, per quinquennium ab onere contributionis liberabatur: hodie, si aedes reaedificet, ad certum tempus, quod pro ratione impensarum in reaedificationem factarum deter-
63 minandum, ab accisis immunis est. Si in civitate mediata tale damnum contingat, idem observandum, quod de pagis mox dicam. In incendio, quod rari contingit, distinguitur, an domus, in qua habitat nobilis, in cineres redigatur, et tunc praecipue *nach der Winter-Aussaat*, quae per depositionem juratorum fideque dignorum testium probanda, arbitrari solet illustre regimen, quot hubae, et quamdiu remittendae sint. Quando rusticorum tuguriola concremata sunt, tunc si horreum et omnia ejus aedificia per flammam absumpta, per triennium ab onere contributionis in totum liberatus est; si horreum salvum mansit, pro qualitate damni passi remissio fit, regulariter tamen hoc casu,
64 a dimidia parte contributionis liberari solet. Damna per tempestatem *durch Hagel-Schaden* data quod attinet, illa specifice probanda, et tunc saepe dictum regimen electorale id arbitratur, ac pro ratione ejus ad certum tempus certas hubas ab onere contributionis liberat. Id etiam in hac materia notandum, quando 65
aliter quam in catastro scriptum, per multum temporis processit solutio tributorum, potius statur consuetudini, et actibus isti contrariis, nec illud contra hoc fidem vel vim habet, catastrum enim non probat sine solutione vel praestatione. Mascard. *d. probat. concl.* 273. *n.* 4. *seqq.* Mev. *p.* 4. *d.* 197. *n.* 11.

Haec sunt ordinaria ista remedia, quae ad impugnan- 66
dam matriculam adhiberi solent: caeterum si aliquis legitimo modo istis remediis non utatur, sibi hoc imputabit, si ergo aliquis contra matriculam protestetur, quaeritur, an illa protestatio illam a viribus suis suspendat? Quod merito negat Joseph. *d. sess. in decis. Arragon. decis.* 143. *n.* 15. *et* 17. Cum enim protestatio tantum locum inveniat in iis, quae dependent a potestate protestantis Bursat. *l.* 2. *cons.* 172. *n.* 29. Et actus voluntarii tantum possint protestatione limitari, cum protestatio sit animi quaedam declaratio Johann. Grivel. *decis. dolan.* 100. *n.* 2. Sicque contra ea, quae dependent ab animo coacto tam juris, quam judicis, nil operatur Cravetta *cons.* 521. *n.* 14. nec unquam juris communis dispositioni derogare potest, ne voluntas hominis fortior esse videatur voluntate et dispositione legis, vid. *consil.* 23. *inter consil. marpurgens. vol.* 5. *n.* 7. *et* 8. Pruckmann. *v.* 1. *cons.* 8. *n.* 52. Inde sequitur protestationem factam contra factum quod omnimo jure sanciente exercendum est, prorsus vitiosam esse Klock. *de contribut. c.* 19. *n.* 474. unde huc facere videtur Bald. *l.* 3. *cons.* 181. *n.* 1. Protestatio bene cantat, et male ruspat; cui convenit propertianum illud: cineri nunc medicina datur: jactaturque vulgo, 67
cum, qui hoc modo protestatur, idem facere cum parieti caput impingente Feder. Scot. *t.* 1. *libr.* 6. *resp.* 7. *n.* 7. Ultimo loco adiere lubet, quod etiam ipse gravatus contra peraequatorem, qui dolose plus ipsi adscripsit, quam revera possidet, vel civiliter ad revocationem gravaminis agere, vel criminaliter illum conveniri possit, si sc. per sordes sit corruptus. Christin. *v.* 5. *decis.* 91. *n.* 21.

Haec de matriculis pomeranicis referre volui, ut ea 68
l. b. aequi bonique consulat humanissime rogo. Summo vero Numini, pro gratia per totum vitae meae curriculum, et in elaboratione hujus disputationis inauguralis mihi largissime exhibita, sit laus honor et gloria.

FINIS.

DISPUTATIO DECIMA SEXTA

DE JURE PRÆCEPTORUM,

DIE 24. NOVEMBR. ANNO MDCLXXXV.

RESPONDENTE

CHRISTIANO BUSSE, SPREA COLONIENS.

PRAEFAMEN.

Famam scripto aliquo aucupaturus, id spectet necesse est, quo orbi erudito rarum aliquod proponat argumentum. Cum vero ab aliis rarissima themata jam ferme praerepta, non potui rarum aut novum, sed malui vulgare ac protritum potius, quam nullum discutiendum proponere. Quare vero praeprimis selegerim materiam de praeceptorum jure, suasit illud, quod olim Javolenus Jctus *lib.* 1. *epistolarum* posuit et *in l.* 28. *ff. de reb. aut. jud. possid.* repetitum; maxime, *inquiens*, me movet, quod praeceptoribus tuis placet. Indeque et me movit, quod praeceptoribus meis placet, quo viderent aliqualem gratum erga praeceptores animum, quos tanti fecerunt reges et imperatores, ut non tantum affectu, sed maxime effectu mortuos etiam praeceptores honore prosecuti. Sic M. Aurelius Antonius imperator tantum honoris detulit suis magistris, ut imagines eorum aureas in larario haberet. Christian. Matth. *theat. hist. in vit. Antonini.* Quos tali casu imitari, a discipuli persona non alienum est. Nec judicio scholarum praeceptores aegre laturos, si et in cathedra Jctorum de eorum jure agatur: cum saepius et eorum jus impugnetur: vel ex praeconcepta opinione, si nimirum superiores sibi persuadent, non alia via progrediendum, quam ipsi informati: vel ex odio personae et proprio quodam commodo inducti, molimina nectunt, quo per remotionem praeceptoris, et sic per casum obliquum alium promovere possint, vel ex invidia, vel ex quamplurimis aliis causis. Cum vero et discipulorum sit, sententiam praeceptorum suorum defendere *l.* 19. §. 2. *ff. de recept. qui arbitr. recep.* Ita hac in parte praeceptorum jus defendendum in me suscepi. Faxit summus praeceptor, ut spiritus sui sancti gratia, omnia voto felicius succedant.

C. B. S. C.

CAPUT I.

Continens generalia materiae.

SUMMARIA

Primordium. n. 1.
Enodatio vocabuli juris. n. 2.
Grotii definitio. n. 3.
Praeceptorum homonymia. n. 4.
Varia praeceptorum significatio. n. 5.
Divisio praeceptorum scholarum. n. 6.
Quo referenda gymnasia academica. n. 7.
Regula academiarum. n. 8.
Academia altdorfina. n. 9.
Gymnasium augusteum. n. 10.
Gymnasium gothanum. n. 11.
Privilegia scholarum trivialium. n. 12.
Remissive. n. 13.
Gymnasii rectores professorum numero continentur. n. 14.
Non vero omnes ludi literarii magistri. n. 15.
Divisio juris praeceptorum. n. 16.
Jus rectorum etc. n. 17.
Transitio. n. 18.
Annumerantur praeceptores parentibus. n. 19.
Magistratibus. n. 20.
Dominis. n. 21.
Clericis. n. 22.

Ne schediasma dissertationis suis careat primordiis, cum ubivis apud Jctos recepta a nominis consideratione suspicandi methodus, merito et ab evolutione nominis sic praecipiente *l.* 1. *pr. ff. de j. et j. l.* 1. §. 1. *ff. de tutel. l.* 1. *ff. de r. c.* initium faciendum. 1

Titulus est *de jure praeceptorum:* cum vero *juris* vocabulum in omnibus ferme libellis abunde satis explicatum, supervacaneum duco, huic nimis prolixe im- 2

morari: *jus* enim a *justitia* appellari constat ex *l.* 1. *pr. ff. de j. et j. id* tantum sub vocabulo hoc juris volo, quod in jure de praeceptoribus dispositum vel expositum ac traditum *ex. gr. in l.* 12. §. 3. *ff. de adminis. tut. l.* 27. *ff. de donat. auth. habit. ne filius pro patr. in tit. c. de profess. et med. in tit. c. de stud. lib. urb. rom.* 3 *et constant.* etc. Vel quod in jure circa praeceptores justum vel injustum, ut Hugo Grot. *de j. b. et p. l.* 1. *c.* 1. §. 4. et Wilhelmus Grotius *in Enchiridio c.* 1. §. 3. definiunt: quod sit qualitas moralis personae competens ad aliquid juste agendum vel habendum.

4 Nec praeceptoris etymon e longinquo petendum, sic enim criticum potius aut grammaticum, quam de jure disputaturum agerem. Sumitur a. vel *latius*, pro *omni praeceptore l.* 5. §. 3. *ff. ad l. aquil. l.* 57. *ff. de v. s.* vel *late.* pro praeceptore tam publico quam privato, vel *stricte* pro praeceptore vel academico vel scholastico, quae significatio postrema est hujus loci.

5 Suntque vel doctores vel magistri *l.* 2. §. 8. *ff. de vocat. et excus. mun. l.* 16. §. 2. *ff. de poen. dist.* 37. *c.* 12. ubi: ut magistri et doctores constituantur qui studia literarum liberaliumque dogmata assidue doceant: *l.* 7. *c. de profess. et med.* magistri studiorum doctoresque dicuntur *c. quoniam* 1. *X. de magist.* et secundum illud *poetae.*

. . . . *Pueris dant crustula blandi*
Doctores, *elementa velint ut discere prima.*

Magistri scholarum *c. cum dilectus* 2. *X. de calumn.* ludi literarii magistri *l.* 1. §. 6. *ff. de extraord. cogn. et l.* 57. *pr. ff. de v. s.* Praeceptores magistri appellantur vel professores studiorum: vid. Conring. *de antiquit. academ. dissert.* 6. qui tradunt veritatem docendo vel publice legunt, *l.* 4. *c. de profess. et med. add. Calvin. lexic. jurid.* Magistri studiorum liberalium, qui salaria et stipendia publica percipiunt, *l. cum antiquis* 37. *pr. in fin. c. de inoffic. testam.* Informatores animi, Carpz. *jurispr. eccles. lib.* 2. *d.* 412. vel Grammatici vel oratores vel praeceptores philosophiae, *l.* 18. §. *fin. ff. de mun. et hon. l. ult. c. de profess. et med. l.* 6 §. 5. *ff. de excusat. tut.* §. 15. *inst. eod. ibique* Pomeresch. *l. un. c. de stud. lib. urb. rom. et constant.* paedagogi, educatores §. 5. *inst. q. ex quib. caus.* Molin. *tr. de just. et j. disp.* 56. *n.* 2.

6 Paucis quoque praeceptorum divisio consideranda: id vero jam tum extra omne dubium positum, aliud esse *jus praeceptorum publicorum, aliud privatorum. Publici sunt, qui rite vocati et auctoritate publica constituti*: horum aliud est in academiis, aliud in scholis, quas vocant vulgo triviales, docentium jus. Gymnasia medium inter scholas triviales et academias tenent, d. Joh. Schilter. *in institut. jur. can. ad eccles. veter. et hodiern. statum accomodatis l.* 1. *t.* 12. §. 3. 4.

7 Quo vero referenda gymnasia academica, siquidem
8 in quibusdam conveniunt cum academiis, in quibusdam vero discrepant? Resp. potius ad scholas, quippe
9 cum non gaudeant privilegiis conferendi dignitates academicas, quod praecipuum quasi regale academiarum est, idque propter, cum Norimbergenses dubitarent, an academiae altorfinae jus creandi doctor. theologiae simul concessum et hoc nomine declarationem privilegii peterent, hoc jus illis denegatum specialiter esse prohibent; eo et intendere videtur Suederus *introd. jur. publ. part. spec. sect.* 1. *c.* 6. §. 14. Atque discrimen academiarum a gymnasiis respectu privilegiorum minus esse, maximum vero respectu dignitatum conferendarum ostendit d. Beem. *in polit. paral. de academ. th.* 2. Suederus *in jur. publ. part. spec. sect.* 2. *c.* 12. §. 5. *in fin.* dn. Schilter. *d. l.* Quamvis de gymnasio augusteo 10 referatur, quod quoad leges fundamentales academiae propinquum sit; constat enim habere theologiae, jurisprudentiae, medicinae, ethices et politices professores, et suis privilegiis ac immunitatibus non destitutum: at vero jus gradus et honores academicos conferendi ipsi non competit. Sic et illustre gymnasium 11 gothanum M. Andreas Reyher rector, celeberrimus *pulveomuthia. p.* 52. in tres dispescit ordines; in infimum qui praeliminaris est; medium, ubi linguae cardinales tractandae, et supremum, ubi demum gymnasium constituit, ut fundamenta secundum quatuor facultates synoptice proponantur, quod a fundatione et praxi probat: quoniam stipendia et beneficia splendidissima in gymnasium collata a serenissimis ac potentissimis electoribus et reliquis ducibus Saxoniae; dein et praesunt professores theologiae et medicinae, et disputationes juridicae habitae: ut et in aliis gymnasiis academicis.

Alias gymnasia et scholae etiam triviales iisdem pri- 12 vilegiis fruuntur, quibus academiae. Nam *in authentica habita: ne filius pro pat.* per locum studii non tantum intelliguntur universitates s. academiae, sed et gymnasia et scholae triviales, id quod prolixius deducit Libenthal *in disput.* 1. *de privileg. studios. th.* 3. *lit. d.* Cum et scholares in loco non privilegiato studentes 13 privilegiis gaudeant, Rebuffus *de privileg. univers. et schol. priv.* 34. Accedit quod et academiae olim vocarentur gymnasia: Conring. *supplem.* 43. *dissert. de antiquit. academ.* et in secunda intimatione studii francofurtensis Conradus Wimpina. de Buchon *art. et ss. theol. p. p. francofurtanicis Oderam*: gymnasii collegiatum et rectorem se nominat: in publicatione quoque privilegii vocantur doctores gymnasii francofurtani. D. Beemann. *in memorand. francofurt.* Solent alias 14 gymnasii rectores etiam professores vocari: non vero 15 omnes ludi literarii magistri sunt professores *l.* 1. §. 6. *ff. de extraord. cogn.* vid. Carpz. *jur. prud. eccl. l.* 2. *d.* 390.

Deinde in gymnasiis aut scholis trivialibus aliud jus 16 est rectorum, aliud reliquorum praeceptorum. Summa enim reipubl. scholasticae cura rectori imposita et 17 praerogativa prae reliquis collegiis ipsi concessa: ex quo non immerito deduci potest: quod sine rectoris venia praeceptores reliqui aliorsum proficisci non debeant, quo rector perspicere possit, ne interim discipuli negligantur; quod jus omnibus rectoribus etiam scholarum trivialium competere nullum est dubium, quod maxime etiam in legibus scholarum fundatum. Ita et rector collegarum auctoritatem a discipulorum contemptu vindicare debet. Quatenus vero et reliqui praeceptores in scholis docent, jus ipsis commune est, ut ab impositionibus liberi sint. Carpz. *jurisprudent. eccles. lib.* 1. *d.* 141. Ex jure particulari vero alter magis salariatus altero, alter minores seu pueros informat, alter majores seu adultos.

Praemissa evolutione nominis et divisione juris prae- 18 ceptorum, recta ad rem ipsam progrediendum foret: sed prius, quibus annumerentur vel aequiparentur praeceptores, videre lubet, cum haec materia et ad hoc institutum maxime spectet. Annumerantur vero praece- 19

ptores parentibus: *ordin. consist. march. tit. von Schulen §. und weil*, Lutherus *tom.* 7. *Altenb. f.* 793. Seu sanguine junctis §. 5. *inst. qui et ex quibus caus. ibi que* Schneidew. Mevius *p.* 6. *d.* 222. et imperator Alexander Severus vocat Ulpianum praeceptorem, magno honoris incremento, parentem suum *l.* 4. *c. locat. et in l.* 16. §. 2. *ff. de poen.* pro Synonymis reputantur magistri et parentes *in l.* 1. *in fin. c. de excusat. artif.* Filii vocantur qui eruditiuntur. Sundus *de aliment. tit.* 1. *qu.* 53. *n.* 3. Rebuffus *de privileg. univers. et schol. pr.* 67. Praeceptores patres doctrinae appellat: agunt enim studiorum curam *l.* 1. §. 1. *ff. de extraord. cogn. et Quintilianus lib.* 2. *c.* 2. Sumat, *inquit*, ante omnia erga discipulos suos animum parentis et se credat successorem parentis esse. Et non ignota vel scholaribus est Alexandri magni reverentia erga praeceptorem Aristotelem vid. *praeterea* Christ. Matth. *theat. hist. in vit. Alex.* Imo et Philippi parentis reverentia erga Alexandri praeceptorem. Gell. *noct. att. lib.* 9. *c.* 8. Neque ignotum erit agasillis lacedaemoniorum regis dictum, quod refert M. Theod. Victor. *academ. marpurg. graec. ling. p. p. in analysi ad aureum Plutarchi libell. p.* 332. asserentis: ejus volo esse discipulus, cujus sum filius: indicans, non minus interesse, quos praeceptores, quam parentes obtinuisset. Imperator Bassianus Caracalla in hoc laudatur, quod Cilonem praeceptorem saepe patrem appellaverit, Christ. Matth. *in theat. hist. in vit. Caracallae*. sed maxime reprehendendus et vituperio dignus cum Nerone: de hoc enim nihil turpius dici potest quam quod praeceptorem Senecam, ille praeceptorem Cilonem occidi jusserit. φοινιξ praeceptor Achillis ab Achille parentis loco habitus *apud* Homerum *iliad. edit.* Giphanii *Jcti pag.* 331. et Juvenalis *satyr.* 7. judicat illos beatos:

Qui praeceptorem sancti voluere parentis
Esse loco.

In sacris etiam paginis Eliseus praeceptorem suum Eliam parentem nominat: 2. *Reg.* 2. *vers.* 12. et filii prophetarum ex natura relatorum inferunt prophetas seu praeceptores eorum fuisse parentes, de quibus tamen theologi ad quartum praeceptum agunt, ut hoc labore fusius alioquin deducendo supersedere possim.

20 Magistratibus: siquidem per derivationem a magistris cognominantur ipsi magistratus *l.* 57. *ff. de v. s. l.* 16. §. 3. *ff. de poen. ibiqae* Godofred. *lit. k.* Quod praeceptores habeant respectum quemdam magistratus etiam *ex auth. habita c. ne filius pro patr.* commode colligi potest; et sic concludendum ex jurisdictione scholastica praeceptoribus concessa, primam instantiam esse, apud praeceptores conveniendi discipulos de delicto quodam commisso: et doctor non potest recusari judex in causa suorum scholarium. Rebuff. *de priv. univers. et schol. pr.* 69. et magistri sunt judices inter suos discipulos. *priv.* 150. *add. ejus interpret. auth. habita ne filius*: *verb. quibus jurisdictionem dedimus* et scholarum magistri sunt judices quotidiani, quod Lutherus *tom. jen.* 7. *fol.* 261. exhibet. Comparatio proinde elegans est, quam inter reipubl. moderatorem et ludi moderatorem instituit. dn. Jacob. Thomasius *eloquent. p. p. lips.* τῶν ἐν ἁγίοις *in praefat. sub auspicia disput.* 28. Quam materiam prolixe pertractavit frater meus m. Martin. Busse, cum Corbusii claves reipubl. scholasticae ipsi traderentur oratione *de repulica scholastica*. Quale quid et πολιτικωτατος Weisius ostendit duabus orationibus quarum altera *statistam scholasticum*: altera *gymnasii rectorem* describit:

Dominis: quod et commode *ex d. auth.* verbis fi 21
nalibus deduci potest cum per τὸ dominus ubi non tam significetur dominus loci, h. e. magistratus seu praeses provinciae, sed et scholae magister: vid. Conring. *de antiquit. academ. dissert.* 3. *et addenda ad dissert. p.* 194. Dn. Eckolt. *ad ff. de a. r. d.* §. 1. *n.* 2. et Conring. *suppl.* 74. Refert quod magistri a disciplina απ' ξοχήν domini sint vocati: et discipuli Eliam dominum vocant 2. *Reg.* 2. *v.* 3. vid. Matthesii *conc. de officio et honore ludi magistrorum im Ehespiegel.* et Lactantius *lib.* 4. *c.* 3. *de ver. sap. cit.* Pomeresch. *in instit. tit. de patr. potest. pr.* Quis, *inquit*, filios poterit educare, nisi in eos habet dominii potestatem.

Quod et clericis annumerati sint ex *c. super specula* 22
5. *X. de magist.* probari potest. Et est quaedam cognatio inter scholastica et ecclesiastica officia, ita, ut multis in scholis etiam ecclesiae ministri et presbyteri olim simul laborarint: vid. Conring. *suppl.* 76. Unde ecclesiastica collegia dicuntur *c. ex literis* 11. *X. de constit.* et antiquitus scholae ecclesiae fuerint adjunctae, Conring. *dissert.* 3. *de antiquit. academ. add.* Annaei Rob. *rer. jud. l.* 3. *c.* 3. *et can. revertimini.* 16. *q.* 1. ubi gratias agendas sacerdotibus ac magistris, a quibus doctus: *clem. non in agro* §. *ad ampliationem penult. de stat. monach.* In qualibet etiam ecclesia vel monasterio olim juventus in pietate et bonis moribus eruditebatur Schilt. *in inst. jur. can. l.* 1. *tit.* 7. §. 19. *ibique alleg. aut.* Quamquam nostra aetate aliter observetur, cum scholae inter evangelicos aliam faciem acceperint Mev. *p.* 7. *d.* 79. *n.* 4. Attamen ecclesiae ministri adhuc quibusdam in locis laborant in scholis, et adhuc hodie ministri scholae comparantur ministris ecclesiae Carpz. *l.* 1. *d.* 75. *l.* 13. *d.* 120. 121. *add. notae ad* Brunn. *jus eccl. l.* 2. *c.* 19. §. 8. *auth. presbyteros* 34. *c. de episc. et cler. nov.* 123. *c.* 19. et scholae vocantur a Bald. *in cas. cons. lib.* 4. *c.* 5. *cas.* 10. Parvae ecclesiae: tritum alias est: schola est ecclesiae filia; sed an verum, dubium movet *d. c.* 5. X. *de magistr.* et quare non potius mater ecclesiae, quia scholae vocantur et sunt columnae ecclesiae reique publicae: dicit d. c. ex quibus postea copia haberi possit doctorum: qui sane non ex ecclesia sed ex schola prodeunt, et scholae et ecclesiae et reipubl. inservire possunt Carpzov. *jurispr. eccles. lib.* 1. *d.* 9. Optime enim Joh. Wilhelm. Dux Saxon. laudatissimus de scholis sensit: iis niti salutem ecclesiae, ita ut qui eas tolleret, solem eos e mundo tollere judicaret vid. m. christoph. Neandri *Jcti et p. p. francof. vol. orat. ult. orat. de praestantia scholarum:* suo aliam tempore jam tum Lutherus in dubium vocavit, qui status sit praeferendus: num scholasticus an ecclesiasticus *tom. jen. pol.* 184. *add.* D. Gareaei *Vermahnung von schulen.* Sed jam non est praerogativam omnibus ecclesiae ministris praeripere. Sit potius.

magistratum eo attendere debere, quo sumptibus vel ecclesiasticis vel ex aerario seu fisco publico vel curiae depromptis alebantur praeceptores etiam cum familia, vid. Carpzov. *lib.* 1. *d.* 36. et si quos etiam sumptus faciant in iter, reddantur. Nemo enim cogitur suis sumtibus et stipendiis militare c. 16. *in fin*, *X. de praescript. l.* 10. *ff. mand.* Carpz. *lib.* 1. *d.* 53.

17 Ulterius considerans magistratus officium, consistit illud et in defensione praeceptorum, *vid. ord. consist. march. tit. Wie Obrigkeit über diese Ordnung halten soll*, §. *Also soll auch.* Nec a peccatis immunes, si non defendant praeceptores, cum magistratus et scholares defendere teneatur, imo magistratus injurias scholaribus illatam ex officio vindicare debet dn. Brunnemann. *in process. inquisit. c.* 5. *n.* 12. Rebuff. *ad auth.*

18 *habita. c. ne filius pro patre.* Et non immerito in opprobrium Gallionis praeconsulis *in act. apost. c.* 18. *v.* 17. refertur: quod Sosthenes princeps synagogae a graecis sit percussus ante tribunal, nec Gallioni curae fuerit: quamquam neminem hodie tantae audaciae esse crediderim, ut praeceptorem scholae ante tribunal percuteret, tamen non abstinent a convitiis, ita ut saepius importunis erumpant verbis: *Dass sie dem praeceptori was anders weisen lassen wollen:* quae sane non verba spiritus. Imo poenitet ipsos, quod non graviores fuerint in convitiando juxta illud *ecclesiast. cap.* 1. *vers.* 18. *in fin.* Quale quid fecit M. Valentinus Weigel *pastor Tchopensis*, scholarum et praeceptorum hostis infensissimus *in postil. p.* 1. *pag.* 195. Contra quem optime insurgit D. Pfeiffer. *p. p. in antimelancholico lib.* 1. *cap.* 16. §. 2.

19 Causas, quare praeceptores scholarum apud ignaros rerum et literarum despectui sunt, refert d. Hornejus. *d. tr. pag.* 17. Huc accedit, quod et illi, qui scholis praesse volunt et praesunt, et sic privatim quae ipsis corrigenda videantur, communicato consilio, publice etiam pro cathedra, re nondum satis clara et praeceptoribus neutiquam imputanda, proferre et praeceptores perstringere soleant, ita vel ex privato quodam affectu,

20 vel ex ἐπιχαιρεκακία auctoritate corripiendi abutuntur, et sic certae personae h. e. praeceptori crimen aliquod objiciunt, injuriam ipsis inferunt, ob quam tamen causam etiam conveniri possunt. vid. Balduinus *d. cas. consc. lib.* 4. *c.* 7. *cas.* 5. Carpzov. *jurisprud. eccles. lib.* 3. *d.* 98. Dn. Brunnemann. *jus eccles. lib.* 2. *cap.* 18. §. 63. imo tenentur injuriarum dn. Struv. *in syntagm. j. civil. exercit.* 48. *th.* 56. Eckolt. *ad ff. tit. de injur.* §. 5. imo quando praeceptores injuriis afficiuntur, ad consistorium deferendum, quod expresse *in ord. eccles. sax.* sancitum *tit. von Sachen die im consistorio gehören.* §. *Item Wann Kirch- und Schul-Diener in Ihrem Amt oder sonst auch unfreundlicher Weise an Leib, Ehre und Guth injuriiret und beleidiget würden*: siquidem et excessus ministrorum scholae a consistorio puniuntur. Vid. dn. Brunnem. *jus*

21 *eccles. lib.* 2. *c.* 18. *n.* 61. Minus caute procedunt etiam et illi, qui pro cathedra laborem scholasticum asininum vocant. Quamquam ipsorum mens non sit, praeceptores tali nomine vocare; absurde etiam hoc ex his concluderetur: attamen vulgus hic, qui tantum id, quod ante pedes est, advertit, non discriminat inter laborem, et dominum laboris.

22 Ex quo saepius fit, ut et inter cives despectui esse incipiant praeceptores, tum quod ipsis etiam rectoribus vel pro rectoribus infimus locus assignatur, imo quandoque ipsis dubia redditur praerogativa, vel a plebejis vel aliis vilibus personis, quod contra officium magistratus esse affirmat d. Hornejus *dict. tract. p.* 51. sed potius eo laborandum, quo non infimus locus vel rectoribus vel pro-rectoribus vel caeteris praeceptoribus assignaretur a magistratu d. Hornej. *d. tr.* eorumque auctoritas conservaretur et plenius constitueretur. Sic et Halae Saxonum rectori proximus a scholarchis et pastoribus quos vocant, locus assignatur, ita ut omnes diaconi, praeter archidiaconum rectori cedant: item Budissinae, Zittaviae, et alibi non infimus locus rectori conceditur. Ita de Augusto caesare, 23
d. Garcaeus *in der Vermahnung von Schulen* refert, ipsum ludi magistros ita honoravisse et amavisse, ut proximum locum a proceribus ipsis in theatro assignaverit. Et sane non adeo degradandi rectores scholastici essent, ut vel cuivis ex ordine senatorio etiam ultimo cederent. Respectus enim habendus muneris atque eruditionis. Tum etiam quod vitam misere transigere et alienis negotiis sese immiscere cogantur. vid. d. Pfeifferi *antimelancholi. l.* 1. *c.* 16. §. 1.

Nec minus consistit officium magistratus in eo, ut 24
prospiciat, quo parentes liberos suos scholis publicis erudiendos committant d. Hornejus *d. tr. add. ord. consist. march. tit. von Schulen* §. *Weil die Alten*: imo publice interest; parentes enim non tantum alere tenentur filios, sed etiam artibus bonis imbuere et disciplinis ornare. Surdus *de aliment. tit.* 4. *quaest.* 6. D. Garcaei *Vermahnung von Schulen.* Et magistratus cogere potest subditos seu cives, ut bonae indolis filios literis bonisque artibus consecrent: uti Luth. *tom.* 5. *jen. f.* 174. *et* 179. ostendit, vid. Conring. *dissert. ad l.* 1. *c. theodos. de studiis liberal. urb. Rom. et const.* Cum vero Aristotel. *eth.* 10. *c.* 8. *et pol.* 8. *c.* 1. Juven- 25
tutis institutionem in publicam et privatam diviserit, saepius disquiri solet: num institutio publica privatae praeferanda? Et rs. publica est quidem praeferenda privatae: sicuti utilitas publica praeferenda privatorum: *arg. l.* 21. *ff. commun. divid. arg.* §. 5. *l.* 65. *ff. pro soc. l. un.* §. 14. *c. de caduc. toll. l.* 3. *c. de primipil.* add. Conring. *dissert. de recta in optima republ. educatione id. dissert. ad l.* 1. *cod. theodos.* Libenthal. *coll. polit. de patre et liber. quaest.* 8. Et Lacedaemonii praeceptoribus publicis suos filios committebant. Arist. *polit.* 8. *cap.* 1. Xenophon. *de republ. lacedaem.* Et impp. publicam scholam instituere voluerunt *l. un. c. de stud. lib. const.* Imo infamia illos notant impp. qui sibi usurpant publice auctoritatem docendi, cum tamen ea ipsis non sit collata dn. Brunnem. *ad d. l.* Sic privati, si publice scholas instituunt, ut pueros doceant, omnino hoc ipsis a magistratu interdicendum, per *l. d.* ibique dn. Brunnem. Eckolt. *ad ff. tit. de his qui not. infam.* §. 10. Tum quod et magistratus ex ea ratione publicos praeceptores constituit, quo publice pueri erudirentur. *vid. ord. consist. march. tit. Von Schulen* §. 1. Accedit quod quibusdam in locis nec praeceptor publicus privatim quemquam qui non scholam publicam frequentat, informare sine inspectoris consensu, nec reliqui praeceptores sine rectoris, possint. Sed et privata non est negligenda, cum praeceptores publici non semper praesentes et videant delicta et vitia juvenum, sic omnino praefecti morum adjugendi liberis, vid. Conring. *d. dissert. de educat* add. Plutarchus *de liber. educ. c.* 9.

talem privatam disciplinam et institutionem cuilibet permittunt impp. *in l. un. c. de stud. lib. urb. const. verb. illos vero:* non vero clancularium *vid. dissert.* D. Joh. Volck. Bechm. *p. p. jen. de literatis clancularis th.* 77. *seqq. add.* Mathesii *conc. de officio et honore ludi magistrorum im Ehe Spiegel* ubi clancularios praeceptores pestes ingeniorum et studiorum vocat. Quo anno vero parentes teneantur liberos suos scholis tradere: num anno 7mo, uti Schoenbornerus *in polit. de educat.* Arist. *polit.* 7. *c.* 17. An anno quarto, ut Reyherus *in palaeomathia th.* 68. vult: non est determinandum, cum et malitia et prudentia soleat aetatem supplere. *c. de illis* 5. *suae nobis.* 14. *X. de sponsal l.* 3. *c. si minor maj. sese dixer. add. scrutinium ingeniorum c.* 3. *et ord. consist. march. d. t.* §. 1.

26 Paucis quoque officium magistratus in constitutione praeceptorum, quatenus versatur circa salariorum erogationem, exhibendum: et licet in *tot. tit. c. de praebend. salariis* prohibitum sit, sine speciali principis mandato salarium dare: magistratus tamen ea gaudet potestate, ut ad studia liberalia augenda, absque principis concessione salaria ex bono publico constituere possit. *l.* 4. §. 3. *ff. de decret. ab ord. fac.* Eckolt. *ad ff. h. t.* §. 1. Brunnem. *memorial. ll. c. de praebend. salar. add.* Christiani Weberi *levita fugitivus* Conring. *dissert.* 1. *de antiq. academ.* Symmachus, orator romanus specimen florentis reipubl. judicabat, si praeceptoribus disciplinarum opulenta penderentur praemia, d. Becman. *in memorand. Francof. pag.* 4. et Robertus *rerr. judicat. lib.* 3. *c.* 3. praemia, inquit, non vulgaria praeceptoribus rependi et deferri semper conveniens visum. Leo magnus imperator, suis temporibus, cum Eulogio salarium assignaret, ab officialibus vero vituperaretur, respondit: utinam meis temporibus, ea, quae militibus dantur, in magistros literarum conferre possim. Christ. Matth. *in theat. hist. in vit. Leon. magn.* Sed haec pauca de officio magistratus circa salaria praeceptorum hic libasse tantum sufficiat, infra de salariis plura.

Quoniam vero et leges animae scholarum sunt, officium magistratus denique consistere debet in legum scholasticarum rogatione, et ubi jam rogatae, ut observentur necessum; parum enim foret, leges condere, nisi, qui eas observet, existat: *c. frequentes extravag. de judic. add.* Basilius Faber *de disciplina scholastica* alias lex sine executione foret campana sine pistillo. Num vero simul leges docentium et discentium sint combinandae, et publice promulgandae? non videtur, quia sic non melioris conditionis forent praeceptores ac discipuli. 27

CAPUT III.

De officio praeceptorum.

SUMMARIA

Connexio circa officium praeceptoris. n. 1.
Ejus auctoritas est, vel doctrinae. n. 2.
Quousque discentem oporteat credere? remissive. n. 3.
Res docenda in scholis christianis est sacra. n. 4.
Num et Ethnici scriptores sint explicandi? n. 5.
Prava exempla a praeceptoribus refutanda. n. 6.
Interdum falsa interpretatio a praeceptoribus committenda. n. 7.
Qua methodo linguae docendae? n. 8.
Methodus ratichiana explosa a Strachinde Jcto. n. 9.
Methodi distinctio. n. 10.
Qua methodo in scholis progrediendum? n. 11.
Quaedam methodus necessaria. n. 12.
Quaedam arbitraria. n. 13.
Num nova methodus in scholis introducenda? aff. num. 14.
Artifici in sua arte credendum. n. 15.
Praeceptores artificis nomine continentur. n. 16.
Nihil movet quod nova methodus non apud omnes ejusdem effectus sit. n. 17.
Num et methodus a scholarchis praescribi possit? n. 18.
Methodi perspicuitas oritur ex similibus. n. 19.
Brevitas in docendo commendatur. n. 20.
Quandoque nimium temporis impenditur in explicatione grammatices. n. 21.
Prolixitas oritur ex πολυπραγμοσυνη praeceptorum. num. 22.
Auctoritas disciplinae. n. 23.
Est vel realis vel verbalis. n. 24
Verbalis consistit in morum emendatione. n. 25.
In verbali et excessus et defectus considerandus. n. 26
Defectus consistit vel in intempestivo silentio. n. 27.
Num correctio publica praecedere debeat privatam? n. 28.
Vel in nimia lenitate n. 29.
Excessus disciplinae verbalis consistit in injuriosis titulis. n. 30.
Num praeceptor ideo in jus vocandus? n. 31.
Ciceronis monitum. n. 32.
Realis disciplina praeceptorum consistit. (1) *in castigatione n.* 33.
Quae modica esse debet. n. 34.
Virgae L. Porcia sunt prohibitae. n. 35.
Praeceptoribus tamen concedantur. n. 36.
(2) *In privata incarceratione. n.* 37.
(3) *In exclusione a coetu scholastico. n.* 38.
Constitutio scholae zuikaviensis. n. 39.
(4) *In ludorum concessione. n.* 40.
Quae exercitia Plutarchus permisit. n. 41.
Num traharum vectio concedenda scholaribus? n. 42.
Quid de gladiorum gestione in scholis dicendum n. 43.
Quousque se ulterius officium praeceptorum extendat? n. 44.
Advenientes intra certum tempus nomen profiteri tenentur. n. 45.
Vagabundi sunt indigni privilegiis. n. 46.
Si turbas in republ. scholastica movent, magistratui tradendi. n. 47.

Cum superiore capite de officio magistratus actum, ad officium praeceptorum jam progrediendum, ubi considerandi venit eorum auctoritas; gravitas vero et constantia a Philosopho, imo maxime a scholarum praeceptore desideratur *l.* 18. *ff. de aedil. edict.* et quidem doctrinae: quae solida, non ventosa esse debet, Dedekenn. *consil. eccl. tom.* 1. ita ut pro virili insti- 1 2

tuat et discentibus via pateat ad doctrinam. *c. quia 4. X. de magist.* Ita Pythagorae tanta erat auctoritas doctrinae, ut discipuli ejus semper in bore haberent istud αὐτος ἔφα et Cassius sententiam sui magistri bene defendit *l.* 19. §. *ult. ff. de recept. qui arb. recep.* Num vero effata Praeceptorum ita veneranda a discipulis, ut cum Cicerone dicere possit, se malle cum Platone errare, quam cum alio verum asserere? *vid. exic. Fabri. Recentiss. sub voc. Plato*, resp. quamquam discentem oporteat credere, Philo *lib. de proocm. et Poen.* scil. de his quae docentur, alias difficile est imo impossibile, non credentem erudire. Non tamen omnia velut folia Sibyllae vel oracula statim sunt accipienda, uti *ad* §. 11. *l.* 3. *ff. de suis et legit. haered.* Godofred. *lit. f.* ult. *add. scrutinium ingeniorum c.* 1 *p.* 48. Bursat. *consil.* 18. *n.* 16. *consil.* 186. *n.* 65. Cum istud αὐτος ἔφα Pytagoreorum non locum ibi obtineat, ubi veritas periclitatur: et Everhardus *in Topic. legal. in praefat. n.* 28. nec credat, *inquit*, mihi scholaris vel cuicumque alteri quid dicenti, sed videat super quo fundetur dictum, si velit ex hoc libello nostro quic- 3 quam fructus consequi. Quousque vero fides docentibus a discentibus sit habenda, exhibet disputatione quadam m. Joh. Conrad. Durriüs *ss. theol. et moral. p. p. Altorff.* Verum ergo non affectatam doctrinam et philosophiam ut profitentur praeceptores necessum. *l.* 1: §. 1. *ff. de just et jur.*

4 Doctrina vero circa duo versatur, rem scil. docendam, docendique methodum. Res vero docenda in genere vel sacra vel non sacra. Sacra in scholis christianis esse tradenda, et initium ab institutione verae pietatis faciendum Wendelin. *polit. lib.* 2. c. 20 *th.* 12 *wid. paraeneses* du, Grabovii *rect. gymn. Francof. ad Moenum.* etiam Spenero *in tractatu, cui titulus die allgemeine Gottes Gelehertheit aller glaeubigen Christen und rechtschaffenen Theologen octies citata, et laudata, super vera docendi ratione in scholis christianis add. etiam* Speneri *pia desideria p.* 246. *et seq.* Ahasveri Fritsch. *praecept. pecc. c.* 4. nemo nisi christiani nominis et verae solidiorisque doctrinae, etiam ex sacro codice abunde redundantis, quod *ex Genesi in Pansophia Mosaica* haud ita pridem D. Augustus Pfeiffer docuit, hostis improbabit: et recte initium et fundamentum sapientiae est timor domini *Prov.* 1. *v.* 7 *et c.* 9. *v.* 10. *add.* dn. Contr. *diss. de recta in optima republ. educatione pag.* 12. *et* 47. Dn. Brunn. *jus eccl. lib.* 1. *c.* §. 9.

5 Num vero res, non sacrae seu profanae h. e. auctores graeci atque latini Ethnici in Scholis explicandi, et non potius, ipsorum loco auctores qui Virgilium Ethnicum in Christianum, etc, commutarunt, substituendi? adnodum disceptatur. Verum omnia argumenta contra profanos auctores prolata unica ratione hac infringi posse, nullum dubium. Nimirum nec s. s. Biblia esse legenda: quippe, cum illi objiciant exempla prava in scriptoribus Ethnicis occurrentia, responderi potest: et in codice sacro prava exempla recenseri, et quamvis non ibi approbentur, tamen recensentur, ex quorum recensione etiam aliquod vitium capi potest, si non caute tractentur et legantur; quae et ratio pontificiorum esse solet, quare laicos a lectione scripturarum sacrarum arcent. Nec quea apud auctores profanos profana et scandalosa inveniuntur, a praeceptoribus christianis approbantur, sed potius refutantur, christiane. Quod si vero ex lectione auctorum Ethnicorum prava hauriantur, hoc non per se fit, sed per accidens. Ut proinde fallacia 6 accidentis ab oppugnatoribus auctorum profanorum semper committatur. Hinc nec a theologis profani auctores prorsus improbantur, vid. d. Scriverus *im seelen Schatz p.* 1. *serm.* 6. §. 32. *Nec non* Dannhaw. *in lact. catechet. p.* 3. *p.* 39. Conf. Jac. Thomasii *praef. de adhibenda cautione in legendis gentil. lib.* 50. Confer. *ejusdem diss. de styli Ethnicismo.* Ahasver. Fritsch. *praecept. perc. c.* 3. D. Hornej. *in d. tr. vom Schul. Wesen.* Imo et in sacris paginis scriptorum profanorum mentio fit *act.* 17. *v.* 28. Ipseque magister gentium alias non aliquot versus poetarum suis vel scriptis indidisset, vel dictis, *can. turbat.* 8. *dist.* 37. *et in epist. ad tit.* 1. *vers.* 12. refert se librum *Epimendis de oraculis* legisse. Legimus enim aliqua, non ut teneamus, sed ut repudiemus. *can. legimus* 9. *c. qui de mensa* 11. *dist.* 37. *add.* Basilii Magni *homilia ad adolescentes, qua ratione utilitatem e Graecis literis profanis capere possunt.*

Cum vero non negari queat, occurrere quandoque textus in auctoribus classicis, qui silentio potius praetereundi quam explicandi, quales sunt qui agunt de amore venereo: ad quos *l.* 31. *c. ad. l. jul. de adult.* loquitur: scelus est id, quod non proficit scire et culpa similis est, tam prohibita discere quam docere. *l.* 8. *c. de malef. et mathem.* aliisque vitiis, silentio potius involvendis. Quaeri non abs re posset: num praeterire illos textus, an aliter explicare debeat praeceptor scholae? Ad hoc ex jure §. 3. *inst. de j. et j. l.* 10. §. 1. *ff. eod.* respondetur: cum honeste vivendum, honestas etiam praeceptoris in enucleandis auctoribus eluceat; quae enim contra bonos mores fiunt non facienda *l.* 15. *ff. de cond. inst.* et nemo laedendus, nec discipulus interpretatione talium locorum scandalizandus, ne dicentis os et auris audientium polluerentur *c. in eo fornicatur* 12. *q.* 4. Flagitia enim cum supercilio et verecundia apud illos nominanda: Barclaj. *icon animorum c.* 1 et justa illud Juvenalis *satyr.* 14.

Nil dictu foedum visuve ea limina tangat,
Intra quae puer est.

Verum non plane transiliendos esse hos textus probatur 1. *Thess.* 5. 21. in quo enim studio modestiae praebent exemplum, imitandos: quod in scholasticis laudat Hugo Grot. *proleg.* §. 52. *de j. b. et p.* ne discipulus ex pruritu carnis, quo cupiat negata et nitatur in vetitum, ipse textus perlegat, et quo pacto intelligendi. scrutetur evolvendo Lexica. Sed παρερμηνειαν 7 seu falsam interpretationem committendam esse, si e. g. Cornelius nepos explicandus *in praef.* ubi: laudi in Graecia ducitur adolescentulis, quam plurimos habere amatores: annon hoc de virginibus, uti et apud Terent. *in Phorm. act.* 5 *Scen.* 3. Adolescens praesexu foeminino capitur: (cum tamen revera de masculis agat) exponi quest, statuo. Nec movet, quod plus valeat, quod est in veritate rei quam quod simulare concipitur *c. per tuas* 12. *x. qui filii sunt legit.* Si quidem in hoc salus Graecae non periclitatur, et praeceptor fictione discipulos suos non fallit, sed aliquantum suspensos tenet, usque dum ad maturius tempus perveniant, cum et plus quandoque proficere soleat vitiorum ignoratio, quam cognitio virtutis Justin. *lib.* 2. *c.* 2. *in fin. can. quamvis* 9. *dist.* 38. Est et simulatio quaedam licita et veritas celari potest, praeprimis his

in terminis, Libenth. *colleg. eth. exer.* 12. *q.* 4. litterus *in synops. moral. phil. de veracitate qu.* 4. et dolus etiam bonus in jure habetur *l.* 1. §. 3. *ff. de dolo malo*.

8 Quod vero methodum docendi attinet, constat, in scholis praecipue praeter mores et fundamenta pietatis linguas doceri. Hae autem num usu, an praeceptis discendae, non unum movit litigium. Qui usu discendas esse statuunt, indignum forte existimant, ut verba oraculi coelestis restringant sub regulis Donati *c.* 13. *dist.* 38 et illorum dux est *Ratichius*, a quo *methodus*
9 *ratichiana* orta. Verum illa methodus jamdudum explosa. Id quod pluribus deducit Marius de Strachindis *Jctus*, probans quod *didactica* a Wolffgango Ratichio *proposita, non sufficiens sed imperfecta sit, in tractatu cujus inscriptio; Ratichius non radicans*: ipseque se impostorem in literis reversalibus nominat. Ex quibus sua sponte fluit, juris esse, per praecepta potius informare discentem. Si vero praecepta nihil adjuvarent, omnis institutio tollenda foret, et ipsa natura contenti esse deberemus, Robert. *Rerr. jud. lib.* 1. *c.* 9. *add. ord. consist. tit. von Schulen* §. *und da wir.*

10 Cum vero methodus a philosophis dispescatur in analiticam et synteticam, arbitrariam et necessariam: quaeritur, qua methodo procedendum praeceptoribus scholarum in docendis linguis? In jure equidem methodum praescribit imperator §. 2. *j. de j. j.* ut primo levi, post deinde exactissima interpretatione quis progrediatur. Quintilianus *l.* 8. *orat. inst. proem.* incipientibus brevius et simplicius tradi convenit. Marius de Strach. *d. tr. propos* 1. *rat.* 3. *et propos* 7.
11 *rat* 3. Sed ad illud respondetur, utramque necessariam et utilem nec a veterum institutis esse recedendum: nisi evidentissima ratio id urgeat; quamquam methodus analitica tantum occurrat in practicis disciplinis *v.* Eckolt, *ad ff. tit.* 1. §. 1. Constat vero, quamdam methodum esse arbitrariam, quamdam necessariam, pro
12 diversitate circumstantiarum. Necessaria illa videtur, qua praeceptores seu collegae in scholis harmonice procedunt, qua discentium profectus nec impediuntur nec ingenia obruuntur, qualem desiderarunt, praeter dn. Brunnem. *tit. c. de stud. lib. urb. const.* Ahasv. Fritsch: *praec. pecc. c.* 7. de Strach. *dict. tr. in praef. add. Diss. de Allotrio Episcopia c* 2. §. 16. *Lips. an.* 1683. *habita.* et multi alii scholastici praeceptores.
13 Arbitraria vero qua conscientiae praetoris eruditi legitime vocati et pii interiora scholae committuntur.

14 Num nova methodus in scholis introducenda? Quod etiam novitas circa methodum in scholis plerumque suspecta, praecipue apud imperitiores, neminem fugit. At non debebat omnis novitas esse suspecta, cum praecipue a viro erudito pio et rei literariae unice dedito, nova ab aliis eruditis non improbata, proponuntur, sic ea rejicienda non sunt. Certum equidem, nihil novi proferri posse, quod materias rerum attinet. At quemadmodum in jure res antiquae novo titulo, nova methodo et forma hodie traduntur. Ita in scholis non quidem res novae tractandae veniunt, sed tamen nova methodo ac forma, eaque faciliori inculcari possunt. Ob quam causam non improbanda consilia et instituta eorum, qui, quicquid desit grammaticis, ostenderunt: vid. dn. Christ. Grüneb. jam p. p. Mathes. Extraord. *in praef. ad donat.* Weisius *in Enchiridio Gramm.* Kromeyr. *im Anhang des Berichts vom Neuen methodo th.* 8.
Cum vero probatis artificibus in suis artibus credendum *arg. l.* 6. *c. de re milit. arg. c.* 4. *X. de prob.* Schneidew. *ad j. de r. d.* §. *praeterea* 20 *n.* 4. et 15
vero ludi literarii. Magistri artificis nomine continentur, uti videre est ex *l. duo* 71. *pr. ff. pro socio* non his deneganda fides. Quod vero nova methodus non apud omnes ejusdem effectus sit, resp. Ab 16
effectu ad causam non semper licere argumentari: cum 17
multa institutum praeceptorum impedire, nimirum nimia hodierna licentia scholarium, ingenii incapacitas, et sexcenta alia, possint. vid. Grabovii *praef. in Paraenes. super vera docendi ratione in Schol. Christian.* Ahasveri Fritschii *scholaris peccans.* Si vero non apud omnes ejusdem efficaciae est, statuendum committi fallaciam non causae ut causae. Et laborem non semper sequitur effectus: saepius enim vitium materiae, non artificis est. *c. Ephesis.* 4. *dist.* 43. *c. propter.* 3. *X. de locat. cond. l.* 27. §. 14. 29. *ff. ad l. aquil. l. illicitas* 6. §. *sicut* 7. *ff. de off. praes.* add. d. Garzaei *Vermahnung von Schulen. p.* 3. Sed de hac materia forte alius scholastice et philosophice plura.

An ergo methodus a scholarchis praescribi debeat, 18
valde dubitatur. Rationes dubitandi suppeditat d. Hornejus *im reiffen Bedencken vom Schul-Stande. p.* 19. *seqq.* asserens, res scholasticas saepius ignotas esse scholarum Ephoris: si ergo sic praeceptor sibi suaeque conscientiae praescribi pateretur, injurius in se ipsum foret. Potest tamen methodus impediri, si nimirum praeceptor nimium subtilitates metaphysices sectetur. Dn. Brunnem. *jus eccles. lib.* 1. *c.* 6. *m.* 12. §. 14. add. Garzaei *Vermahnung von Schulen.*

Adjuncta methodi sunt perspicuitas et brevitas; eo- 19
rumque opposita subtilitas et obscuritas. Perspicuitas oritur ex verbis et phrasibus claris et perspicuis, ut semper ignotiora declarentur per notiora, et quod maxime hoc institutum tangit, ex similibus: uti et Strachindis Jctus *dict. tr. propos.* 1. *obj.* 3. vult. Matthesius *de officio et honore ludi magistrorum.* Cum enim similia rem illustrent nonnulli disciplinas, quae in scholis tractantur, perspicuas magis reddere laborarunt, non vero eodem modo ac successu. Quae Dannhawerus *in i. b. d.* de sigillo cerae impresso, ad explicandam difficillimam materiam de concreto et abstracto. Weisius *in doct. log.* De assere, ad scamnum et mensem etc. apto, ad enucleandam non minus difficillimam materiam de genere, specie et differentia. Zeno de pugno logicam et palma oratoriam adumbrante vid. *Lexic. recentiss. sub voce Zeno*: alii, alia protulerunt. Quas vero Winckelmannus *in caesariologia.* et non nemo in logicis, figuras excogitarunt, suo merito explodantur ab eruditis, [tamquam ineptiae, profectibus discentium magis noxiae quam utiles. De ponte asinorum utpote ab eruditioribus etiam calcato, σιγῶν sustinebo.

Cum diuturnitas injucunda: brevitas vero delectet, 20
et in docendo commendetur a Dedekenno *in consil. eccles. tom.* 1. Licet et non raro perspicuitas et brevitas opposita sint, juxta illud: obscurus fio, dum brevis esse contendo. Tamen quantum fieri potest, brevitati studendum. Quod enim potest fieri per pauca, non fieri debet per plura: resecanda enim est superfluitas in hac vitae brevitate, et gaudent brevitate moderni, quatenus nimirum per naturam id fieri pos-

sit, et quatenus illa brevitas non magis obscuritatem, quam facilitatem induceret in docendo et discendo.
21 Strachindis *d. tr. prepos.* 4. *obj.* 3. Numne vero nimium temporis grammaticae impendatur, si ejus expositio vix triennio absolvatur, idque juri nostro adversum sit, non jam disputabo. vid. *ord. consist. march. tit. von Schulen.* §. *und da wir auch.*

22 Cum et subtilitas juris, quae tendit ad laesionem alterius improbetur: *l. si quis* 36. *ff. de* ∞ *o.* Sic et subtilitas in methodo et explicatione auctorum inutilis, Gell. *noct. att. lib.* 4. *c.* 1. *lib.* 1. *c.* 2. et prolixitas, quae maxime oritur ex πολυπραγμοσυνη. si praeceptor scholasticus, Virgilium expositurus, ex eo in calamum dictitat excerpta ethica, politica, geographica, historica etc. qui tamen poetice tantum esset tractandus, fugienda. Talem quoque praeceptorum limites sui officii et juris transcendere, et nonnisi confusam suis inculcare scientiam, in propatulo est, tacitus praetereo plagium literarium a talibus praeceptoribus haud raro commissum. Interim non est negligendum eorum institutum, qui ostendere, quid quisque ex auctore classico in usum suum convertere possit. Hermatenas conscripsere: praeclarissimus Weberus *rect. gymnas. Berlin. praeceptor. olim meus maxime venerandus.* Johan. Wowerius etc. Nec improbanda, quae Weisius, *in idea boni praeceptoris:* proponit, volens, ut praeceptor unam lectionem variis usibus accommodet, quippe quod in scholis publicis ingeniorum varietas exposcit. vid. *doctr. logices p.* 382. *seqq.*

23 Cum vero verba cum effectu sint accipienda: *l.* 1. §. 2. *ff. quod quisque jur. l. pen.* §. 2. *ff. ne quis eum eo*: paucis quoque officium praeceptorum ratione auctoritatis disciplinae considerandum erit. Familiaritas enim nimia fugienda, ne fomentum nequitiae succendere, quam severitatis scutica diluere, videantur praeceptores: ex conversatione enim aequali contemptio dignitatis nascitur. *l. observandum.* 19. *ff. de off. praes.* Necessarium vero esse disciplinam in scholis, ne in vanum docent praeceptor, nemo, nisi abderitanae mentis pectus habeat, inficias ibit, cum reluctari soleant discipuli jussis praeceptorum, quemadmodum appetitus sensitivus rectae rationi. Add. dn. Conring. *dissert. de recta educatione. p.* 13. *Arist. 7. polit. c.* 15. *p. m.* 4. 91. Quemadmodum vero recta ratio nihil dictitat, nisi in emolumentum appetitus; ita disciplina praeceptorum unice dirigenda in salutem discipulorum: et calores juveniles coarctandi, ne cupidini dediti tristem sentiant exitum *l.* 8. §. 5. *c. de bon. quae liber. in potest. patr.* ex juxta illud Ovidii:

. . . . . *juvenilibus annis*
Luxuriant animi corporaque ipsa vigent.

Est enim disciplina magistra religionis et pietatis, imo et virtutum. Sic praeceptor, jurisdictione scholastica ita jubente, disciplinam scholasticam exercere debet, et nemini sic facit injurias, et tenetur in delicta discipulorum inquirere: *arg. c. un. X. ut eccles. benef. sine denom.* expedit enim, ut peccata nocentium nota sint *l.* 18 *pr. ff. de injur.*

24 Disciplina vero vel verbalis vel realis est. Ad verbalem morum informatio et correctio discipulorum pertinet, ex bonis enim moribus oritur reverentia patronorum *l.* 1. *c. de in jus voc.* et plus deficere dicitur, qui moribus deficit, bonique mores plus quam divitiae
25 operantur. *arg. l. scire oportet.* 21. *ff de tut. et curat. dat. arg. l. si quemquam.* 31. *c. de episc. et cler.* Nullum enim majus reipubl. munus offerri potest, quam si juventus bonis eruditur moribus; Cicero *III. Divin.* Conring. *dissert. de recta in optima republ. educatione.* Sic tutor non tantum rebus, sed et moribus praeponitur. *l.* 12. §. 3. *ff. de administr. tut.* Conf. Matthesii *conc. de officio et honore ludi magistr.* et Juvenalis *satyr.* 7. *ferme ad fin.* de praeceptoribus canit:

Exigite, ut mores teneros ceu pollice ducat.
Ut si quis cera vultum facit:

et satyr. 14.

Plurimum enim intererit quibus artibus et quibus
hunc Tu
Moribus instituas.

Nec aliquid contra bonos mores faciendum.

Cum vero in verbali excessus et defectus fieri possit: 26
prius ejus defectus considerandus, qui consistit vel in
intempestivo silentio, quando praeceptor nimirum de 27
discipuli sui vitio certior redditus, taceat: h. e. neque
publice, neque privatim monet ac reprehendit scholarem vitiosum, sic tenetur de discipuli delicto. vid. dn. Becmann. *med. polit. c.* 18. *th.* 13. *add. dist.* 86. *c.* 1. Quaeri autem posset; num praecedere debeat admonitio 28
et correctio privata publicam? Et num praeceptor neglecti officii accusari possit, si gradus admonitionis usurpat? Non equidem jure adstringi praeceptorem, cum publica auctoritate constitutus, publice etiam hoc suo jure uti possit; cum vero interdum casus interveniant, qui potius privatim, quam publice, ne alii scientia vitii ad idem inducantur vitium, decidendi, aequitatis esse, privatim quandoque observatis circumstantiis correctionem instituere, vid. dn. Brunnem. *tit. c. de emend. propinq.* proinde non peccare praeceptorem, qui per gradus admonitionis etiam in scholis procedit, nec sic statim accusandus neglecti officii, vel intempestivi silentii, vel in nimia lenitate, quae 29
perniciosa est. Ahasver. Fritsch. *praecept. peccans c.* 11. qualis fuit apud Carthaginenses d. Conring. *antiquit. acad. suppl.* 12. *p.* 228. 229. Spengler. *eth. exerc.* 9. *art.* 3. *quaest.* 4. Cauta vero lenitas plus saepius valet, quam inconsulta Orbilionum severitas vid. Ahasv. Fritsch. *praecept. pecc. c.* 12. et mediocris terror supplicii ipsis esse debet; Barclaj. *icon. animorum. c.* 1. imo proniores debent esse ad lenitatem quam severitatem. *arg. l.* 11. *ff. de poen.* Sic Noribergenses aliquando a Maximiliano interrogati, qui tantam regerent multitudinem? responderunt: verborum lenitate et poenarum asperitate. Spengler. *eth. exercit.* 11. *praecept.* 4.

Excessus vero verbalis disciplinae est, quando prae- 30
ceptor famam discipuli laedit, aut injuriosis titulis et convitiis discipulo injuriam facit. Si v. g. discipulum *Ein Hurenkind*, *Schelm*, *Bastard*, *Teuffels-Kind* etc. cognominat. Num vero ob haec in crimen 31
vocandus? non videtur, cum vox praeceptoris nemini injurias facere credatur, cum verba et verbera docentis impunita sint. *l. aut facta.* 16. §. 2. *ff. de poen.* neque ex his, licet sint verba injuriosa, injuria tamen ulla infertur discipulo, *l.* 13. §. 6. *ff. qui not. infam.* quia non dolo et animo injuriandi fiunt: injuria enim in affectu facientis consistere debet, *l.* 3. §. 1. *l.* 11. *pr. ff. de injur. l.* 5. *c. eod.* siquidem affectus injuriandi in praeceptore abfuisse praesumi-

tur, Lauterbach. *in compend. juris ad tit. ff. de injur. add. c.* 19. *de poenitent. dist.* 1. cum et parentes, ad quos praeceptores referendi, soleant suos ipsorum filios, verbis alioquin injuriosis appellare. *l. his verbis.* 48. §. 1. *ff. de haered. inst. l. ea quae pater.* 13. *c. ex quibus caus. infam. irrog.* Et isti tituli non semper ex pravo, sed multis molestiis, quae frequentissimae, uti constat, praeceptori absorbendae, ad impatientiam lacessito, alias patientissimo animo, proficiscantur. Si vero ex odio personae, aut discipuli, aut parentis, injuria verbali afficit, cum omnis animadversio praeceptoris, contumelia vacare debeat: *ut* Quintil. *lib.* 2. *c.* 2. Sit patiens, *inquit*, laboris, in emendando non acerbus, minimeque contumeliosus: praeceptor omnino reprehendendus, ita tamen, ne auctoritas praeceptoris, quae maxime attendenda, laedatur. Medium ergo tenuere beati: ne vox praeceptoris fiat vox Dei 2. *Reg.* 2. *v.* 24. Sic coercenda discipulorum πολυπραγμοσυνη, temperanda diligentia, inflammanda ocsitantia, reprimenda superbia; et Cicero *lib.* 1. 32 *de offic.* Ita facillime, *inquit*, corriguntur illi in docendo, quorum vitia imitantur emendandi causa magistri.

33 Ad realem vero disciplinam praeceptorum quoque veniendum, quae consistit (1.) in castigatione, juxta monitum illud Salomonis *c.* 23. *v.* 13. et ut verberibus afficiatur, qui se ita non gesserit, quemadmodum liberalium rerum dignitas postulat, vid. *l.* 1. Theodos. *de stud. liber. urb. rom.* add. dn. Conring. *dissert. ad h. l.* et Grotius *de j. b. et p. lib.* 2. *c.* 20. §. 7. *n.* 24. Qui igitur corrigendi animo castigat, nemini facit injurias *l.* 16. §. 2. *ff. de poen. l.* 15. §. 38. *ff. de injur.* Nec magister si intuitu disciplinae aut correctionis percusserit, excommunicationem incurrit *c. super eo.* 1. *e. cum voluntate.* 37. §. *si qui vero. X. de sent. excomm.* Secus si ex odio: nomine etiam magistri, quemcumque alium praepositum ad honestum aliquid docendum, intelligi vult. Molin. *de j. et j. tom.* 4. *tr.* 3. *disp.* 56. *n.* 3. modo consuetum sit in eo munere percutere personas eo modo subjectas. Abstinendum tamen a cervicis percussione, quod praeceptoribus in scholis et scholarchis notandum proponit, dn. Brunn. *ad l.* 5. *ff. ad l. aquil.* Est enim nociva oculis, ut ex *d. l.* 5. §. *fin.* videre est magnif. dn. Praeses *in tr. de jure tensuum. disp.* 1. *c.* 5. *n.* 34 4. 6. *seqq.* Castigatio vero praeceptorum modica esse debet et levis, *l.* 5. §. *fin. ff. ad l. aquil.* dn. Brunnem. *ad h. l.* 13. §. 4. *ff. locat. cond.* quae et patri tantum competit: dn. Brunn. *ad l. si filius.* 3. *c. de patr. potest. n.* 7. non enim in atrocitate, sed pietate patria potestas consistere debet. *per l.* 5. *ff. de l Pompej. de parricid.* Nec magister majorem habeat potestatem in discipulum, quam pater in filium. Surdus *de aliment. tit.* 1. *quaest.* 53. *n.* 7. Et sic docenti sola moderata ac rationabilis castigatio permittitur pro ratione culpae et caeteris circumstantiis concurrentibus, Molin. *d. j. et j. tr.* 2. *disp.* 697. *n.* 13. ne ad crudelitatem tendat *ord. consist. march. von Schulen.* §. *sie sollen.* vid. Ahasverus Fritsch. *praecept. pecc. c.* 12. quae impunita esse nequit dn. Brunnemann. *ad l. c. de emendat. proping.* Poena enim culpae debet respondere, ita ut in utroque modo rationem non excedat: *l.* 11. *pr. l.* 13. *ff. de poen. l.* 6. *pr. ad l. jul. peculat.* alias et saevitia praeceptoris culpae annumeratur, per *l.* 6. *ff. ad l. aquil.* et sic hoc nomine patri datur actio. dn. Mev. *p.* 1. *d.* 211. Tempus et locus etiam attendendus a praeceptoribus in infligendis poenis: non enim semper expedit, si publice exequantur. Non enim animo emendationis hoc fieret, vel ad minimum non praesumitur, quod publice coram multitudine hominum fit dn. Brunn. *ad tit. c. de emendat. proping. cum allegatis.* add. d. Conring. *dissert. ad l.* 1. *c. theod. de studiis. liber. urb. rom. et const.* Num vero virgis caedendi discipuli in scholis? Videtur quod non, quia lege porcia et sempronia virgae ab omnibus civibus romanis remotae. Calvin. *lex. sub voc. lex porcia.* Germanos 35
romano imperio adjectos et sic romanos esse, nemo est, qui ambigit *l.* 17. *ff. de stat. hom. l.* 33. *ff. ad municipal.* et sic discipulos non esse caedendos. At- 36
tamen hoc genus poenarum non improbandum praeceptoribus ex text. jur. can. desumpto probari potest. *c. circumcelliones* 23. *qu.* 5. *in fin. et prov.* 22. *v.* 15. *prov.* 23. *et* 13. et sub ipsa concessione jurisdictionis scholasticae conferuntur praeceptoribus virgae instmil *in ordin. eccles. march. tit. vom. Schulen.* §. *so sollen.* conceduntur praeceptoribus virgae: imo et aliud poenae genus non servile sed magis fructiferum praeter baculum et virgam praeceptor scholae potest adhibere, cum et crescentibus delictis sint exasperandae poenae; *l.* 16. §. 10. *ff. de poen. locum non X. de jud. arg. cum super* 2. *X. de test. cogend. vel non*: ita tamen, ne modus castigandi plane excedatur. Ut et eorum jus porro consistit.

(2.) In incarceratione privata. Quamquam de jure 37
civili romano nemini licitum est, privatum carcerem exstruere *t. l. t. t. c. de privat. carc. inhibend.* add. Struv. *syntag. jur. civil. exercit.* 49. *th.* 15. Attamen praeceptores privatum carcerem habere possunt, Farinac. *lib.* 1. *tit.* 14. *quaest.* 27. *n.* 15. 25. Dn. Brunp. *ad d. t* et a poena excusantur praeceptores. Dn. Lauterb. *compend. jur. ad tit. ff. de custod. et exhibit. reor.* Schneid. *ad j. de patr. potest. n.* 27. D. Martini *dissert. de carceribus. eorum usu et abusu c.* 5. *n.* 7. Discipulos enim correctionis et emendationis gratia includunt, et sic ob cessantem dolum II. Romanis liberantur. *arg. l.* 3. §. 2. *ff. de lib. hom. exhib.* Qui ergo jure suo utitur, nemini facit injuriam *l.* 26. *ff. de damn. infect.*

(3.) In exclusione a coetu scholastico: si v. g. ali- 38
quis discipulorum famosum conscripserit carmen, qui ipso jure infamis per *l.* 5. §. 9. *ff. de injur.* vel aliud crimen commisit, furtum, scortationem, etc. Vi jurisdictionis scholasticae et quia magistratus personam induere praeceptores *ut cap.* 1. ostensum rector istos potest excludere. In legibus scholae patriae haec habentur verba: discipulos recipere, introducere, transponere, vel etiam *certas ob causas excludere* nemo sibi sumat; quod haec rectoris sint munia. Contumaces enim schola sunt excludendi, ne malitia ipsorum fraudi sit proborum indigentiae: et delicta non debent manere impunita, quod publicae rei interest. *l.* 51. §. 2. *ff. ad l. aquil. l.* 14. *c. de poen.* nec malitiis hominum indulgendum, *l.* 38. *ff. de r. v.* sed ad poenam ulterius exequendam magistratui politico sunt tradendi seu Ephoris scholae, ne exclusi contra rempublic. scholasticam quid moliantur. Ita enim et *in const. scholast. scholae Zvikau. pov. wie die Jugend in Gehorsam zu halten habetur: So etliche waeren die sich gemaetser Straffe*, 39

gewoehnlicher Zucht und eigenen Zugehoer, aus einem boesen Willen euserten, demselben soll zu Verhütung groessers Ubels, die Schule nicht ohne grossen sein selbst und seiner Eltern Schimpf und Schaden verbothen seyn, auf dass auch durch solches Fürnehmen die Eltern verursachet, gröessern Fleiss und Aufsehtung auf ihre Kinder zugeben, sich recht und wohl in guten Gehorsam zu halten und zu erzeigen. Num vero sit excludendus discipulus, quando in praeceptorem vel discipulos furtum commisit, vel non tegendum sit delictum seu furtum hoc? Omnino attendendum esse vitam antecinam *l. non omnes* 5. §. 6. *ff. de re milit.* Si discipulus malae indolis et pessimae frugis, excludendum hunc esse, non dubium est; non enim remitti poenam facile publice interest ne ad maleficia etiam discipuli temere prosiliant *l.* 14. *c. de poen.* Imo puniendum, malitiis enim discipulorum plane non indulgendum. Si vero bonae frugis, tegendum potius et condonandum. Cum expediti juris, quod in poenis infligendis delicti causa potius debeat respici, quam ipsum factum delinquentis *arg. l.* 83. *pr. ff. de furt. l.* 33. *ff. de injur.* Saepius enim discipulus per alios seducitur, commensationibus, alea, luxuria, incitatus, ut tale quid ex imprudentia magis quam dolo committat. An vero actionem furti instituere possit praeceptor videtur quod non: quoniam praeceptores parentibus aequiparati et sic non posse per §. 12. *inst. de obl. quae ex quas. contr.* Sed alia ratio hoc casu parentum est; in horum enim bonis habent qs. dominium filii. Verum et hoc casu optimum consilium suscipient praeceptores pro discipulis suis.

40 (4.) In ludorum concessione, cum omnis schola ludus vocetur Romanis, neque ab omnibus ludorum generibus sunt avocandi discipuli, praeprimis quae ab honestis actionibus non remota sunt Cic. *lib. de off. tom.* 4. 482. *lit. g.* add. Barolaj. *icon. animorum c.* 1. itaque ludus chartarum hoc est, librorum commendatur a Rebuffo *in tr. de his quae necess. schol. necess. XI.* Ludi vero ex quibus crimina oriuntur, nullo modo fieri patiendum, *prooem. ff.* §. *illud* 9. et ludus noxius
41 in culpa est Paulus *in l* 10. *ff. ad l. aquil.* Quoniam vero Plutarchus *de puerorum institutione*, suis discipulis permittit exercitia militaria, jaculationem, arcus tractationem, imo venationem et Plautus *in Bachid. act* 3. *scen.* 3.

Saliendo sese exercebant magis quam scorto et suaviis.

Quaeritur: num et trahurum vectio sit interdicenda alumnis vel in gymnasiis vel in scholis trivialibus discentibus? Resp. distinguendum esse inter alumnos active et passive consideratos, prout l. valla *de eleg.*
42 *lat. ling.* distinguit. His esse interdicenda, illis sub moderatione, quoniam illi vel nobiles vel patricii. Hi vero qui vel ostiatim stipem quaerunt, vel ex aerario publico aluntur, nec eorum est pecuniam quaesitam dilapidare. Dein inter tempus et modum seu qualitatem *cap.* 19. *dist.* 1. *de poenitentia* siquidem minima circumstantia variat rem *arg.* §. 12. *verb. Celsus l.* 26. *ff. de condict. indeb.* Et si etiam non conveniens hoc genus ludorum patriciis, in scholis trivialibus discentibus: pater vero de republica civitatis optime meritus, imo in dignitate constitutus, cum filio suo adhuc scholare, trahis veheret vel aliud genus ludi, quod non ab honestate remotum, exerceret; quaeritur: si hoc ephorus vel patronus scholae videret, et ex affectu quodam vel in parentem vel in filium indicaret praeceptori scholae, ut id genus ludi interdiceret filio, Num praeceptor scholae hoc debeat patri vel filio scholari interdicere? Patri non potest, quia hic superior praeceptore videtur: filius est extra culpam et quicquid praesentibus parentibus et concedentibus faeit, qui optimum consilium pro filio capere praesumuntur *arg. l.* 22 *ff. ad l. jul. de adult.* quorum et consilia sunt imperia et sic jure fecisse aestimatur, dum obsequitur imperio patris *l.* 4. *ff de r. j.* Sicque ejus ignorantia nullo modo est puniendu, *l.* 3. *pr. ff. de poen.* et consequenter praeceptor scholae non potest hoc casu interdicere trahurum vectionem; licet scholarcha vel patronus scholae indicaverit praeceptori: bene tamen alio et ex auctoritate sui muneris concessa, et quatenus boni mores corrumpuntur. Idem ferme de 43
moderna gladiorum gestatione discipulorum dicendum, quae radices tam altas, etiam in scholis trivialibus egit, ut vix accedente auctoritate magistratus evelli possit, quoniam tali casu parentes majus habere jus sibi persuadent.

Extendit se vero officium praeceptorum, praeprimis rectorum, etiam ad advenientes scholares. Sic in 44
legibus scholasticis non sine ratione cautum esse solet: quo nemo seu indigena seu peregrinus in scholam recipiatur: nisi apud rectorem, vel deficiente eo, apud pro-rectorem scholae nomen suum professus, vitae actae attulerit testimonia, *vid. lib.* 1. *c. theod. de stud. lib. urb. Rom. et constit.* et scholae legibus obedientiam promiserit debitam. Turpius enim ejicitur, quam non admittitur hospes *c. quemadmodum* 25. *X. de jurejur.* et Juvenalis *satyr.* 2.

Dedit haec contagio labem.
Et dabit in plures: sicut grex totus in agris
Unius scabie cadit et porrigine porci,
Unaque conspecta livorem ducit ab uva.

Tenentur etiam intra certum tempus advenientes nomen profiteri, ne majus ipsis competat jus prae aliis 45
studiis incumbentibus. In statutis enim academicis, si quis privilegiis studiosorum usurus, quarto ab accessu die nomen apud magnificum rectorem profiteatur *vid. epit. leg. univers. francof.* Si vero vagabundi 46
scholares, cum indigni sint privilegiis scholarium, da. Brunnemann. *ad l. c. tyron.* Schneidew. *ad j.* §. *item Romae* 15. *n.* 6. *de excusat. tut. l. curat. vid. ord. consist. March. tit. von Discipuln.* §. *So sind add. ord. eccles. sax. tit. von Kirchen und Schulen ingemein* §. *dass sie auch armen Schülern* Turbas movent, vel praesentes discipulos corrumpunt, vel ad potandum dimicandumque inducunt, rector scholae istos vagabundos magistratui tradere potest, quo et respubl. scholastica placata vivat. De his vero cum in 47
omnibus scholarum legibus in specie agatur, fusius iis diducendis supersedendum.

CAPUT IV.

De salariis praeceptorum.

SUMMARIA

Transitio ad salaria praeceptorum. n. 1.
Labor et merces correlata sunt. n. 2.
Dato officio solitum salarium promissum praesumitur. n. 3.
Praeceptoribus non tantum ad necessitatem sed et honestatem servandam, salarium dandum. n. 4.
Sunt annuae erogationes. n. 5.
Non sunt procrastinanda. n. 6.
Praeses extra ordinem cognoscit de salariis. n. 7.
Et ludi literarii magistris jus dicit. n. 8.
Semel constituta non sunt revocanda. n. 9.
Neque minuenda. n. 10.
Sed potius augenda. n. 11.
Ideoque Lucellum ex notariatus functione indulgendum. n. 12.
Imo viduis praeceptorum quandoque beneficium anni gratiae concedendum. n. 13.
Non obstat c. 4. X. de magistris. n. 14.
Quomodo ergo erogandum salarium. n. 15.
Et discipuli beneficiis augere debent salaria praeceptorum. n. 16.
Quae consistunt in alimentorum praestatione. n. 17.
Et mercedis exsolutione. n. 18.
Tutor praeceptoribus pupilli sui non minimas constituere debet. n. 19.
Sunt enim impensae necessariae et utiles. n. 20.
Solet et honorarium pars salarii esse. n. 21.
Quid de aequivalenti pretio sentiendum? n. 22.
Dubia objiciuntur. n. 23. 24. 25. 26.
Negativa defenditur. n. 27.
Et sic magistri possunt aliquid exigere pro docendi labore. n. 28.
Imo discipuli bona conscientia adhuc quicquam conferre possunt, praeter honorarium, ad augendum salarium. n. 29.
Denique nec accidentia praeceptoribus deneganda, de quibus remissive. n. 30.

1 Cum capite secundo de officio magistratus circa salariorum erogationem paucis actum, jam ad ipsam tractationem, de salariis praeceptorum progrediendum;
2 cum vero labor et merces correlata sint, quorum unum et ponit et tollit alterum; unde qui ad onus eligitur, non debet repelli a mercede, *c. cum secundum* 16. *X. de praebend. et dign. l.* 10. *ff. de r. j.* et sine salario vel praemio nemo servire tenetur. vid. Mev. *p.* 7. *d.* 143. *n.* 13. justum namque est, ut illi consequantur stipendium, qui pro tempore suum commodare reperiuntur obsequium. *can. charitatem* 12. *quaest.* 2.
3 *can. ecclesiasticis* 12. *qu.* 2. Dato vero officio praesumitur solitum salarium promissum, idque cum in omnibus officiis dicendum, dn. Brunnemann. *ad tit. c. de praebend. solar. n.* 3. Reinking. *in polit. bibl. lib.* 2. *axiom.* 93. Surdus *de aliment. tit.* 4. *quaest.* 23. *n.* 28. etiam in officio praeceptori delato. Vid. Christian. Weberi *levita fugitivus c.* 15. Imo et non conventum salarium debetur praeceptoribus *l.* 12. §. 2. *ff. de admin. tut. l.* 4. *ubi pupill.* Nemo enim suis sumptibus cogitur militare 1. *corinth.* 9. *vers.* 7. *c. cum ex officii* 16. *X. de praescript. c. charitatem* 12. *quaest.* 2. *c. jam nunc.* 20. *quaest.* 1. Et praeceptores laborum suorum merent stipendia, vid. Notae. *ad jus eccles. lib.* 1. *cap.* 6. *m.* 12. *n.* 15. *add. ord. consist. march. tit. von Schulen* §. *auf dass aber:* sine his enim non potest civitati constare salus atque incolumitas Mevius *p.* 9. *d.* 136. *n.* 4. Annaeus Robertus *rer. judicat. lib.* 3. *c.* 3. non tantum ad vitae ne- 4
cessitatem sublevandam, sed ad honestatem servandam. Reyer. *in palaeomathia p.* 24. D. Meyfart. *im Bericht von der Prediger und Schuldiener Besoldung p.* 2. *c.* 16. D. Hornejus *dict. tr. p.* 43. Et benefacienti benefacere tenemur, *arg. l.* 25. §. 11. *ff. de haered. petit. l.* 12. §. 8. *ff. mandati c.* 7. *X. de testam.* Surdus *de aliment. tit.* 1. *quaest.* 54. *n.* 2. siquidem naturalis obligatio est ad remunerandum: nec obstat *tit. X. de magistris et ne aliquid exigatur pro licentia docendi*, ubi prohibitum esse volunt, pro pecunia docere. Sed canones id tantum intendere, ne pro pretio vendantur officia doctrinalia, cum et in *c. nonnulli* 4. *X. d. t.* provisum, ut magistro aliquod competens beneficium praebeatur, quo ejus necessitas relevetur. Tamdiu enim percipere debet redditus, quamdiu persistit in docendi munere.

Suntque salaria erogationes annuae *l.* 8. §. 23. *ff.* 5
de transact. quae sui tuendi gratia *l. fin. ff. de in rem. verso.* ob liberalem artem debentur, *l.* 4. §. 3. *ff. de decret. ob ord. fac.* Stypmann. *de salariis clericorum c.* 2. *n.* 1. 3. et succedere solent loco victus. Surdus *de alim. tit.* 4. *quaest.* 67. *n.* 7. Non enim sunt pro- 6
crastinanda, sed justo tempore, quod ad salarium exsolvendum constitutum, exsolvenda. vid. Notae. *ad jus eccles. d. l.* et Juvenalis *satyr.* 7. *in fin. canit*

Et cum se verterit annus
Accipe victori, populus quod postulat aurum.

Sic Constantinus imperator *in l.* 6. *c. de profess. et med.* professoribus literarum salaria et mercedes reddi jussit, quo facilius liberalibus studiis multos instituant. Nam alias per domesticam curam adacti praeceptores cogitare necesse habent, quo alio acquirendi genere vivant, et se, et suos alant, et sic de fervore in instituenda informatione plane avocentur: qua de re in constitutione scholastica *Zvikaviensis Scholae tit. von Besoldung* ita constitutum: *Dass auch niemand so Er sich und die Seinigen versaeumet, zu entschuldigen haette, und also viel Unlust beyderseits aus der Bezahlung entstanden, hinfort nicht mehr entstehen möchte, soll der Praeceptor für sich eine eherliche Besoldung zur bequemer Zeit aus E. E. Rachts Cammer unverzüglich gewaertig seyn, auf dass ihm ja nichts von embsiger Unterweisung und guten Gunst zu erhalten, gebraeche* add. Stypmann. *de salariis clericorum c.* 7. *n.* 8. 42. *seqq. ord. consist. march. tit. von Schulen* §. *Auf dass aber*. Qui vero non solvit salarium justo tempore, tenetur ad interesse *arg. l. jubemus* 16. §. *Hoc videlicet* 6. *c. de erogat. milit. annon.* Et praeses extra ordinem cognoscit de salariis 7

eorum, qui liberales artes docent *l.* 1. *pr. ff. de extr. cognit.* Dn. Brunnem. *ad d. l. ad jus eccles. lib.* 3. *c.* 1. §. 20. Praeses etiam ludi literarii magistris jus
8 dicit *d. l.* §. 6. Nec salarium ob rem judicatam potest detineri *l.* 4. *c de execut. rei jud.* add. dn. Brunnem. *d. l.* Mevius *p.* 7. *d.* 7. *n.* 2. Multo minus est inhonestum, si tempestive salarium petunt, cum labor mercede fraudari non debeat: *l. Quidam* 5. §. 2. *c. de necess. serv. haered. instit.* nec ideo avari sunt vocandi, etiamsi litem moveant ob salarium: avaritia enim est inordinatus amor habendi, et inhonesta cupido, quae hic cessat; quicquid ergo faciunt praeceptores secundum leges, in illo non peccant. Quomodo vero alias salarium petendum, vid. dn. Brunn. *exerc. inst. tit. mand. ad* §. *ult.* Stypm. *de salariis cleric. c.* 13. *n.* 110. *seqq.*

9 Nec salaria semel constituta et promissa in codicillis praeceptorum sunt revocanda; quae enim ab initio sunt voluntatis ex post facto fiunt necessitatis, *l.* 17. §. *sicut. ff. commod. l.* 5. *c. de oblig. et act. c.*
10 12. *x. de renunc.* et conventio dat legem contractui. *l.* 23 *ff. de r. j.* neque minuenda illaesa conscientia. Dedekenn. *cons. eccl. in apend. nov.* D. Meyfart. *d. tr. p.* 2. *c.* 11. nimirum cum sint modica et exigua stipendia et salaria praeceptorum Carpz. *jurisprud. eccl. lib.* 1. *d.* 90. D. Pfeiffer. *Antimelac. lib.* 1. *c.* 16. §. 1. quod et experientia rerum magistra luculen-
11 ter satis docet: sed potius augenda, Dedekenn. *cons. eccl. append. nov. p.* 699. D. Brunnem. *jus. eccl. lib.* 2. *c.* 8. §. 12. add. Stypmann. *de salariis clericor. c.* 7. *n.* 200. *et seqq.* praeprimis tempore annonae caritatis, siquidem annona semper eadem non est, sed multum pro ratione temporis variat. Omnino ergo et temporis ratio attendi debet, Carpz. *lib.* 1. *d.* 104. *d.* Pfeiffer. *d. l.* Imo non potest minui, etiamsi morbo detentus, vel ex aliis legitimis causis per aliquod temporis spatium officio suo fungi nequeat *l.* 4. §. 5. *ff. de statu quae lib. arg. cum percussio* 1. *x. de clerico aegrot.* add. Dn. Brunn. *ad l.* 15. *c. de advoc.*
12 *divers. judicior. n.* 6. Sic igitur, cum minima salaria ipsis praeceptoribus constituta sint, Lucellum quod ex notariatus functione acquirere possunt, non immerito indulgendum, nec a functione et exercitio notariatus, si creati, sunt prohibendi, quantum per conscientiam licet et officii scholastici ratio non refragatur. Carpz. *jurisprud. eccl. lib.* d. 89. 99. Dn. Praeses *disp. de conscientia advocati* 13. *c.* 1. *n.* 65. *vol.* 2.

13 Pari ex favore viduae liberique praeceptorum scholarum beneficio anni gratiae gaudere solent. Et licet ordinarie hoc non procedat, cum verba constitutionum, de pastorum viduis tantum loqui soleant, itaque a voluntate disponentis minime recedendum. *arg. l.* 19. *ff. si cert. pet. l.* 13. *c. de usufr.* Ex speciali consuetudine tamen, cum et pietati consentaneum sit, ut hae personae ob fidelem puerorum informationem tali beneficio fruantur, siquidem parilis aequitatis ratio pro his, meritorum sc. gravitas et salariorum exiguitas, pugnat, imo extraordinarie viduae et liberi magistrorum scholae, ad salarium semestre admitti solent, Carpz. *jurisprud. eccl. lib.* 1. *dec.* 228. Ubi: *Was Hoechstgedacht Unser Gnaedigster Herr, Maria Georgi Haubts, Cantoris Wittbe, beyeuch, damit ihr aus denen von Ihr angezogenen Motiven das halbe Gnaden Jahr gereichet werden moechte, demüthigst gelangen lassen, das habt ihr hierbey zu empfangen: Ob wir uns zwar dergleichen Abfolge nicht zu erinnern, dieweil aber dennoch aus denen von der Supplicantin angezogenen Umstaenden, so viel erscheinet, dass der Verstorbene, um Kirch und Schulen sich wol verdienet haben sol; So ist hierauf an statt Sr. Churfurstl. Durchl. unser Begehren, Euch in Erwegung dieser Umstaende, und aus Christlichen Mitleiden gegen die Supplicantin und ihre Kinder der Gebühr zu erzeigen.* Et licet successori hoc casu quicquam juris competat, potest tamen admitti conditione hac, ne excludat viduam et liberos a salario semestri Carpzov. *dict. loc.* ita nihil movet *cap.* 4. *x. de ma-* 14
gist. quod eousque tantum debeant redditus percipere, quousque perstiterint in docendo. Etenim non quamdiu aliquis militaverit, sed quamdiu vixerit, beneficiis perfrui debet, per *l.* 14. *c. de excusat. mun.* add. dn. Brunnemann. *ad cod. de excus. muner. n.* 16. *seqq.*

Quomodo vero erogari debeat salarium inter prae- 15
ceptores: num sit attendenda justitia commutativa, an distributiva? non immerito quaeri posset: non obstat, quod haec divisio sit proprie justitiae ethicae et moralis, nec ullibi in jure occurrat. vid. dn. Eckolt. *ad ff. t.* 1. *de i. et j.* §. 4. Attamen non erit otiosa quaestio allata, cum ex principiis juris, hoc est, ex disciplina morali desumpta, et ita respondendum, omnino pro cujusque merito vel demerito in salariorum erogatione adhibendam esse justitiam geometricam sive distributivam, Wesenb. *ad ff. de j. et j. n.* 11. et virtutum praemia tribui merentibus convenit, *l.* 4. *c. de stat. et imag. l.* 1. *c. de annon. civ.* add. dn. Brunnem. *ad h. l. n.* 5. etiam in scholis. Et magistratus sive patronus salaria juxta proportionem laborum constituere debet, ut is, qui plus laborat et suis donis scholae prodest, plus etiam salarii accipiat, vid. Stypm. *de salariis c.* 7. *n.* 73. Nec movet, quod certa quadam in civitate, ubi fanus deducendum 12. grossi dividantur inter novem collegas aequaliter, de qua re pluribus egit, dn. Splenger. *in ethic. exerc.* 11. *art.* 3. *quaest.* 1. et satis respondet, hoc non de jure, sed de facto fieri. Quo brevitatis gratia b. l. remitto.

Cum naturalis obligatio sit ad ἀντίδωρα. *l.* 25. §. 16
11. *de haered. petit.* quae minus plena dicitur dn. Praes. *in not. ad pr. inst. de obl.* Tenentur etiam discipuli benefacere praeceptoribus et salaria eorum et beneficia remunerare et quasi augere, ob magna et multa beneficia in illos collata, quodsi vero sponte remunerare nolint, per implorationem officii judicis compelli possunt, vid. magnif. dn. Praes. *de caut. contr. sect.* 3. *c.* 9. §. 3. quod ad primum genus donationis remuneratoriae pertinet: Molin. *de i. et j. disp.* 292. *t.* 2. nec propter ingratitudinem potest revocari, quia non habet rationem donationis, sed potius aliqualis compensationis et debiti, Molin. *d. l. et disp.* 281. *n.* 12. Bursat. *consil.* 31. *n.* 3. *consil.* 304. *n.* 12. nec indiget insinuatione, dn. Brunnemann. *ad l. Aquilius Regulus* 27. *ff. de don.* fit enim ex causa. Neque requiritur paternus consensus, si filius justa ratione motus donet honorarium praeceptoribus. arg. *l.* 7. §. 1. *ff. de donat. l.* 18. §. 1. *ff. de judic.* Dn. Eckolt. *ad ff. de donat.* §. 5.

Beneficia vero discipulorum consistunt in alimen- 17
torum praestatione, si egeni sunt praeceptores, vid.

enim praeceptoribus, animum discipulorum non corrumpere, arg. *l.* 14. *pr. ff. de serv. corr.* quod etiam procedit, si falsis persuasionibus ad factum aliquod inducantur, vid. magn. dn. Praes. *disputat. de jure bland. c.* 8. *n.* 46. *seqq. vol.* 2. *disp.* 7. ubi ex Johan. Fabr.
11 *instit. ad* §. *induplum* 23. *de act.* additum: utinam bene luerent, qui juvenes (discipulos in scholis.) ad ille-
12 cebras alliciunt! Deinde et malorum consortia corrumpunt bonos: seducuntur enim haud raro optima ingenia a commilitonibus negligentibus et voluptuosis, qui omnem aemulationem excludunt, et sic bonos corrumpunt. *l.* 25. §. 6. *ff. de aedil. edict. c. saepe* 28. *qu.* 1. *c. recolentes* 3. *X. de stat. monach.*

13 Ex educatione resultat effectus juris praeceptorum: qui consistit in immunitate, quae ob παιδοτροφίαν concedítur *l.* 5. §. 2. *ff. de jur. immun. l.* 2. *in fin. c. de excus. artific.* add. dn. Eckolt. *ad ff. de jur. immun.* §. 2. *n.* 3. *et* §. 3. *n.* 4. quae immunitas etiam ad viduas eorum sese extendit quoniam non tantum illa est conjux, cujus maritus adhuc vivit, sed quae mortuo merito in viduitate constituta *l.* 3. *pr. c. de priv. scholar. lib.* 12. In viduitate enim dicitur, in priori matrimonio permanere: *l.* 4. *c. de bon. matern. et in nov.* 2. *c.* 20. §. 1. et tamdiu durat praecedens conjugium, quam-
14 diu viduitas. Num vero et illi qui primas literas pueros docent, immunes sint? Jure civ. non per *l.* 11. §. *fin. ff. de mun. et hon.* ubi d. Marc. Anton. rescripsit. Eos qui primis literis pueros inducunt, non habere vacationem: et *l.* 2. §. 8. *ff. de vac.* vacationem a civilibus
15 non habent. Verum non in totum esse excusandos a muneribus, in tantum tamen sublevandos, ne supra vires eis quid imponatur, imo si supra vires eis quid indicatur, ad praesides religionem pertinet *d. l.* 2. §. *fin.* vid. dn. Brunnem. *ad h. l.*

16 Immunes vero sunt, qui per studiorum sectam se utiles praebent a tutelae onere *l.* 8. §. 4. *ff. de vocat. mun.* et licet quis ad munus publicum cogi possit: attamen excusantur a tutelae onere grammatici, rhetores, §. 15. *j de excus. tut.* quorum olim erat determinatus numerus, *l.* 6. §. 2. *ff. de excus. tut. l. un. c. de stud. liber. urb. Rom.* velut qui hodie sub salario et functione certa, scholis praeficiuntur: Pomeresch. *ad d.* §. 15. *j. de excus. add. paraphrasis perpetua* illustr. dn. de Fuchs. *d.* §. aucta ab Andr. Mylio. j. u. d. Estenim utilitas publica, si his vacant negotiis praeceptores, et qui publice juvenibus prosunt excusantur a tutelis *l.* 6. §. 5. *ff. de excus.* nec minus armis quam studiis subvenitur reipubl. cum et miles nec volens, admittatur ad tutelae onus. §. 14. *instit. d. t.* ita et omnino excusandus scholae praeceptor, qui diligenter docet et juvenibus sedulo utilitatem praebet. Dn. Eckolt. *ad ff. de excus.* §. 1. Scheplitz. *promptuar. juris civilis tit.* 32. *de tutel.* §. 11. *n.* 3. Siquidem eorum officium, qui publice pueros et juvenes instruunt, alias sat laboriosum est, ut ita onerati magis onerari minime debeant. D. Mülleri *jurispr. element. dissertat.* 14. *th.* 4. *n.* 15. *lit. p.* Ostermann. *ad d.* §. 15. *inst. de excus. tut.*

17 Competit etiam scholarum magistris immunitas a potus et cibi collectis: habent enim in his aequale privilegium cum eccl. ministris. Carpz. *jurispr. eccles. lib.* 1. *d.* 139. 141. Dn. Brunn. *jur. eccl. lib.* 2. *c.* 5. §. 9. ibique notae. Dedekenn. *consil. eccl. vom Prediger-Amt sect.* 4. *n.* 10. *seq.* Ita et in Marchia ubi generalis Accisa recepta anno 1680. et anno 1684. revisa, ex singulari concessione serenissimi elect. scholarum magistri, ab onere Accisae plenariam exemptionem pro se et familia sua receperunt. Ita enim in speciali de- 18
claratione *revis. ord. Accis. n.* 3. *Nicht weniger: Und die Prediger, Schulbedienten von allen Imposten der zu ihrer Haushaltung benoetigten consumtibilen, ohne von fremden Wein und Bier, eximiret seyn: würde aber jemand aus Mittel der Geistlichen und Schulbedienten eine bürgerliche Nahrung treiben, oder Tischgaenger halten, muss er zwar von allen consumtibilibus die Accise entrichten, der Steuer Commissarius aber soll einen jedweden nach proportion dessen, so er ungefehr bey seinem Amte alleine zum Behuff seiner Familie noethig gehaet haette, ein billigmaessiges am Gelde constituiren, und solches Quartaliter ex Cassa wieder zuruck bezahlen lassen.* Imo specialius quid in *praef. dict. revis. ord. Accis.* continetur, ita, ut certam pecuniae summam ad comparandum victum adhuc accipere debeant, per verba: *Besoldung. der Geistlichen, zu Abführung der Schul Collegen Kost Geld:* quamquam ex collectis extraordinariis ipsis porrigi debeat.

Num etiam a metatis sint immunes? Ubi considerandum: an cives facti, et jus civitatis acquisiverint, 19
et sese immiscuerint negotiis civilibus, annon? Priori casu non sunt immunes, quia sic renunciarunt favori, et juri pro ipsis introducto: quod quilibet facere potest, *l. si quis* 51. *c. de episc. et cler. l.* 29. *c. de pact.* Dn. Brunnem. *ad h. l. n.* 10. Nisi vel ex favore, quando ob maximum laborem, et minimum salarium negotiis civilibus sese immiscere cogantur; vel ex consuetudine immunes censeantur a metatis: ubi arbitrium boni viri spectandum. Posteriori casu plane sunt immunes, ne in studiorum suorum exercitio turbentur. *l.* 8. *c. de metat et epidemeticis l.* 18. §. *fin. ff. de muner. et honor. l.* 10. §. 2. *de vacat. et excusat.*

Effectus vero juris praeceptorum consistit et in eo, 20
ut discipuli reverentiam exhibeant suis praeceptoribus: nec ultimo loco sunt habendi praeceptores in jure reverentiali. vid. *vol.* 2. *disp.* 2. *de jure reverentiali ejus effectibus generalib. c.* 2. *n.* 7. et scholares debent operas obsequiales suis praeceptoribus: imo naturali 21
ipsis reverentia debetur d. Alberti *in compend. j. n. c.* 3. §. 46. Surdus *de alimentis tit.* 1. *qu.* 53. *add. ord. consist. march. tit. von disciplin* §. *darnach* imo major honor et reverentia exhibenda praeceptori, quam 22
patri naturali et legitimo. Patrem enim naturalem in jure reprehendit filius *in l.* 3. §. 6. *et* 7. *ff. de condict. caus. dat. caus. non sec.* ut et in sacris Jonathan parentem reprehendit 1. *Reg.* 14. §. 29. Discipulus tamen sententiam sui praeceptoris debet excusare, *l. qualem.* 19. §. *unde videndum* 2. *ff. de recept. qui arbitr.* et Seneca *lib.* 6. *benef. c.* 14. ingratus essem, *inquit*, nisi inter gratissimas necessitudines diligerem praeceptorem. Hinc non debet esse affectata reverentia discipulorum, sed maxime consistere debet in ef- 23
fectu; qualia exempla passim in historiis occurrunt: ut, Antonini philosophi imperatoris, Theodosii magni, et quam plurima alia. Sic discipuli, si coram praeceptore consulto, et data opera, non detrahunt pileum, faciunt contra jus reverentiale, et sic incurrunt poenas reprehensionis et animadversionis dignas. Item si singulari numero germanica lingua compellant praece-

Maxime etiam parentibus. n. 6.
Exemplum Cyri reprehenditur ob malam educationem liberorum. n. 7.
Lycii Plautini paedagogi querela. n. 8.
Adulatores etiam multum conferunt ad malam educationem. n. 9.
Qui insidiose scholares in perniciem ducunt. n. 10.
Monitum hac de re. n. 11.
Bonos etiam corrumpunt malorum consortia. n. 12.
Effectus vero juris consistit immunitatibus. n. 13.
Num et illi, qui primas literas docent immunes. n. 14.
Non supra vires ipsis quid indicendum. n. 15.
Sunt autem praecept. immunes ab onere tutelae. n. 16.
Et potus cibique collectis. n. 17.
In Marchia exemptio ipsis scholarum praeceptoribus a sereniss. in nupera revis. ord. accis. concessa. n. 18.
Num et a metatis immunes? n. 19.
Effectus juris respectu discipulorum. n. 20.
Consistit in reverentiae exhibitione. n. 21.
Major exhibenda praeceptori quam parentibus. n. 22.
Nec debet esse affectata reverentia. n. 23.
Qua poena ergo afficiendus discipulus, si injuriam infert praeceptori? n. 24.
Num praeceptor in jus vocandus a discipulo? n. 25.
An ob alapam non adhibitis circumstantiis inflictam in jus vocandus? n. 26.
Non famosa actione sunt conveniendi praecept. n. 27.
Non confrontandi. n. 28.
Non possunt testes esse discipuli contra praeceptores. n. 29.
Non possunt allegare consuetudinem contra praeceptores. n. 30.
Denique effectus juris ratione suspensionis ab officio. n. 31.
Non temere removendi. n. 32.
An magistratus propria auctoritate removere possit praeceptores, remissive? n. 33.
Varias vero ob causas quis removeri ab officio potest. n. 34.
Num removendi praeceptores, si vinculum fraternitatis cum discipulis junxerint inter pocula? n. 35.
Conclusio. n. 36.

1 Haec de constitutione, officio, et salariis praeceptorum dicta sufficiant: jam cum ad finem progrediendum, finis quoque et effectus juris praeceptorum pau-
2 cis considerandus erit. Est enim finis ob quem praeceptores constituuntur, educatio, quae proba et recta esse debet, vid. dn. Conr. *dissert. de recta in optima republ. educatione* Arist. 7. *polit. c.* 2. cum sit fundamentum reipubl. pertinentque ad futurum civitatis felicitatem, v. *jus eccl.* Dn. Brunnemann. *lib.* 1. *c.* 6. *m.* 12. §. 15. add. dn. Conring. *dissert. ad l.* 1. *c. Theodos. de studiis liberal. urb. Rom. et const.* Est enim
3 fons et radix honestatis, legitimam consequi institutionem, Plutarchi. *de pueror. instit.* Neglecta enim educatione respubl. evertitur, Arist. *polit.* 8. *c.* 1. Ejusque observatio reipubl. necessaria. Si enim pessime morati juvenes sunt, non melior evit adulta aetas et sequentur calamitates, dn. Brunnemann. *jus eccl. d. l.* et ut male posita initia, sic caetera sequuntur Cic. *ad Attic.* et juxta Terentianum illud: *ut quisque suum vult, ita habet, et qualis educatio, talis quoque vita* vid. *d. dissert.* Dn. Conringii.

Num vero omnis defectus sit adscribendus praeceptori, si non rite educantur liberi? videtur ratio subesse, 4
quoniam ideo constituuntur praeceptores, et major honor debetur ipsis, prae parentibus, qui supra ostensum et ut Juvenalis *satyr.* 7. canit:

. . . *Culpa docentis.*
Scilicet arguitur, quod laeva in parte mamillae,
Nil salit Arcadico juveni.

Verum resp. unius rei plures possunt esse causae. De- 5
bet enim curae esse educatio juventutis magistratui. Carpz. *lib.* 1. *d.* 74. Inanes enim sunt leges, deficiente cura earum, imo et curam educationis summae potestati adscribit dn. Brunn. *in jur. eccles. d. et l.* 1. *c.* Theod. *de stud. lib. urb. Rom.* Ubi caesar singulis annis non tantum nomina, sed et quemadmodum quisque se gesit, qui studiorum curriculum Romae absolverant, a praefecto urbis sibi indicari voluit. add. dn. Conr. *diss. ad d. l. c. Theod.* Et parentes suum contribuere 6
debent in educatione liberorum, Schneidew. *ad j.* §. 10. *de act. n.* 23. *in fin.* D. Garcaei *Vermahnung von Schulen*, ad d. Pfeiff. *Anti- elanch. lib.* 1. *c.* 16. §. 3. Educatio enim quandoque maxime negligi solet a parentibus, Barclaj. *Icon. animor. c.* 1. vid. *integra satyr.* 13. Juvenalis, qua parentes reprehendit, qui minus pie et caste coram liberis vivunt, malisque exemplis et prava institutione iis auctores sunt. Sic Plutarchus 7
de puerorum institutione inter requisita parentum refert, inquisitionem in progressus filiorum, quia illa inquisito sive inspectio parentum, praeceptores efficit diligentiores. Cyrus, Persarum monarcha, reprehenditur, licet probe sit informatus, ipseque temperanter et modeste vixerit, quod filios suos mulieribus atque eunuchis tradiderit educandos. Christ. Matth. *theat. hist. in vit. Cyri p. m.* 183. *seq.* Nec minui debet au- 8
ctoritas et fama praeceptoris ex patrum et matrum coeca et blanda indulgentia, quae natos quam saepissime segnes facit; quare Lycius Plautinus *paedagogus* conqueritur *in Buchide act.* 3. *scen.* 3.

Olim populi prius honorem capiebat suffragio:
Quam magistro desinebat esse dicto obediens.
Ast nunc prius quam septuennis est, si attingas eum manu,
Exemplo puer paedagogo tabula disrumpit caput.
Cum adeat patrem postulatum, puero sic dicit pater:
Noster esto, dum te poteris defensare ab injuria:
Praevocatur paedagogus: Eho senex minimi pretii
Ne attingas puerum ista causa, quando fecit strenue,
Ni magister quasi lucerna uncto exspretus linteo.

Et sic quicquid struunt praeceptores, parentes destruunt. 9
Dein sunt et adulatores, de quibus jam egit Plutarch. *paedagogias c.* 17. §. 15. *seqq.* qui malitiam discipulorum laudando augent. quod fieri non oportet: *l.* 1. §. 4. *ff. de serv. corr.* bonos enim faciunt malos, et malos deteriores. Et qui suadendo alios juvat; sceleris instar est *l.* 16. *pr. ff. de poen.* persuadere enim plus est quam compellere *per d. l.* 1. §. 3. *ff. de serv. corr.* ex his enim animus et mens corrumpitur; adulatores enim 10
occulte et insidiose scholares in perniciem ducunt, ob commodum quod a scholaribus percipere se posse, vident isti homuncioues, omnia loquendo ad voluptatem et palatum scholarium, nihil plane ad varietatem, ut Gnatho ap. Terent. *in eunuch. act.* 2. *scen.* 2. Etiam praeceptores adversus istos farinae homines, de discipulis corruptis agere posse, nullum dubium: in-

cum ex 12. *x. de haeret.* Sed non posse, nisi processu eorum consistorio instituto, et sententia ibi lata, quod pluribus traditum a dn. D. Hopp. *disput. de suspensione ab offic. c.* 2. *n.* 43. *vol.* 4. *disput.* 3. cum et excessus ministrorum scholae a consistorio puniantur dn. Brunnem. *jus. eccles lib.* 2. *c.* 18. §. 61. vel mores provinciae aliud induxerint. vid. *not. ad jus. eccles. lib.* 2. *c.* 19. *ad* §. 8. At minus convenienter, benemeritos aetate ingravescente removere, arg. *c. quamvis triste* 7. *quaest.* 1. Sic dn. Spengler. refert. *in eth. exerc.* 11. *praecept.* 4. Adrianum scholae athenienses annua stipendia tribuisse et praeceptores aetate devexa, a docendi munere avocatos, honestissimis stipendiis aluisse *add. l.* 14. *c. de excus. mun.*

34 Cum vero varias ob causas quis ab officio removeri vel suspendi possit: vel ob inobedientiam *c. cum in magistrat.* 49. *x. de elect. et elect. potest. c. si quis presbyter.* 7. *quaest.* 1. vel ob negligentiam *l.* 8. 12. *ff. de cust. et exhib. rer. c. cum ad monasterium* 6. *x. de stat. monach.* vel ob inscitiam *dist.* 38. *n.* 3. quod et fecit Alphonsus rex Hispaniae et Castiliae, qui saepius ingressus scholas, atque si quem deprehendit minus commode et perspicue rudiores erudientem, scholam eum exire jussit, vid. *theat. hist.* Crist. Matth. *in vit. Alphons.* et Maximilianus I. imperator de indocto suo praeceptore conqueri solitus fuit: si hodie praeceptor meus viveret, quamquam multa praeceptoribus debeamus, efficerem, ut institutionis suae ipsum poeniteret: Christ. Matth. *in vita Maximilian.* et peritus artis quis sit quam profitetur *l.* 9. §. 5. *ff. locat.* in quo vero scit, vel scire debet, inscitiam suam aliis periculosam futuram, non debet id affectare *l.* 8. §. 1. *ff. ad l. aquil.* alias culpae annumeratur *l.* 132. *ff. de r. j.* vel ob utilitatem *l.* 5. *ff. de decret. l.* 2. *c. de profess. et med.* et ob alias causas praegnantes. Coronidis loco

35 quaeritur: an removendi praeceptores, si vinculum fraternitatis inter pocula cum discipulis junxerint? Cum vitam secundum dictamen conscientiae conformare, et non verbis duntaxat, sed et moribus juventutem docere debeant et exemplares se praebere; nam: *regula virtutum pulcherrima vita docentis. vid. ord. consist. march. tit. von Schulden* §. *zu dem sollen* et mores quos quis in se probat tenetur in alios probare *l.* 47. *ff. sol. mat.* et culpa frustra ab eo objiciatur, qui causam rei praebent, Barbos *lib.* 3. *c.* 53. *ax.* 4. omnino mos iste improbandus, ubi cum discipulis vino zythoque se ingurgitant, quandoque mero certant. Vitanda enim sunt, quae discipuli pedicitiae possunt insidiari, *arg. l. si disceptetur* 8. *ff. ubi pupil. educ. deb.* siquidem et sine magistro vitia discuntur. Robert. *rer. jud. lib. c.* 9. et

Docilis imitandis
Turpibus ac pravis omnes sumus, et Catilinam
Quocumque in populo videas, quocumque sub axe,

Uti Juvenalis *satyr.* 14. exhibet. Sic non tam imperio illis opus est, quam exemplo. Aut enim non docendum, aut moribus docendum; bene loqui et male vivere, quid aliud est, quam sua voce se condemnare; *dist.* 40. *c.* 14. Dn. Brunn. *jus eccl. lib.* 1. *c.* 5. §. 14. non enim alere aut obrietati deservire debent. *Dist.* 35. *c.* 1. *c. a. crapula* 14. *x. de vita et honest. cler.* alias communione priventur.

Quamvis infinita adhuc dicenda essent de jure prae- 36
ceptorum; cum vero quotidie adhuc nova emergant, malui tantum rem breviter exhibere, ne schediasma hoc in volumen aliquod excresceret, quam omnia persequi. Fortasse alio tempore, si Deus voluerit, ad reliqua hic omissa descendendi dabitur occasio. Caeterum praeceptores istos agnosco, qui, ubi scopum juris praeceptorum non ex asse teligerim, vel nimis angustus circa eorum jus fuerim, amorem praeceptoris mihi exhibent, et errata praeceptorum more monent. Caeteros, qui etiam contra stimulos praeceptorum calcitrant, et hoc quicquid laboris sit, traducunt: ne tanti aestimo.

Sit praeceptori gloria summa Deo.

DISPUTATIO DECIMA SEPTIMA

DE JURE MARITI IN BONIS UXORIS.

DIE XIII. NOVEMBR. ANNO MDCLXXXV.

PRO LICENTIA

JOHANNES BECKER, MINDA-WESTPHAL.

INGRESSUS.

Inter prisca Germanorum instituta suo loco recenset Tacitus; quod dotem non uxor marito, sed maritus uxori attulerit. Gemina his fuerunt Lycurgi sancita; ut virgines sine dote elocarentur; et id quidem ratione non contemnenda: ne vel ob inopiam aliquae manerent innuptae, vel propter opes expeterentur, sed quivis in mores puellae intuens, virtutem in delectu sequeretur. Quantum vero moderna aetas inde discesserit, experientia rerum magistra testis est; quippe in matrimoniis contrahendis prima plerumque cura est, quantam bonorum massam sponso allatura sit, quae petitur spon-

sa, quae bene nummata seligitur plerumque, et si modo amplissima dos adsit, nullum puellae vitium vitio vertitur; ut hinc si ullibi, certe hic obtineat vulgatum illud:

. . . . . *Quaerenda pecunia primum*
Virtus post nummos.

cum tamen plerumque usu eveniat, ut quo ditior sponsa, eo imperiosior; quippe hujus generis mariti pro dote illa, quam captant, libertatem plerumque venduut; imo dotibus deliniti, ultro etiam uxoribus ancillantur. Quapropter non raro contingit, ut qui omnes juventutis expensas ditissimae sponsae patrimonio se compensare posse existimant, nullius terruncii domini fiant, sed ex gratia uxorum unice vivant, et eo contenti esse compellantur, quantum rara foeminarum liberalitas marito ejusmodi quotidie indulget. Quod si liberaliorem se ex bonis uxoriis exhibere cupiat maritus, mox reluctantem sentiet uxorem, opponendo; sua esse bona, in quibus versatur maritus, et hinc sibi, non marito disponendi licentiam esse relictam. Quam ob causam non infrequens in judiciis controversia est, quid liceat marito in bonis uxoris, et quousque uxor contradicendo usum bonorum suorum subtrahere possit marito. Non inutile mihi visum hoc thema, quod post exantlata examina solita inauguralis disputationis loco exhiberem. Quo fine jura mariti in bonis uxoris, non dotalibus tantum, sed et paraphernalibus atque receptitiis discutienda suscepi, ubi tamen ea usus ubique brevitate, ne limites speciminis academici excederem. Quare si non omnia pleno deducta calamo, vel quaedam huc facientia a me neglecta, veniam mihi ab aequissimo lectore promitto. A Deo vero, ut suscepti laboris finem ex voto consequar, pia veneratione contendo.

Q. D. B. V.

CAPUT I.

De communione et diversitate bonorum conjugalium.

SUMMARIA

Ingressus. n. 1.
An jure civili sit inter conjuges societas? n. 2.
Negatur. n. 3.
Rationes dubitandi. n. 4.
De jure canon. n. 5.
Ratio decidendi. n. 6.
Licet conjugibus societatem jure civ. inire. n. 7.
Statuta societatem inter conjuges introducentia approbantur. n. 8.
Recensentur varia statuta. n. 9.
Quo effectu haec communio gaudeat? n. 10.
An statutis hisce derogatum jure civili? n. 11.
Bona uxoris quotuplicia? n. 12.
An detur eadem bonorum uxoris divisio in matrimonio putativo? n. 13.
Rationes dubitandi. n. 14.
Affirmatur. n. 15.
Respondetur ad contraria. n. 16.
Quid sint bona dotalia? n. 17.
An dos promissa veniat nomine dotis? n. 18.
Recensentur negantes. n. 19.
Affirmantes. n. 20.
Deducitur. n. 21.
Quid sint bona paraphernalia? n. 22.
Quid receptitia? n. 23.
An aliae dentur bonorum uxoris species? n. 24.
Quae bona sint uxoris propria dicenda? n. 25.
An vestes uxoris a marito data uxoris sint propriae? n. 26.
An in arbitrio uxoris referre bona sua vel ad dotalia vel receptitia? n. 27.
Affirmantium opinio. n. 28.
An maritus uxorem cogere possit ad dotem constituendam? n. 29.
Negatur. n. 30.
Limitatur. n. 31.
Pater tenetur dotem filiae constituere n. 32.
Etiam diviti. n. 33.
Quanta dos esse debeat? n. 34.
Utrum consultius sit foeminae bona sua marito in dotem dare, an nomine paraphernalium committere? n. 35.
An data bona in dotem potius quam paraphernorum nomine tradita praesumantur? n. 36.
Negatur. n. 37.
Limitatur in uxore secundo nubente. n. 38.
An constante matrimonio ab uxore quaesita sint mariti? n. 39
Quid in operis artificialibus? n. 40.
An omnia in domo marito mariti reperta ejus esse praesumantur contra uxorem? n. 41.
De donis nuptialibus. n. 42.
Utensilia bona quid sint? n. 43.
An eadem utensilia quae uxori debentur peti possint a cognatis? n. 44.
Affirmatur. n. 45.
Limitatur. n. 46.
Quae res nomine utensilium veniant? n. 47.
Dijudicatur ex possessione uxoris. n. 48.

§. 1. Exposituro mihi jura mariti in bonis uxoris competentia, operae pretium non videtur, circa termi- 1
nos haerere, quippe cum copia rerum, quae hic mihi se sistunt, divagationem non admittat. Potius materiae subsequentis fundamentum in antecessum tangendum et explicandum. Videlicet an inter conjuges bonorum com-

enim praeceptoribus, animum discipulorum non corrumpere, arg. *l.* 14. *pr. ff. de serv. corr.* quod etiam procedit, si falsis persuasionibus ad factum aliquod inducantur, vid. magn. dn. Praes. *disputat. de jure bland. c.* 6. *n.* 46. *seqq. vol.* 2. *disp.* 7. ubi ex Johan. Fabr.
11 *instit. ad* §. *induplum* 23. *de act.* additum: utinam bene luerent, qui juvenes (discipulos in scholis.) ad ille-
12 cebras alliciunt! Deinde et malorum consortia corrumpunt bonos: seducuntur enim haud raro optima ingenia a commilitonibus negligentibus et voluptuosis, qui omnem aemulationem excludunt, et sic bonos corrumpunt. *l.* 25. §. 6. *ff. de aedil. edict. c. saepe* 28. *qu.* 1. *c. recolentes* 3. *X. de stat. monach.*

13 Ex educatione resultat effectus juris praeceptorum: qui consistit in immunitate, quae ob σχολοτροφίαν conceditur *l.* 5. §. 2. *ff. de jur. immun. l.* 2. *in fin. c. de excus. artific.* add. dn. Eckolt. *ad ff. de jur. immun.* §. 2. *n.* 3. *et* §. 3. *n.* 4. quae immunitas etiam ad viduas eorum sese extendit quoniam non tantum illa est conjux, cujus maritus adhuc vivit, sed quae mortuo marito in viduitate constituta *l.* 3. *pr. c. de priv. scholar. lib.* 12. In viduitate enim dicitur, in priori matrimonio permanere: *l.* 4. *c. de bon. matern. et in nov.* 2. *c.* 20. §. 1. et tamdiu durat praecedens conjugium, quam-
14 diu viduitas. Num vero et illi qui primas literas pueros docent, immunes sint? Jure civ. non per *l.* 11. §. *fin. ff. de mun. et hon.* ubi d. Marc. Anton. rescripsit. Eos qui primis literis pueros inducunt, non habere vacationem: et *l.* 2. §. 8. *ff. de vac.* vacationem a civilibus
15 non habent. Verum non in totum esse excusandos a muneribus, in tantum tamen sublevandos, ne supra vires eis quid imponatur, imo si supra vires eis quid indicatur, ad praesides religionem pertinet *d. l.* 2. §. *fin.* vid. dn. Brunnem. *ad h. l.*

16 Immunes vero sunt, qui per studiorum sectam se utiles praebent a tutelae onere *l.* 8. §. 4. *ff. de vocat. mun.* et licet quis ad munus publicum cogi possit: attamen excusantur a tutelae onere grammatici, rhetores, §. 15. *j de excus. tut.* quorum olim erat determinatus numerus, *l.* 6. §. 2. *ff. de excus. tut. l. un. c. de stud. liber. urb. Rom.* velut qui hodie sub salario et functione certa, scholis praeficiuntur: Pomeresch. *ad d.* §. 15. *j. de excus. add. paraphrasis perpetua* illustr. dn. de Fuchs. *d.* §. aucta ab Andr. Mylio. j. u. d. Estenim utilitas publica, si his vacant negotiis praeceptores, et qui publice juvenibus prosunt excusantur a tutelis *l.* 6. §. 5. *ff. de excus.* nec minus armis quam studiis subvenitur reipubl. cum et miles nec volens, admittatur ad tutelae onus. §. 14. *instit. d. t.* ita et omnino excusandus scholae praeceptor, qui diligenter docet et juvenibus sedulo utilitatem praebet. Dn. Eckolt. *ad ff. de excus.* §. 1. Scheplitz. *promptuar. juris civilis tit.* 32. *de tutel.* §. 11. *n.* 3. Siquidem eorum officium, qui publice pueros et juvenes instruunt, alias sat laboriosum est, ut ita onerati magis onerari minime debeant. D. Mülleri *jurispr. element. dissertat.* 14. *th.* 4. *n.* 15. *lit. p.* Ostermann. *ad d.* §. 15. *inst. de excus. tut.*

17 Competit etiam scholarum magistris immunitas a potus et cibi collectis: habent enim in his aequale privilegium cum eccl. ministris. Carpz. *jurispr. eccles. lib.* 1. *d.* 139. 141. Dn. Brunn. *jur. eccl. lib.* 2. *c.* 5. §. 9. ibique notae. Dedekenn. *consil. eccl. vom Prediger-Amt sect.* 4. *n.* 10. *seq.* Ita et in Marchia ubi generalis Accisa recepta anno 1680. et anno 1684. revisa, ex singulari concessione serenissimi elect. scholarum magistri, ab onere Accisae plenariam exemptionem pro se et familia sua receperunt. Ita enim in speciali de- 18
claratione *revis. ord. Accis. n.* 3. *Nicht weniger: Und die Prediger, Schulbedienten von allen Imposten der zu ihrer Haushaltung benoetigten consumtibilen, ohne von fremden Wein und Bier, eximiret seyn: würde aber jemand aus Mittel der Geistlichen und Schulbedienten eine bürgerliche Nahrung treiben, oder Tischgaenger halten, muss er zwar von allen consumtibilibus die Accise entrichten, der Steuer-Commissarius aber soll einen jedweden nach proportion dessen, so er ungefehr bey seinem Amte alleine zum Behuff seiner Familie noethig gehaat haette, ein billigmaessiges am Gelde constituiren, und solches Quartaliter ex Cassa wieder zuruck bezahlen lassen.* Imo specialius quid in *praef. dict. revis. ord. Accis.* continetur, ita, ut certam pecuniae summam ad comparandum victum adhuc accipere debeant, per verba: *Besoldung. der Geistlichen, zu Abführung der Schul Collegen Kost Geld:* quamquam ex collectis extraordinariis ipsis porrigi debeat.

Num etiam a metatis sint immunes? Ubi considerandum: an cives facti, et jus civitatis acquisiverint, 19
et sese immiscuerint negotiis civilibus, annon? Priori casu non sunt immunes, quia sic renunciarunt favori, et juri pro ipsis introducto: quod quilibet facere potest, *l. si quis* 51. *c. de episc. et cler. l.* 29. *c. de pact.* Dn. Brunnem. *ad h. l. n.* 10. Nisi vel ex favore, quando ob maximum laborem, et minimum salarium negotiis civilibus sese immiscere cogantur; vel ex consuetudine immunes censeantur a metatis: ubi arbitrium boni viri spectandum. Posteriori casu plane sunt immunes, ne in studiorum suorum exercitio turbentur. *l.* 8. *c. de metat et epidemeticis l.* 18. §. *fin. ff. de muner. et honor. l.* 10. §. 2. *de vacat. et excusat.*

Effectus vero juris praeceptorum consistit et in eo, ut discipuli reverentiam exhibeant suis praeceptori- 20
bus: nec ultimo loco sunt habendi praeceptores in jure reverentiali. vid. *vol.* 2. *disp.* 2. *de jure reverentiali ejus effectibus generalib. c.* 2. *n.* 7. et scholares debent operas obsequiales suis praeceptoribus: imo naturali ipsis reverentia debetur d. Alberti *in compend. j. n.* 21
c. 3. §. 46. Surdus *de alimentis tit.* 1. *qu.* 53. *add. ord. consist. march. tit. von disciplin* §. *darnach* imo major honor et reverentia exhibenda praeceptori, quam 22
patri naturali et legitimo. Patrem enim naturalem in jure reprehendit filius *in l.* 3. §. 6. *et* 7. *ff. de condict. caus. dat. caus. non sec.* ut et in sacris Jonathan parentem reprehendit 1. *Reg.* 14. §. 29. Discipulus tamen sententiam sui praeceptoris debet excusare, *l. qualem.* 19. §. *unde videndum* 2. *ff. de recept. qui arbitr.* et Seneca *lib.* 6. *benef. c.* 14. ingratus essem, *inquit,* nisi inter gratissimas necessitudines diligerem praeceptorem. Hinc non debet esse affectata reveren- 23
tia discipulorum, sed maxime consistere debet in effectu; qualia exempla passim in historiis occurrunt: ut, Antonini philosophi imperatoris, Theodosii magni, et quam plurima alia. Sic discipuli, si coram praeceptore consulto, et data opera, non detrahunt pileum, faciunt contra jus reverentiale, et sic incurrunt poenas reprehensionis et animadversionis dignas. Item si singulari numero germanica lingua compellant praece-

plorem, cum in ludibrium et contemptum ejus id fieri videatur et sic injuriam eis inferunt discipuli, per ea
24 quae tradit Eckold. *ad ff. tit. de injur.* §. 5. Sed qua poena hoc casu sint afficiendi, nihil equidem in jure dispositum, nisi, quod §. 9. *inst. de injur.* aliter senatoris et parentis patronique, aliter extranei et humilis personae injuria aestimetur, sic merito arbitrio judicis relinquitur: tunc enim arbitraria poena locum sibi vindicat, quando a lege nulla est definita, *arg. l.* 1. §. *fin. ff. de jur. del. l.* 6. *c. de s. s. eccl.*

Cum igitur persona praeceptoris discipulo semper sancta et honesta esse debeat, Scheidew. *instit. de act.* §. 2. *poenales* 12. *n.* 46. Ahasverus Fritsch. *scholar. pecc. c.* 153. quod pietatis ratio, uti loquitur Jctus
25 Ulpianus *in l.* 1. *pr. ff. de obsequ. patr.* suadet. Surdus *de alim. tit.* 1. *qu.* 53. *n.* 4. An discipulus sine venia in jus vocare possit praeceptorem suum? quaeritur: affirmativam intelligendam esse volunt de verbali, negativam vero de reali. vid. *d. vol.* 2. *disp.* 3. *de jure reverentiali ejusque effectibus specialibus m.* 3. *n.* 38. Sed non facile est audiendus scholaris. Mev. *p.* 6. *dec.* 222. *add. l. Iniqu.* 17. *c. de his qui accus. non poss.* ibique Gothofred. *lit. h.* Nec quisquam hodie sine venia et praecepto magistratus in jus vocandus, *l. ult. c. de exhib. reor.* add. Giphan. *ad instit. disp.* 38. *n.* 39. sed omnino verba in factum temperanda, quod generale contra omnes illos, quibus reverentiam debemus, *l.* 4. *c. de obsequ. patr. praest.*
26 Dn. Brunn. *ad h. l.* Num vero praeceptor sit in jus vocandus ob alapam, non observatis probe circumstantiis, discipulo inflictam? Esto, praeceptor impegit alapam Sempronii filio, adeo ut de capite filius quasi quaereretur: res defletur senatui: num senatus verbis castigare possit praeceptorem? esp minima non curat praetor: arg. *l.* 4. *ff. de in integr. rest. l.* 12. *ff. de impens. in rem dot. fact.* Sumus enim in statu imperfectionis, ubi non omnes in jus sunt vocandae imperfectiones, sed quaedam tolerandae in statu legali, quae in statu naturali non fuissent futurae, et raro convenit sententias interponere. Cic. ad Herenn. *tit.* 1. 54. *lit. e.* Nec movet, quod de capite filius conquestus sit, cum animo corrigendi et intuitu disciplinae praeceptor alapam impegisse praesumatur. *c. quando* 4. *dist.* 86. *c. si quis non iratus* 15. *quaest.* 1. *c. super.* 1. *c. ex tenore* 10. *c. cum voluntate* 54. §. *fin. X. de sent. ex comm.* Molin. *tr.* 3. *de j. et j. disp.* 56. *n.* 3. 8. nec tenetur injuriarum *l.* 15. §. 38. *ff.*
27 *de injur.* Gail. *lib.* 2. *obs.* 106. *n.* 6. Nec ulla famosa actione conveniri possunt praeceptores, qua de re pluribus, vid. dn. Rehfeldt cam. elect. brand. quae colon. ad Spre. est advoc. digniss. Amicus meus summe colendus *in diss. saepius cit. de jure reverentiali, ejusque effect. spec. m.* 4. *n.* 46. *seqq. et in vol.* 2. *disp.* 3. Sed actione l. aquiliae et civiliter potest conveniri *arg.* §. 1. *l.* 11. *ff. de accus.* Dn. Brunnemann. *ad l.* 17. *c. qui accus. non poss. l.* 5. §. *fin ff. ad l. aquil.* Trentl. *disp.* 18. *vol.* 1. *th.* 7. *lit. a.*
28 Nec praeceptores sunt confrontandi cum discipulis, est enim confrontatio odiosa, Oldenk. *obs. crim. tit.* 4. *obs.* 4. *n.* 1. ex qua laeditur auctoritas praeceptoris, quae potius integra restituenda et conservanda: vid. ea quae ex Havemanni *tr. de jure episc.* Magn. dn. praes. *in not. ad Brunnem. jus eccles. lib.* 1. *c.* 6. *m.* 12. *al.* § 14. exhibet, eruditi enim lex ca-

stigatores discipulos praeceptoribus statuere, alias naturae injuriarentur leges, *nov.* 22. *c.* 27. *c. quando* 4. *dist.* 86. imo nec testes esse possunt discipuli con- 29
tra praeceptores, quibusdam enim ob reverentiam testimonium dicere non licet, *l.* 3. §. *pen. ff. de testib. arg. l.* 12. *c. de test.* ita nec juramentum calumniae praeceptoribus a discipulis deferri potest. *arg. l.* 34. §. 4. *ff. de jure jur.* cum et his reverentia debeatur, et sancta sit discipulo persona praeceptoris.

Num et discipuli scholastici in scholis contra prae- 30
ceptores consuetudinem inducere possint? Quamquam consuetudo in jure parem vim cum lege habeat, §. *sine scripto* 9. *instit. de j. n. g. et c. l.* 23. *ff. de ll. l.* 3. *c. quae sit long. consuet. c. consuetudo dist.* 1. et culpa careat, qui id facit, quod diu consuetum est communiter fieri. Attamen consuetudo non debet esse bonis moribus contraria: *c. fin. X. de consu. l.* 2. *c. d. t.* quae tunc irrationabilis fit, quando id, quod ex liberalitate et dono per aliquot annos praeceptores scholarum in discipulos conferunt, (quos potius decet, praeceptores pietate et gratitudine prosequi; exemplo *l. Aquil. Regulus* 21. *ff. de donat. l.* 2. §. *fin. de o. j.*) vel ad excitandos bonos mores, vel ad ostendendum amorem in discipulos, cum et praemiis et poenis conservetur respubl. etiam scholastica, Cicer. *epist.* 15. *ad Brut.* vi consuetudinis et legis expostulare velint discipuli, cum nemini suum officium damnosum esse debeat, *arg. l.* 3. *ff. pro donat. l.* 8. *ff. de re jud.* ita nec praeceptori: et sic nec hoc casu jure consuetudinem allegare possunt discipuli contra praeceptores.

De remotione et suspensione ab officio praecepto- 31
rum cum et pars effectus juris sit, ne statim ob levem causam et temere removeantur ab officio, quaedam adjicienda. Legitima enim causa si deficit, in officio suo 32
defendendi, vid. *not. ad Brunnem. jus eccles. lib.* 2. *c.* 19. *ad n.* 8. *ibique responsum ampliss. facult. jurid.* Et nuperrime adhuc ita rescriptum: *Im consistorio ist verordnet, dass Supplicanten ihre wieder N. angebrachte Klage beweisen, und unterdessen Ihn N. in seinem Ambte lassen, und seine Besoldung und Accidentia voellig geben sollen, derselben Verordnung müssen Supplicanten nachlebem. Wollen sie aber ohne N. Nachtheil und seiner Besoldung und Accidentien ohne Schaden einen achten Collegen beruffen, das stehet ihnen frey.* Imo absque culpa nemo suspendendus ab officio, Carpzov. *jurisprud. eccles. lib.* 3. *th.* 115. De his vero quaestio non instituenda, an possint? cum quilibet qui clerici nomine venit, etiamsi in ordinibus minoribus constitutus sit, suspendi ab officio possit, ita tamen, ut et gradus admonitionis praecedere debeant, quod et obtinet in ecclesiae ministris Carpz. *jurisprud. eccles. lib.* 3. *d.* 112. Scholae etiam magistri his aequiparantur, et clericorum nomine veniunt, quod jam tum *c.* 1. *ostensum.* vid. Carpz. *jurispr. eccl. lib.* 1. *d.* 75.

Sic magister scholarum, qui episcopo excessus impu- 33
taverat, tamdiu suspendendus erat, donec canonice suam purgaverat innocentiam, se non animo calumniandi fecisse *c. cum dilect.* 2. *X. de calum.* Sed an magistratus, cui subordinata cura concessa, propria auctoritate possit? et videtur ratio subesse: cui enim institutio concessa, illi etiam destitutio jure meritoque competere debet *l.* 3. *c. de offic. rect. prov. nov.* 15. *c.* 1. *fin. c.*

cum ea 12. *x. de haeret.* Sed non posse, nisi processu coram consistorio instituto, et sententia ibi lata, quod pluribus traditum a Dn. D. Hopp. *disput. de suspensione ab offic. c.* 2. *n* 43. *vol.* 4. *disput.* 3. cum et excessus ministrorum scholae a consistorio puniantur Dn. Brunnem. *jus. eccles lib.* 2. *c.* 18. §. 61. vel mores provinciae aliud induxerint. vid. *not. ad jus. eccles. lib.* 2. *c.* 19. *ad* §. 8. At minus conveniens, benemeritos aetate ingravescente removere, arg. *c. quamvis triste* 7. *quaest.* 1. Sic dn. Spengler. refert. *in eth. exerc.* 11. *praecept.* 4. Adrianum scholae athenienses annua stipendia tribuisse et praeceptores aetate devexa, a docendi munere vocatos, honestissimis stipendiis aluisse *add. l.* 14. *c. de excus. mun.*

34 Cum vero variis ob causas quis ab officio removeri vel suspendi possit: vel ob inobedientiam *c. cum in magistrat.* 49. *x. de elect. et elect. potest. c. si quis presbyter.* 7. *quaest.* 1. vel ob negligentiam *l.* 8. 12. *ff. de cust. et exhib. rer. o. cum ad monasterium* 6. *x. de stat. monach.* vel ob inscitiam *dist.* 38. *n.* 3. quod et fecit Alphonsus rex Hispaniae et Castiliae, qui saepius ingressus scholas, atque si quem deprehendit minus commode et perspicue rudiores erudientem, scholam eum exire jussit, vid. *theat. hist.* Crist. Matth. *in vit. Alphons.* et Maximilianus I. imperator de indocto suo praeceptore conqueri solitus fuit: si hodie praeceptor meus viveret, quamquam multa praeceptoribus debeamus, efficerem, ut institutionis suae ipsum poeniteret: Christ. Matth. *in vita Maximilian.* et peritus artis quis sit quam profitetur *l.* 9. §. 5. *ff. locat.* in quo vero scit, vel scire debet, inscitiam suam aliis periculosam futuram, non debet id affectare *l.* 8. §. 1. *ff. ad l. aquil.* alias culpae annumeratur *l.* 132. *ff. de r. j.* vel ob utilitatem *l.* 5. *ff. de decret. l.* 2. *c. de profess. et med.* et ob alias causas praegnantes. Coronidis loco

35 quaeritur: an removendi praeceptores, si vinculum fraternitatis inter pocula cum discipulis junxerint? Cum vitam secundum dictamen conscientiae conformare, et non verbis duntaxat, sed et moribus juventutem docere debeant et exemplares se praebere; nam: *regula virtutum pulcherrima vita docentis. vid. ord. consist. march. tit. von Schulden* §. *zu dem sollen* et mores quos quis in se probat tenetur in alios probare *l.* 47. *ff. sol. mat.* et culpa frustra ab eo objiciatur, qui causam rei praebent, Barbos *lib.* 3. *c.* 53. *nr.* 4. omnino mos iste improbandus, ubi cum discipulis vino zythoque se ingurgitant, quandoque mero certant. Vitanda enim sunt, quae discipuli pedicitiae possunt insidiari, *arg. l. si discipetur* 5. *ff. ubi pupil. educ. deb.* siquidem et sine magistro vitia discuntur. Robert. *rer. jud. lib. c.* 9. et

Dociles imitandis
Turpibus ac pravis omnes sumus, et Catilinam
Quocunque in populo videas, quocunque sub axe,

Uti Juvenalis *satyr.* 14. exhibet. Sic non tam imperio illis opus est, quam exemplo. Aut enim non docendum, aut moribus docendum; bene loqui et male vivere, quid aliud est, quam sua voce se condemnare; *dist.* 40. *c.* 14. Dn. Brunn. *jus eccl. lib.* 1. *c.* 5. §. 14. non enim alere aut ebrietati deservire debent. *Dist.* 35. *c.* 1. *c. a. crapula* 14. *x. de vita et honest. cler.* alias communione priventur.

Quamvis infinita adhuc dicenda essent de jure prae- 36
ceptorum; cum vero quotidie adhuc nova emergant, malui tantum rem breviter exhibere, ne schediasma hoc in volumen aliquod excresceret, quam omnia persequi. Fortasse alio tempore, si Deus voluerit, ad reliqua hic omissa descendendi dabitur occasio. Caeterum praeceptores istos agnosco, qui, ubi scopum juris praeceptorum non ex asse tetigerim, vel nimis angustus circa eorum jus fuerim, amorem praeceptoris mihi exhibent, et errata praeceptorum more monent. Caeteros, qui etiam contra stimulos praeceptorum calcitrant, et hoc quicquid laboris sit, traducunt: ne tanti aestimo.

Sit praeceptori gloria summa Deo.

DISPUTATIO DECIMA SEPTIMA

DE JURE MARITI IN BONIS UXORIS.

DIE XIII. NOVEMBR. ANNO MDCLXXXV.

PRO LICENTIA

JOHANNES BECKER, MINDA-WESTPHAL.

INGRESSUS.

Inter prisca Germanorum instituta suo loco recenset Tacitus; quod dotem non uxor marito, sed maritus uxori attulerit. Gemina his fuerunt Lycurgi sancita; ut virgines sine dote elocarentur; et id quidem ratione non contemnenda: ne vel ob inopiam aliquae manerent innuptae, vel propter opes expeterentur, sed quivis in mores puellae intuens, virtutem in delectu sequeretur. Quantum vero moderna aetas inde discesserit, experientia rerum magistra testis est; quippe in matrimoniis contrahendis prima plerumque cura est, quantam bonorum massam sponso allatura sit, quae petitur spon-

ss, quae bene nummata seligitur plerumque, et si modo amplissima dos adsit, nullum puellae vitium vitio vertitur; ut hinc si ullibi, certe hic obtineat vulgatum illud:

. . . . . *Quaerenda pecunia primum*
Virtus post nummos.

cum tamen plerumque usu eveniat, ut quo ditior sponsa, eo imperiosior; quippe hujus generis mariti pro dote illa, quam captant, libertatem plerumque venduut; imo dotibus deliniti, ultro etiam uxoribus ancillantur. Quapropter non raro contingit, ut qui omnes juventutis expensas ditissimae sponsae patrimonio se compensare posse existimant, nullius terruncii domini fiant, sed ex gratia uxorum unice vivant, et eo contenti esse compellantur, quantum rara foeminarum liberalitas marito ejusmodi quotidie indulget. Quod si liberaliorem se ex bonis uxoriis exhibere cupiat maritus, mox reluctantem sentiet uxorem, opponendo; sua esse bona, in quibus versatur maritus, et hinc sibi, non marito disponendi licentiam esse relictam. Quam ob causam non infrequens in judiciis controversia est, quid liceat marito in bonis uxoris, et quousque uxor contradicendo usum bonorum suorum subtrahere possit marito. Non inutile mihi visum hoc thema, quod post exantlata examina solita inauguralis disputationis loco exhiberem. Quo fine jura mariti in bonis uxoris, non dotalibus tantum, sed et paraphernalibus atque receptitiis discutienda suscepi, ubi tamen ea usus ubique brevitate, ne limites speciminis academici excederem. Quare si non omnia pleno deducta calamo, vel quaedam huc facientia a me neglecta, veniam mihi ab aequissimo lectore promitto. A Deo vero, ut suscepti laboris finem ex voto consequar, pia veneratione contendo.

Q. D. B. V.

CAPUT I.

De communione et diversitate bonorum conjugalium.

SUMMARIA

Ingressus. n. 1.
An jure civili sit inter conjuges societas? n. 2.
Negatur. n. 3.
Rationes dubitandi. n. 4.
De jure canon. n. 5.
Ratio decidendi. n. 6.
Licet conjugibus societatem jure civ. inire. n. 7.
Statuta societatem inter conjuges introducentia approbantur. n. 8.
Recensentur varia statuta. n. 9.
Quo effectu haec communio gaudeat? n. 10.
An statutis hisce derogatum jure civili? n. 11.
Bona uxoris quotuplicia? n. 12.
An detur eadem bonorum uxoris divisio in matrimonio putativo? n. 13.
Rationes dubitandi. n. 14.
Affirmatur. n. 15.
Respondetur ad contraria. n. 16.
Quid sint bona dotalia? n. 17.
An dos promissa veniat nomine dotis? n. 18.
Recensentur negantes. n. 19.
Affirmantes. n. 20.
Deducitur. n. 21.
Quid sint bona paraphernalia? n. 22.
Quid receptitia? n. 23.
An aliae dentur bonorum uxoris species? n. 24.
Quae bona sint uxoris propria dicenda? n. 25.
An vestes uxoris a marito data uxoris sint propriae? n. 26.
An in arbitrio uxoris referre bona sua vel ad dotalia vel receptitia? n. 27.
Affirmantium opinio. n. 28.
An maritus uxorem cogere possit ad dotem constituendam? n. 29.
Negatur. n. 30.
Limitatur. n. 31.
Pater tenetur dotem filiae constituere n. 32.
Etiam diviti. n. 33.
Quanta dos esse debeat? n 34.
Utrum consultius sit foeminae bona sua marito in dotem dare, an nomine paraphernalium committere? n. 35.
An data bona in dotem potius quam paraphernorum nomine tradita praesumantur? n. 36.
Negatur. n. 37.
Limitatur in uxore secundo nubente. n. 38.
An constante matrimonio ab uxore quaesita sint mariti? n. 39
Quid in operis artificialibus? n. 40.
An omnia in domo marito mariti reperta ejus esse praesumantur contra uxorem? n. 41.
De donis nuptialibus. n. 42.
Utensilia bona quid sint? n. 43.
An eadem utensilia quae uxori debentur peti possint a cognatis? n. 44.
Affirmatur. n. 45.
Limitatur. n. 46.
Quae res nomine utensilium veniant? n. 47.
Dijudicatur ex possessione uxoris. n. 48.

§. 1. Expositurо mihi jura mariti in bonis uxoris competentia, operae pretium non videtur, circa termi- 1
nos haerere, quippe cum copia rerum, quae hic mihi se sistunt, divagationem non admittat. Potius materiae subsequentis fundamentum in antecessum tangendum et explicandum. Videlicet an inter conjuges bonorum com-

munio vel societas propria adsit? Quam quaestionem multarum aliarum quaestionum caput fundamentum et judicem appellat Mev. *ad jus lubecens. lib.* 1. *tit.* 5. *art.* 5. *n.* 1. Circa hanc itaque liceat indagare, primum, quid jure communi obtineat; postea quid consuetudinis hinc inde sit receptae.

§. 2. Civili jure talem societatem ipsum matrimonii vinculum non producere arg. *l. si ego* 9. §. 3. *ff. de jur. dot.* receptissima dd. opinio est, juxta Mantic. *de tacit. et ambig. convention. lib.* 2. *tit.* 6. *n.* 4. Gars. *de acqu. conjug. n.* 31. Bugnyon. *de legib. abrog. lib.* 6. *cent.* 16. Gudelin. *de jure nov. lib.* 1. *cap* 7. §. *attamen.* Dn. Johann. Schilter. *prax. fori Rom. exercit.* 36. §. 97. Andr. Kohl. *de pact. dotal. ad constit. march. qu.* 2.

§. 3. Negari quidem non potest, quod olim apud romanos ex lege Romuli antiquissima societas fuerit inter conjuges introducta, non modo quoad sacra et humana jura, sed et quoad bona. vid. Dionys. Halicarn. *histor. rom. lib.* 2. indeque uxor in aedes mariti introducta, dicebat marito: *ubi tu es Cajus, ego Caja*, id est, ubi tu dominus, ibi ego domina, Hillig. *in Donell. lib.* 13. *c.* 13. *lit. h.* et remansit deinceps quoque mos iste, uxorem appellandi dominam. *l.* 41. *pr. ff. de legat.* 3. imo dominam sanctissimam. *l.* 19. §. 1. *ff. de legat. ann.* Praeterea definitum fuit antiquioribus jconsultis matrimonium divini atque humani juris communicatio, omnis vitae consortium *l.* 1. *ff. de rit. nupt.* Vocatur uxor socia rei *humanae et divinae domus l.* 4. *c. de crim. expil. haered.* ex societate vitae domina quodammodo rerum mariti *l.* 1. *ff. rer. amot.* dicuntur conjuges participes omnis fortunae *l.* 22. §. 8. *ff. solut. matrim.* quibus nominibus inductus videtur Boër. *ad consuetud. Biturig. tit. de consuet. matrim.* §. 2. ut diceret: ex matrimonio contracto praesumi etiam jure civili bonorum societatem tacite initam.

Quam sententiam ex jure canonico magis confirmare nituntur *per cap.* 2. *X. de donat. int. vir. uxor. cap. pen. X. de consuet. can. cum societas.* 27. *quaest.* 2. Nic. Everhard. *vol.* 2. *consil.* 53. 65. Gloss. *in d. can. cum societas.* Gamma. *dec.* 314. *n.* 4.

§. 4. Verum neutro jure probari hoc posse praeter dictos defendunt Covarruv. *de matrim. p.* 2. *c.* 7. §. 1. *n.* 5. 6. Barbos. *ad d. cap.* 2. *n.* 3. *et seq.* Vinn. *ad institut.* §. 1. *de patr. potest.* non solum quoad bona ante matrimonium, sed et eo constante quaesita ob *d. l. si ego* 9. §. 3. *ff. de jur. dot. l. Mutius* 51. *ff. de donat. int. vir. et uxor. l.* 1. §. 15. *ff. ad sct. silan. l.* 8. *c. de pact. convent.* Petr. Barbos. *ad tit. ff. de solut. matrim. p.* 4. *legis* 1. *n.* 100. *et p.* 1. *d. l* 1. *n.* 33. Peck. *de testam. conjug. lib.* 2. *cap.* 1. *pr.* Si enim uxor bona, vel sibi, vel marito acquirit, nec maritus unquam uxori acquirere censetur, non potest dici, aliqua inter eos esse bonorum societas; quae etiam exinde destruitur, quod nec uxor pro marito, nec maritus pro uxore debita exsolvere teneatur *t. t. c. ne uxor pro marit.* cum tamen socius ad aes alienum societatis teneatur *l.* 82. *ff. pro socio.* Porro solvi potest societas semel inita altera parte invita *lib.* 4. §. 1. *ff. pro socio.* At quis diceret, uxorem bona illa, quae semel transtulit in maritum, pro lubitu revocare posse, arg. *l.* 29. *c. de jur. dot.* Nihil obest, quod uxor domina vocetur, nam de honore mariti participat *l.* 8. *ff. de senatoribus.* et quamvis marito parere debeat, in familiam tamen illi cum marito imperium divisum Hilliger. *in donell. d. l.* At quo fine socii dicuntur? Respondet Bugnyon *d. l.* respecto animarum et corporum, imo etiam ratione usus bonorum, b. dn. Brunnem. *de jure eccles. lib.* 2. *c.* 16. §. 1.

§. 5. Illud facile largior, quod liceat conjugibus societatem inire *l.* 17. §. 1. *ff. solut. matrimon.* etiam omnium bonorum, *l.* 16. §. *fin. ff. de alim. legat.* dn. Brunnemann. *d. jur. eccles. d. l.* Bugnyon. *d. tr.* Francisc. Marci *in decis. qu.* 508. *n.* 3. Hector Felic. *de societat. cap.* 3. *n.* 5. Harppr. *ad pr. i. de societat. n.* 36. Petr. Gregor. *syntagm. jur. lib.* 27. *cap.* 4. *n.* 7. Verum inde non statim eliciendum, quod contracto matrimonio contracta quoque sit rerum societas; quam ne tunc quidem volunt contractam, licet mercatoris uxor in taberna mercaturae operam dederit, *Wenn sie in dem Kramladen sitzet und mit verkaufft*, Mevius *ad jus. lubecens. lib.* 3. *tit.* 6. *art.* 21. *num.* 41. Chopin. *d. morib. paris. lib.* 2. *tit.* 2. *n.* 9.

§. 6. Hoc nihilominus inde jure optime deduci potest, quod minus reprehendenda sint statuta variorum locorum, quae societatem illam bonorum inter conjuges ex contracto praesumunt matrimonio. Consulunt enim illa animorum conjunctioni, quae constantior est, cum omnia communicantur, Cothmann. *vol.* 2. *consil.* 74. *n.* 40. *seqq.* Promovent amorem et industriam conjugalem, dum communia communi studio curant, ex spe communis lucri. Praepediunt litigia, quae ex discrimine mei et tui inter conjuges frequentia oriuntur. Valasch. *consult.* 103. Et tandem mercimoniis plurimum proficiunt. Prout horum statutorum laudes cumulat excellentissimus jconsultus, dn. Crusius, *p. m. ad jus statut. Mindens. lib.* 1. *tit.* 13. *decis.* 3. Mev. *ad jus lubec. l.* 1. *art.* 5. *tit.* 5. *n.* 9. *et seq.* add. Gail. *lib.* 2. *obs.* 90. *n.* 1. Mynsing. *cent.* 1. *obs.* 29. Coler. *de process. execut. p.* 1. *cap.* 3. *n.* 36. Mev. *part.* 3. *decis.* 123.

§. 7. Et sic hujus generis conjugales societates moribus fere totius Europae receptae, diversis tamen terminis. Nam in Belgio apud Antwerpienses, praeter acquisita constante matrimonio communicantur quoque mobilia, actiones, domus, ac fundi in urbe urbisque ambitu siti; sive ab uxore sive a marito conferantur. Constit. Antwerpiens. *lib.* 41. *art.* 67. *et* 68. Bruxellis communia sunt immobilia acquisita, mobilia vero superstiti soli cum usufructu omnium bonorum immobilium debentur, *constit. Bruxell. art.* 237. *et art.* 242. Lovanii immobilia constante matrimonio acquisita, et omnia mobilia communicantur, constit. Lovan. *cap.* 12. *art.* 3. *et* 7. quod et obtinet Mechliniae *constitut. Mechlin. tit.* 16. *art.* 22. *tit.* 9. *art.* 11. *Gandavi rubr.* 20. *art.* 30. add. Zypaeus *in not. jur. Belgic. tit. de jure dotium.* Paul. Christin. *vol.* 1. *dec.* 216. Porro in Hollandia omnium bonorum inter conjuges communio est, tam mobilium, quam immobilium, tam praesentium quam futurorum, actionum, nominum, fructuum denique omnium, Hug. Gael. *de antiqu. reipubl. Batav. cap.* 2. et introduct. *lib.* 2. *p.* 11. *d.* 3. *p.* 21. Simon *voe Leven cens. forens. lib.* 4. *cap.* 23. *n.* 8. qualem societatem universorum bonorum etiam agnoscunt mores Sleswicensium, Cypr. *d. sponsal. cap.* 5. §. 14. *n.* 4. In Hispania constante matrimonio acquisita utriusque conjugum sunt communia, eoque solito aequaliter

dividuntur Gomes. *ad l. tauri.* 50. *et seqq.* Sic et in Gallia generali fere consuetudine communia sunt mobilia omnia et immobilia, durante matrimonio acquisita, Buguyon. *d. tr. lib.* 6. *cap.* 16. *in fin.* Frisiorum prisca consuetudo est, ut augmentum fortunarum et detrimentum commune sit uxori cum marito, Sande *lib* 2. *tit.* 5. *defin.* 1. *seqq.* add. Wissenbach. *p.* 1. *disp.* 44. *th.* 22. De communione conjugum lubecensi testatur, eamque explicat Mev. *ad jus lubec. d. l.* 1. *art.* 5. *tit.* 5. *n.* 15. *seq.* de Stettinensi Wibel. *d. contract. mulier. cap.* 5. *n.* 106. Hamburgensi vid. *Hamburgisches Stadt-Recht. p.* 2. *tit.* 11. §. 13. *et seq.* de patrine meae dulcissimae mindensis communione liquido satis testatur *Mindisches Stadt-Recht lib.* 1. *cap.* 13. *art.* 6. ibique consummatissimus Jctus dn. Jac. Andr. Crusius *decis.* 3. Qualis communio sit in Marchia Brandenburgensi, proponit Scheplitz. *ad consuetud. march. p.* 3. *tit.* 2. §. 1. *n.* 2. et explicat Pruckmann. *vol.* 2. *consil.* 1. *n.* 374. *seqq.* dn. Brunnemann. *consil.* 48. *n.* 13. Et tandem an in Saxonia aliqualis vigeat, exhibent Wesenbec. *in paratit. ff. de jur. dot. n.* 11. Coler. *de process. execut. p.* 1. *cap.* 2. Heig. *part.* 1. *quaest.* 30. *n.* 1. *et seqq.*

10 §. 8. Caeterum hic praetereundum non est, quo effectu haec communio gaudeat? Videlicet, quoties ex statuto communio bonorum inter conjuges introducta, toties etiam maritus pro uxore tenetur, Mev. *p.* 3. *decis.* 138. Gail. *lib.* 2. *observ.* 90. quia omne aes alienum in societate contractum, ex communibus societatis bonis est solvendum *l. omne aes.* 27. *ff. pro socio. cap.* 10. *l.* 73. *ff. eod.* Hector Felic. *de societat. cap.* 26. *n.* 18. Quod eo magis obtinet, quoties communem negotiationem exercent conjuges, ubi uxor ita tenetur pro marito, ut nec privilegio dotis gaudeat Carpzov. *part.* 1. *const.* 18. *def.* 183. *n.* 9. dn. Brunnemann. *ad l.* 4. *c. d. institut. exerc. act.* idque durat etiam post mortem unius conjugis, quamdiu alter adhuc bona pro indiviso possidet, Didac. Covarruv. *lib.* 3. *resolut. cap.* 19. *n.* 5. Petr. Barbos. *ad l.* 1. *part.* 4. *n.* 91. *solut. matrim.* dum enim lucrum captat uxor ex quaestu mariti, onera ratione illius quaestus contracta repudiare non debet, *l.* 10. *ff. d. r. j.* siquidem lucrum in societate non intelligitur, nisi aere alieno deducto et damno compensato §. 2. *i. de societat. l. Mutius* 30. *ff. pro socio.*

11 §. 9. Tandem annectere liceat, an per tot Germanorum, imo Europaeorum statuta juri civili contraria, plane abolitum censeatur jus romanum, ita ut in puncto bonorum conjugalium nullo amplius polleat vigore? Videtur hoc affirmare velle Gronewegen *de ll. abrogat. ad* §. 3. *jur. d. don.* Gudelin. *de jure noviss. lib.* 1. *cap.* 7. §. *fin.* Verum jejuna admodum est horum collectio, ita argumentantium; quicquid juris justinianei in Belgio est abrogatum, abrogatum etiam censetur ubivis locorum. Sane nunquam statuta tanti sunt roboris, ut statuentium territorium excedere valeant. Derogant eadem omnino juri civili in loco ubi condita, ubicumque autem locorum Germaniae statuta talia non conspiciuntur, ibi semper est pro observantia juris communis ejusque dispositione praesumptio, magnific. dn. Praeses *de usu moderno ff. in discurs. praelim.* §. 27. *et* 31. et juxta illud jam firma hic supponitur conclusio. Quod quoties nec statuto, nec pactis dotalibus societas bonorum probari potest, toties ex sola matrimonii celebratione non colligatur.

§. 10. Quibus suppositis, ad bona uxoris propria, 12
eorumque varietatem descendimus, rediguntur illa dd. ad classem triplicem, ut sint vel dotalia, vel paraphernalia, vel receptitia, quibus epithetis insigniuntur contracto scilicet matrimonio, ante enim, quantascumque etiam mulier habeat divitias, hoc discrimine non gaudent. Inde licet dos virgini pure sit promissa, non tamen habet exactionem, nisi nuptiis demum secutis *l.* 10. §. 4. *ff. de jur. dot. l.* 68. *pr. ff. eod. l.* 74. *l.* 2. §. *fin. ff. de privileg. cred.*

§. 11. An etiam matrimonium putativum eamdem 13
inducit bonorum uxoriorum sortem? Alias plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione, §. 11. *jur. de legat.* et nuptiae contra legum praescripta contractae nullae dicuntur, ita ut nec dos nec donatio, nec vir, nec uxor intelligatur, §. 12. *jur. de nupt.* et pactum super dote interpositum perinde habeatur, ac 14
si interpositum non esset. *lib.* 1. *c. de condict. ob caus. add. lib.* 17. *pr. ff. de act. rer. amot.* Inde fit ut Petr. Barbos. *ad l. si cum dotem.* 23. §. *fin. solut. matrimon. n.* 14. *et* 18. concludat: quicquid cautum in matrimonio vero, locum habet in matrimonio putativo in favorem mulieris, *l.* 3. *c. solut. matrim. l.* 22. §. *fin. ff. eod. d. l.* 2. §. *fin. ff. de privileg. cred.* non autem in favorem mariti, add. Arias de Mesa, *variar. resolut. lib.* 3. *cap.* 22. *n.* 8. *et* 9. quibus suffragari videtur *l. a divo Pio* 58. *ff. d. r. n.*

§. 12. Sed non decet adeo enervare mariti jura, 15
eumque infra foeminam dejicere, nisi hoc expressa lege cautum, et discrimen aliquod eadem inter conjuges sit constitutum, in dubio enim jura eorum potius paria esse debent, ut ubicumque jura uxoris putativae illibata manent, ibi etiam conserventur illaesa jura putativi mariti arg. *auth. aequalitas c. de pact. convent.* dummodo error utrinque intervenerit justus, non affectatus, et maritus errore acerrimo inductus contra statuta matrimonium inierit *l. qui contra* 4. *cap. de incest. nupt.* Quoniam bona fides tantumdem possidenti praestat quod ~~veritas lib.~~ 136. *ff. de r. j.* Et multum interest, an nuptiae inter scientes contractae an inter errantes; illum casum supponunt §. 12. *institut. de nupt. l.* 52. *ff. eod. l.* 1. *c. de cond. ob caus.* neque dissentientium stabilit sententiam *l.* 58. *ff. de r. n.* Quoniam tantum disponit de casu, quando 16
solutum est matrimonium, et quaestio occurrit, an retinere possit dotem maritus, eamque lucrari; ubi r. negando: quia jam error detectus dotem reducit ad non causam, per *lib.* 4. *c. de incest. nupt.* fructus tamen perceptos constante opinione matrimonii non restituet. Phan. de Phanuc. *de lucro dot. Gloss.* 3. *n.* 19.

§. 13. Bona ergo dotalia sunt res quaevis datae ma- 17
rito propter nuptias ad ferenda onera matrimonii, Donell. Enucleat. *lib.* 14. *cap.* 4. Dicuntur etiam dos *t. t. ff. solut. matrimon.* German. *Brautschatz, Mitgifft, Heyratlis-Gut, Ehe-Steur, Ehe-Geld.* Disputant, 18
an dos promissa etiam dotis nomine veniat. Negat, Lauterbach. *ad ff. tit. de jur. dot. pr.* Anthon. Gvibert. Costa *de dotib. cap.* 2. *n.* 13. Alciat. *ad rubr. ff. solut. matrim. n.* 36. Petr. Barbos. *ad. d. rub* 4. *n.* 2. qui res dotales non dicuntur, antequam traditae *lib.* 15. §. 3. *ff. qui satisd. cog. l.* 13. §.

19 *de fundam. dotal. l. 3. in fin. ff. solut. matrimon.* Et dos matrimonii oneribus servire debet; at quomodo servit, si nondum tradita.

20 §. 14. Hisce contradicunt et dotem promissam proprie dotem esse defendunt Zoës *ad rubr. ff. solut. matrimon. n.* 13. Fachin. *lib.* 10. *controv. cap* 24. Tiraqu. *de retractu ad fin. tit. n.* 32. *et seqq.* Angel. *consil.* 180. *n.* 2. Vacun. *l.* 6. *declarat. jur. cap.* 93. Carpzov. *p.* 3. *c.* 23. *d.* 9. *n.* 9. Observ. Rezzel. *decis.* 248. *n.* 1. Quia Jcti verborum proprietatis observantissimi, dotem promissam simpliciter dotem appellant, *l.* 2. §. *fin. de privil. cred. l. neptura* 58. *l. si mulier.* 60. *l. sive generalis.* 62. *ff. de jur. dot.* Deinde quia et dos promissa confertur *l.* 1. §. 1. *d. collat. dot.* Tertio quia mulier, cui dos tantum promissa, etiam dicitur dotata, *l. cum post.* 44. §. 1. *d. administ.* Nihilominus Hillig. *in Donell. d. c.* 4. *tit.* 6. hoc addit, utut ita sit, ubi tamen de dote restituenda agitur, dotis nomine dotem promissam non venire, evidens est.

21 §. 15. Verum optime, ni fallor, deducit Mev. *ad jus. lubec. pr. tit.* 2. *art.* 12. *p.* 35. dum triplex promissionis genus format, quae est vel pura vel conditionalis, vel in diem. Pura si est promissio, tunc dactione etiam non intervenience, per illam constituta censetur, et dos promissa, revera dos est *l.* 20. 42. 43. 53. *ff. d. jur. dot. l. cum post* 43. §. *sed.* 15. *de quo ff. de administr. tut.* quoniam promissor post nuptias contractas in mora constituitur, et stante mora, dos habetur pro data in praejudicium obligati. Hercul. Marescot. *Variar. resolut. lib.* 1. *cap.* 42. *n.* 5. *et seqq.*

22 §. 16. Bona paraphernalia stricte dicta sunt, quae uxor praeter dotem marito tradit Lauterb. *ad tit. ff. d. jur. dot. in fin* Mev. *ad jus lubec. lib.* 1. *tit.* 5. *n.* 2. eadem appellat *absonderlich eigene vorbehaltene Güter.*

23 §. 17. Bona receptitia sunt, quae uxor marito non tradidit Lauterbach. *d. t.* sed extra domum mariti, velut separata sibi habet et tenet, Thoming. *dec.* 30. Mev. *d. l. n.* 13. Germanis dicuntur *der Spaar-Hoffen.*

24 §. 18. Itane ergo ad hasce bonorum species referri poterunt omnia, qualiacunque uxor sibi propria possidet? ita quidem sentio, quod nullam speciem bonorum praeter jam recensita jus civile suppeditet *vid. l.* 8.

25 *et l. f. c. d. pact. convent.* dummodo sint uxoris propria, seu ante seu post matrimonium initum quaesita; hinc nec feuda si quae habet excipio, nec donata etiam ab ipso marito, vel ante matrimonium, intuitu tamen ejusdem, ut est sponsalitia largitas, quae fit ad amorem conciliandum, et per hanc data acquiruntur uxori. vid. dn. Praes. ad dn. Brunnem. *de jure eccles. l.* 2. *c.* 16. §. 4. Vel post matrimonium initum, dummodo dantem non faciant pauperiorem. vid. dn. Brunnem. *in repetit.* Wesenbec. *ad. tit. d. donat. int. vir. et uxor q.* 7. *et* 8. Liceat addere verba responsi Francofurtani anno 1679. d. 16. October. concepta: *Was dasjenige betrifft, das Sejus bey der verloebniss seiner damahligen Braut zum Mahlschatz gegeben, scheinet zwar, dass solches Geschenck* a superstite marito *zurück genommen werden koente*, cum donatio inter conjuges effectum non habeat nisi morte donatoris sit confirmata *l.* 13. §. 1. *ff. de donat. int. vir. et uxor. Weil aber dennoch sothane Beschenckungen der Braut-Leute* reciproce *seyn*, quae si nemo pauperior fiat, etiam inter coojuges subsistunt *l.* 7. §. 1. *ff. d. t. nachmals auch* universali consuetudine *approbiret*, quod ejusmodi donatio arrharum, inter desponsatos subsistat, quod juri pariter adversum est *l.* 13. *c. eod.* Carpzov. *p.* 3. *c.* 19 *def.* 13. *n.* 17 *und also solches Geschenck in* proprietatem et dominium uxoris *gekommen, so muss auch solches der Frauen Promden, nebst andern eigenthümlichen Gütern restituiret werden. So viel die grosse silberne Schale betrifft, ob gleich selbe der Frauen* intuitu mariti *gegeben, und also ab ipso marito geschenckt zu seyn presumiret wird. arg. l.* 45. §. 4 *ff. d. acquirend. vel omit. hoered. l.* 3. §. 1. *ff. de jure dot. Weil aber dennoch* voluntas donantis *gewesen, dass das* dominium *auf die Frau transferiret werden sollen, sie auch* animo *dieselbe acceptiret, und also die* objectio, *dass es* intuitu mariti *geschenkt, das* dominium uxoris *nicht intervertiren kan, so ist sothane Schale der Frauen E. ben zu restituiren,* per tradita Carpz. *p.* 3. *c.* 25. *d.* 1.

§. 19. Sed quorsum vestes uxoris pertinebunt? Distinguendum: aut sua pecunia uxor sibi eas comparavit, et ad receptitia procul dubio referuntur; aut maritus paravit, easque vel pretiosas et tunc non sunt propriae uxoris, sed mariti tantum usum earum concessisse videtur, Campeg. *de dote p.* 2. *q.* 55. *n.* 3. Menoch. *de arbitr. jud. quaest. lib.* 2. *cas.* 218. *n.* 3. contra Barbos. *ad l.* 34. *n.* 65. *ff. solut. matrim.* qui pro se allegat *l.* 2. *c. siquis alteri vel sibi emer.* Quotidianae autem in plenum uxoris dominium transeunt, cum pertineant ad annum aliquod, quale pleno jure capit uxor *l.* 23. §. *pen. ff. solut. matrim.* Besold. *p.* 3. *consil.* 107. *n.* 14. ita pariter responsum ab ampliss. facultate juridica hujus loci anno 1679. d. 13. october. uti mihi communicavit dn. Praeses. 26

§. 20 An vero arbitrio uxoris relictum est, bona sua referre ad utram maluerit speciem, easque vel in dotem dare, vel marito tantum administranda committere, vel sibi soli retinere? Et hoc affirmandum videtur quia uxor de re sua pro lubitu disponere potest *l.* 21. *c. mandat.* dotisque constitutio conventio est, ad quam nemo invitus cogendus *l.* 3. *c. d o. et a. l.* 17. *ff. commodati* praesertim cum matrimonium etiam sine dote consistere possit *l. fin. c. de repud. l. quodsi nulla* 28. *ff. d. relig. et sumt. fun* Vaconius *lib.* 1. *declaration.* 21. *n.* 5. *et seq.* Ferdinand, Arias de Mesa *lib.* 2. *variar. resolut. c.* 40. *n.* 1. *et seqq.* 27 28

§. 21. Hanc ob causam multi sentiunt, quod maritus non possit cogere uxorem ad dotem sibi constituendam, si eam duxerit non facta mentione dotis, Mantic. *de tacit. et ambig. convent. lib.* 17. *tit.* 17. *n.* 4. *et. seq. et. tit.* 12. *n.* 8. *eod.* Petr. Barbos. *in l.* 1. *p.* 3. *n.* 49. *ff. solut. matrim.* Merenda. *controvers. jur. l.* 2. *c.* 47. Francisc. Andreol. *controvers. forens.* 295. *n.* 6. Quod et procedre ajunt, si extraneus pro muliere dotem marito promiserit, sed incertum Zoes. *ad ff. tit. de jure dot. n.* 3. Nec renitor doctoribus, si supponant, maritum satis amplis instructum facultatibus pro ferendis matrimonii oneribus. Sin vero uxores divites, maritique bona tanta supposueris, quae minus sufficiunt alimentis commode parandis, non indulgendum est mulieris temeritati, quae dum corporum communionem obtulit, bonorum aliqualem societatem detrectat, resistere. In re non improbandam censeo illorum sententiam, qui dicunt, quod 29 30 31

maritus accipiens uxorem sine dote ejusque non facta mentione, cogere possit uxorem ad sibi dotem constituendam Bald. *in l. f. n.* 8. *c. de sentent. quae sine cert quantit. et in cap. juravit. n.* 3. *de probat.* Surd. *de alimeat. tit.* 1. *qu.* 32. *n.* 12. *et seq* Gratian. *cap.* 236. *n.* 12. add. *c. nullum.* 30. *quaest.* 5. quia matrimonium sine dote regulariter non contrahitur, juxta Bich. *decis.* 131. *n.* 4. quorsum et facit facultatis hujus celeberrimae responsum, quod cum do. Praeses refert *in cautel. contract. sect.* 3. *cap.* 8. §. 9. ejus verba hic repetere superfluum existimo.

32 §. 22. Et ad dotem quidem viro constituendam indistincte compelli potest sponsae pater, sive pactis dotalibus fuerit promissa sive non *l.* 19. *ff. de r. n. nov.* 22. *cap.* 18. Carpzov. *p.* 1. *dec.* 16. *n.* 2. paternum enim hoc est officium dotare filias, Fontanel. *de pact. dotal. tom.* 2. *claus.* 5. *Gloss.* 1. *part. n.* 22.

33 Gail. *lib.* 2. *obs.* 90. etiamsi divites et bonis a matre profectis affluentes, ob *l. fin. c. de dotis promiss. l.* 8. *ff. de jur. dot.* Dn. Brunnem. *repetit. Wesenbec. d. l. qu.* 6. Seraph. Oliver. Razzal. *p.* 2. *decis.* 1483. *n.* 6. Alex. *in l.* 1. *n.* 12. *ff. solut matrim.* Bald. Novell. *de dot. p.* 6. *privil.* 16. *n.* 8. Vultejus *vol.* 2. *consil. Marpurg.* 49. *n.* 4. Est enim instar legitimae *l.* 29. *c. de inoffic. testam.* Seraph. Olivar. Razzal. *p.* 1. *decis.* 815. *n.* 2. atqui legitima a parentibus debetur liberis, sive divites sint sive minus; et dos datur, ut eo citius maritum inveniat filia quem eo commodiorem habitura est, quo amplioris dotis spem facere poterit *nov.* 39. *c.* 1. ibi: *si non sufficerit pars legitima ad dotis, etc.*

34 §. 23. Quaerendum porro, quanta dos illa esse debeat? Congrua, respondent toties intelligitur, quoties fit dotis mentio *l. cum post.* § *generr. l. quaero ff. de jur. dot.* Gail. *l.* 2. *obs.* 147. *n.* 5. Vultej. *vol.* 2. *consil Marpurg.* 29. *n.* 50. quaenam vero congrua dicatur relinquitur arbitrio judicis, Hercul. Maresc. *lib.* 2. *variar resolut. c.* 59. *n.* 25. qui tamen quantitatem ejus definiet, ut respondeat vel legitimae Gail. *d l. n.* 6. Hercul. Marescot. *l.* 2. *variar. resolut. c.* 59. *n.* 26. Dec. *consil.* 276. *num.* 2. Neviz. *consil.* 93. *n.* 10 Francisc. Nig. *Ciriac. conclus.* 391. *n.* 7. in liberis scil. dotandis. Vel consuetudini regionis, Bald. *l.* 4. *consil.* 386. Hartm. Pistor. *p.* 2. *qu. illustr.* 37. *n.* 11. *seq.* Mev. *ad jus lubec. p.* 2. *tit.* 2. *art.* 36 *num.* 27. 32. *et seq.* aut familiae, Decius *consil.* 26. *n.* 4. Klock. *vol.* 3. *consil.* 132. *n.* 50. *et seq.* Vel determinabit juxta facultates dotantium, dignitatem parentum *l.* 69. §. 4. *ff. de jur. dot. l.* 43. *ff. de legat.* 3. qualitatem personae dotandae *l.* 9. *c. de adm. tutor.* qualitatem conjugis cui persona dotata jungenda *d. l.* 69. §. 3. et numerum liberorum *d. l.* 43. familiae et temporum qualitatem, Olivar Razzal. *decis.* 412. *n.* 2 Neganti autem contra Parentem dotantem, congruam constitutam esse dotem, incumbit probatio, Menoch. *arbitr. jud. quaest. lib.* 2. *cas.* 149. *n.* 6. Mev. *ad jus lubec. d. art.* 36. *n.* 34 Bich. *dec.* 18. *n.* 19. Mascard. *de probat. conclus.* 561. quia parentes optime liberis prospicere creduntur *l.* 22. *in fin. ff. ad l. jul de adult.*

35 §. 24. Hoc nihilominus in arbitrio foeminae est, utrum malit bona sua omnia in dotem dare an partem tantum eorumdem, an omnia tamquam paraphernа marito commodare, quia et paraphernа oneribus matrimonii ferendis inserviunt. *d. l. f. c. de. pact. conv.* Equidem neutiquam suaderem mulieri, ut bona sua a marito paraphernorum nomine possideri patiatur, haec enim in concursu creditorum a marito forte relicto, tantum hypothecam tacitam ex die illationis computandam tribuit, *l. f. c. de pact. convent.* Carpzov. *p.* 1. *c.* 28. *d.* 9. Dos vero non solum tacitam hipothecam, sed et jus praelationis quoad omnes creditores mariti hypothecarios anteriores tribuit. *l. assiduis* 12. *c. qui potiar in pign.* a die matrimonii contracti, non autem illatae dotis, *l.* 1. *qui pot. in pign.* Mev. *p.* 4. *dec.* 321. et licet regeri posset: dotis tamen constitutio transfert dominium in maritum, vid. *cap. seq. post pr.* quae translatio dominii non inducitur per paraphernа. Verum illud dominium maritale non auferet uxoris jus in re, adeoque actionem vindicatoriam, manet enim et uxor domina dotis, etiam constante matrimonio. *l.* 30. *cod. de jure dotal.* nec potest Maritus fundum dotalem invita uxore, non secus ac paraphernа alienare *pr. j. quib. alien. lic. vel. non.* Et si alienavit, competit aeque rei vindicatio contra tertium possessorem, atque in casu alienatorum paraphernalium, add. dn. Praeses *in cautel. contract. sect.* 3. *cap.* 8. §. 7. *et* 8.

§. 25. Ita ergo potior videtur et pro uxore utilior, 36
constitutio dotis, quam paraphernalium, sed poteritne exinde praesumi, quod bona uxoris in maritum translatis potius censeantur eadem in dotem data, quam eorum sola administratio concessa? Praesumptio quidem alias fieri debet illius, quod est melius, arg. *l.* 10. *ff. d. stat. hom.* Atqui dotis constitutionem pinguiorem esse paraphernalibus, paulo ante ostensum. Verum commu- 37
nior et verior est sententia eorum, qui dicunt, dotis constitutionem, per bona a muliere translata in maritum, non praesumi, nisi tractatus dotis praecesserit Francisc. Marci *in decision. q.* 507. *n.* 4. Menoch. *d. praes. lib.* 2. *praes.* 6. *n.* 54. Klock. *vol.* 4. *consil.* 95. *n.* 53. Gail. *lib.* 7. *obs.* 82. Carpz. *p.* 2. *c.* 16. *d.* 11. Cacheran. *dec* 21. Thomingh. *dec.* 30. *n.* 10. *et seq.* idque primo ob verba expressa *in novell.* 22. §. *si quis autem. l. f. c. de divort. l. t. c. de. dot. caut. non numerat.* Deinde, quia dos donationem requirit. *d. l.* 1. *de dot. caut. non numerat.* quae raro praesumitur; tertio quia dotis constitutio contractus quoddam genus *t. t. de dot. promiss.* et titulus dominii translativus *l.* 2. *ff. pro dot.* quorum neutrum praesumitur; tandem quia imputet sibi mulier, quod bonorum translationi legem non apertius dixerit *l.* 39. *ff. de pact.* Mev. *ad jus lubec. lib.* 1. *tit.* 5. *n.* 15. *seq.*

§. 26. Hoc nihilominus demonstrari posse conten- 38
dunt, quodsi mulier secundo marito bona sua simpliciter dederit, censentur illa in dotem dare voluisse, quae talia fuerunt penes priorem maritum *l. dotem.* 30. *d. jur. dot. l. divus.* 40. *cod.* Menoch. *de praes. lib.* 3. *de praes.* 6. *n.* 75. Thoming. *d. dec.* 30. *n.* 22. Mev. *d. t.* 5. *n.* 27. Inde vero colligendum non est a marito secundo, quolsibi liceat compellere uxorem, ut eamdem dotem sibi constituat, quam primus maritus percepit, mutare enim uxor secundo nubens poterit voluntatem *per d. l.* 30.

§. 27. Dictum est supra, quod etiam illa quae con- 39
stante matrimonio ab uxore sunt quaesita, ad triplex illud bonorum genus referri possint, quod non simpliciter ita procedere, jam demonstrabitur: supposito enim

quod jus civile ex contracto matrimonio nullam praesumat et inducat bonorum communionem, colligi posset, illa quae constante matrimonio quisque conjugum acquirit, sibi retinere; quia quisque sibi potius, non alii acquirere censetur, siquidem mandatum non praesumitur. Verum quoad uxorem aliud introduxit jus civile, constituitque, ut quicquid uxor cura sua acquirit, id marito acquirat *l.* 48. *pr. ff. de oper. libert. l.* 31. *pr.* §. 1. *ff. de donat. int. vir. et ux. l.* 91. §. 1. *ff. de pecul.* Mev. *ad jus lubec. p.* 2. *tit.* 2. *art.* 12. *n.* 132. Carpzov. *part.* 3. *c.* 25. *d.* 10. quia operas marito debet mulier Heig. *p.* 1. *qu.* 30. *n.* 11. Praeterea et aequitas facit pro illo, nam cum soli marito onera matrimonii incumbant, proinde et commoda eidem sunt relinquenda. *l.* 10. *ff. de r. j.*

40 §. 28. Hanc acquisitionem quidam extendunt etiam ad operas uxoris artificiales, *d. l.* 31. *pr. de donat. int. vir et ux.* dn. Brunnem. *ad l Mutius.* 51. *ff. d. t.* sed bene haec conciliat Mev. *d. l. n.* 136. Videlicet non potest quidem uxor invita adigi ad vitae genus suscipiendum, quod maritus non colit, si tamen susceperit; inde quaesita ad caput familiae pertinent. Hoc jus acquaestus marito concessum, inducit etiam quoad alia quaesita firmam praesumptionem, quod omnia ab uxore quaesita, ex rebus mariti acquisita praesumantur. *l. Quintus Mutius. ff. de donat. int. vir. et ux. l.* 6. *c. eod.* Masc. *de prob. concl.* 214 *n.* 1. Menoch. *de praes. lib.* 3. *praes.* 51. *n.* 1. Alciat. *de praes. regul.* 3. *praes.* 28. *pr.* ad evitandam scil. turpis lucri suspicionem, omnis enim praesumptio, quantum fieri potest, debet esse delicti exclusiva. *l.* 31. *pr. ff. pro socio.*

41 §. 29. Inde et hoc colligunt dd. quod omnia, quae in domo mariti aut habitatione ejus inveniuntur, mariti esse praesumantur, ob eminentiam ejus. Quae praesumptio qualis sit, dubium. Alciat. *d. praesumpt.* 26. illam dicit esse tantum conjecturam hominis. Quod mihi displicet, quoniam ipsa legis dispositio illam exprimit, nimirum *d. l.* 51. *ff. et l.* 7. *c. de donat. inter. vir. et uxor.* Hoc facile largior, quod non sit praesumptio juris et de jure, quia omnes unanimi fere consensu statuunt, illam admittere praesumptionem in contrarium, ita ut si mulier ejusve haeredes probare possint, res hasce in domo mariti repertas, esse uxoris, et per donationem, ultimam voluntatem, aliumve contractum eidem esse constante matrimonio acquisitas, restituere teneatur easdem uxori ejusve haeredibus. Heig. *d. quaest.* 30. *n.* 14. Covarruv. *l.* 3. *resol. c.* 29. *n.* 3. Petr. Peck. *d. testam. conjug. l.* 2. *c.* 1. *n.* 1. Mev. *p.* 5. *dec.* 563. dn. Brunnem. *ad l. Quintus Mutius. n.* 5. Cores. *l.* 3. *miscellan. cap.* 5. *n.* 2. Mev. *ad jubecens. part.* 2. *tit.* 2. *art.* 12. *n.* 60. cedit enim et hic praesumptio veritati, sicuti possessor cedit postquam petitor jus suum probavit. Et sic liquidum est discrimen, inter bona quae acquisivit uxor operis suis, et ea quae uxor sua pecunia emit, aut ei sunt donata, legata etc. illa enim maritus sibi vindicat, utut protestetur se non nomine mariti, sed suo illa acquisivisse. Confirmat nostram sententiam responsum illud, quod illust. jur. fac. *anno* 1679. *d.* 16. *octobr.* concepit, hunc in modum. *Hat die verstorbene Frau viel Schock Leinwand und Zwillich wircken und bleichen, davon sie auch viel Hand-Tisch- und Bettücher verfertigen lassen, jetzo aber ob selbe der Frauen Erben zu restituiren, oder dem superstiti marito zu lassen, gezweiffel wird? So ist fürnehmlich dahin zu sehen, ob die Frau zu sothanen Leinen Geruethe, aus ihren eigenen Mitteln den Flachs gekauffet, oder aus des mariti Mitteln? auf den ersten Fall. gehoeret die Leinwand der Frauen, per l.* 31. §. *si uxor lana sua* §. 1. *ff. de donat. int. vir. et uxor. auf den letzten Fall. gehoeret der Leinwand dem Manne*, non obstante, quod in ea re uxor tamquam lanipendia fuerit. *d. l.* 31. *pr. in fin.* Barbos. *ad l. quae dotis* 34. *n.* 71. *in f. ff. solut. matrim.* Cum hoc ad operas et curas domesticas pertineat, quas uxor marito praestare tenetur Coler. *d. process. executiv. p.* 1. *c.* 2. *n.* 169. *zumahlen, da auch in gegenwaertigen Fall die Frau des Mannes Namen mit in das gemachte Linnen genehet, daraus*, quod sibi soli noluerit sequirere *genugsam abzunehmen, und sollte auch gleich maritus der Frauen den Flachs geschencket haben, so würde zwar die Leinwand der Frauen bleiben, es stunde aber dennoch utilis actio dem marito zu*, ad petendam aestimationem *des verbrauchten Flachses l.* 29. §. fin *l.* 30. *ff. de donat. int. vir. et uxor. welches ebener massen von den gemachten Betten zu verstehen ist. V. R. W.*

§ 30. De donis illis nuptialibus, quae a convivis post 42
benedictionem sacerdotalem novis conjugibus offerri tradique solent, observandum, quod nec uxori, nec marito in solidum acquirantur; sed praxis fere obtinuit, ut aequaliter inter illos dividantur, Carpz. *p.* 3. *c.* 22. *d.* 1. sicuti et in hac facultate amplissima ad hunc modum responsum esse saepius audivi.

§. 31. Tandem etiam dantur quorumdam locorum sta- 43
tutis bona uxoris, quae vocantur utensilia, juri civili ignota, et saxonico introducta, alias etiam dicuntur Geradae; originem unde habeant recenset Heig. *p.* 1. *qu.* 8. *n.* 69. Besold. *tesaur. pract. voce Gerade.* Describuntur, quod sint universitas quaedam certorum corporum mobilium, et semoventium ad mulieres earumque cognatas pertinens, Besold. *d. l. in addition.* Sed Gloss. *in Weichbild. art.* 23. ita depingit: *Gerade, sind. Gaben die den Weibern, uber ihre Mitgifft gegeben werden zu ihren Schmuck und Gezierde dienlich und gebraeuchlich.* Propria sunt ipsius mulieris, Hartm. Pist. *p.* 1. *q.* 31. *n.* 10. *seqq. et n.* 38. et ab ea per quemcumque contractum in quemvis alienari possunt, Andr. Goldb. *d. gerad. c.* 7. *m.* 1. etiam per donationem, Carpz. *p.* 2. c. 14. *d.* 4. *et* 5. sed non per donationem mortis causa aliamve ultimam voluntatem, Schneidew. *ad tit. inst. de donat. n.* 17. Carpz. *p.* 2. *c.* 14. *d.* 1. nisi proxima cognata, aut ad quemcumque mortua uxore gerada delabitur, consentiat, Carpzov. *d. l. d.* 2. huic enim in momento mortis jus est quaesitum.

§. 32. Unde nec marito gerada donari potest, quia prohibita est inter conjuges donatio *t. t. ff. de donat. int. vir et ux* et licet alias morte, si facta est, confirmari soleat *l.* 13. §. 1. *ff. d. t.* hic tamen non procedit, quia proximis cognatis jus in momento mortis erat in Gerada quaesitum, Struv. *in jurispr. forens. l.* 2 *tit.* 10. §. 28. unde dici potest: qui per ultimam voluntatem donare nequit, ejus donatio per eamdem nec confirmari potest.

§. 33. Quaenam res utensilium nomine contineantur, 44
difficile est dijudicatu, propter multiplicem statutorum discrepantiam, jam has jam illas res, geradae annu-

meratium. Optimum ergo hic, ut quisquis in statuta illius loci ubi geradę petenda, diligenter inquirat; quod si vero statutum res illas non satis explicat, ad generale jus saxonicum recurrendum, et quidem ad *Land. Rect. art.* 24. *lib.* 1. *et art.* 38. *Gloss. in Weichbild. art.* 23 Gloss. *in Lehn-Recht in c.* 56. Hic jam disceptant dd. an easdem res, quas uxor sibi a marito defuncto adscribit, etiam cognata uxoris defunctae a marito petere possit ex persona uxoris? Additionator spec. Sax. *in art.* 38. *l.* 3. *lit. c. et l.* 1. *art.* 24. *lit. d. Land-Recht* statuit, quod illae dumtaxat species ad proximam uxoris cognatam devolvantur, quas uxor ad maritum intulit, vel ei constante matrimonio, ex successione vel aliunde obvenerunt. 45 Sed rejicit hanc sententiam Hartm. Pistor, *lib.* 1. *qu.* 23. *n.* 3. *seq.* quem sequuntur Andr. Goldbeck. *de gerad. c.* 2. *n.* 7. *seq.* Carpzov. *p.* 2. *c.* 14. *d.* 22. *n.* 8. *et seq.* qui omnes consentiunt, quod ex usu veriori et receptiori omnes res utensilium nomine ad cognatam proximam pertineant, quae eo nomine post mortem ma- 46 riti, ad uxorem pertinebant. Exceptis solummodo ovibus, quarum alia ratio habetur uxoris, alia cognatarum; uxor enim superstes marito defuncto, omnes oves sexus foemineï utensilium nomine consequitur, non attento, utrum hae propriae illius, an mariti fuerint, nec utrum in ovilibus sive praediis existentes, vel eloeatae reperiantur, ad proximam vero cognatam illae tantum pertinent oves, quas uxor ad maritum intulit, et quae ipsius fuerunt propriae.

47 §. 34. Unde vero cognoscitur, quae sint res ad geradam uxoris pertinentes? Ponit harum rerum catalogum *Land Recht art.* 24. *Weichbild. lib.* 1. *art.* 23. *Mindisch Stadt-Recht lib.* 2. *tit.* 4. *art.* 4 *et seqq.* Gloss. *in Lehn-Recht. cap.* 56. sed illam ex asse usu non esse receptam testatur Carpzov. *p.* 2. *c.* 14. *d.* 25. *n.* 2. Si ex descriptione superius data illas aestimare velis, nimis amplam forte efficies geradam, neque certam regulam de ea dari posse censet Carpzov. *dist. l.* certissime omnium, quid nomine ejus in provinciis saxonicis, veniat, disci poterit ex responsis Jctorum saxonicorum, quae communicat Hartm. Pistor. *p.* 1. *q.* 32. *sub. rubr. sequuntur species ad bona utensilia pertinentes.*

§. 35. Saltem hoc communiter admonent dd. quod res 48 nomine geradae alias venientes, tunc demum uxor sibi adscribere possit, si eadem possedit, et in custodia sua habuit. Est enim possessio potissima et proxima causa geradae, Carpz. *p.* 2. *c.* 14. *d.* 25. Coler. *d. process. executiv. p.* 1. *c.* 3. n. 256. Et si agnata post mortem uxoris easdem praetendat, illas accipit, quas uxor tempore mortis possedit. Struv. *jurispr. forens. lib.* 2. *tit.* 30. §. 10. Richt. *de success. ab intest. sect.* 1. *m.* 3. n. 3. Ergo quaecumque res ullo modo per statutum illius loci, ubi mulier degit, referuntur, si maritus permisit, ut uxor possideret, uxoris sunt, quas illa transferi, per mortem in filias, vel his non extantibus ad alias proximas cognatas exclusis filiis. Quaenam vero juris aequitas inde emergat, non vacat hic disputare, sed transitum facimus potius ad jura mariti in bonis uxoris, quae examinare licet pro diversitate bonorum diversis etiam capitibus. Sitque ideo

CAPUT II.

De jure mariti in dote.

SUMMARIA

Dos promissa tradenda marito. n. 1.
An sponsus ante nuptias petere possit dotem? n. 2.
Rationes dubitandi n. 3.
Affirmatur. n. 4.
Differre potest nuptiarum celebrationem donec caveatur de dote solvenda. n. 5.
Si frater sponsae ex mutuo contracto dotem marito solvit, an teneatur pater? n. 6.
Peti potest dos incertae quantitatis promissa a patre. n. 7.
Secus si ab extraneo. n. 8.
Nisi extraneus pro suo arbitratu se daturum promisit. n 9.
Exigitur dos promissa ad arbitrium alterius. n. 10.
An maritus exigere potest dotem uxori promissam ea invita? n. 11.
Negatur. n. 12.
Limitatur. n. 13.
An maritus invita uxore ab ejus patre dotem exigere potest, non promissam? n. 14.
An maritus a matre dotem petere possit? n. 15.
An a fratre? n. 16.
An maritus ex feudo dotem petere possit? n. 17.
Quomodo solvenda ex feudo? n. 18.
An maritus petere possit fideicommissum in dotem? n. 19.
Resolvitur dubium obstans. n. 20.
Limitatur. n. 21.
Limitatur 2do. n. 22.
Jus petendi dotem an reale? n. 23.
Qualis hypotheca tacita competat de dote promissa? n. 24.
An maritus ob dotem promissam, praeferatur creditoribus promittentis anterioribus chirographariis? n. 25.
Negatur. n. 26.
Distinguendo tamen. n. 27.
Quali actione petitur dos promissa? n. 28.
Qua actione petatur dos ex officio paterno debita? n. 29.
Maritus non potest socerum ad saccum usque excutere. n. 30.
Nec uxor urgere potest fidejussores pro dote conservanda. n. 31.
Imo nec sponte oblatos acceptare. n. 32.
Maritus ob dotem non solutam uxorem deserere aut expellere nequit. n. 33.
Respondetur dissentientibus. n. 34.
An idem obtinet in promisso matrimonio sub expressa conditione dotis inferendae et ante illatam consummato. n. 35.
Maritus per traditionem dotis dominus efficitur. n. 36.
Manente tamen dominio etiam penes uxorem. n. 37.
Respondetur legi obstanti. n. 38.

Ex dominio dotis competit marito facultas percipiendi fructus. n. 39.
Si fructus in dotem dati, quid veniat nomine fructuum marito debitorum? n. 40.
An ad fructus thesaurus spectet? n. 41.
An maritus possit praedium dotale locare? n. 42.
Locatio ad longum tempus transfert jus reale. n. 43.
An hoc verum in puncto juris? n. 44.
An onera praedii dotalis ferat maritus? n. 45.
Quomodo maritus administret bona dotalia? n. 46.
Ad quam culpam obligatus sit? n. 47.
Quid si maritus in rebus suis negligens? n. 48.
Quid si uxor pariter sit negligens in reficienda re dotali, an damni refusionem petere possit a marito? n. 49.
An maritus rem dotalem immutare possit? n. 50.
Ex dominio dotis competit marito rei vindicatio. n. 51.
Actio furti. An et contra mulierem? n. 52.
Non competit marito alienare dotem. n. 53.
Nisi sint res mobiles. n. 54.
Explicatur limitatio praecedens. n. 55.
An res ex pecunia dotali comparatae sint dotales? n. 56.
Dos inaestimata alienari nequit. n. 57.
Nisi uxor geminato consentiat. n. 58.
Respondetur dissentientibus. n. 59.
Vel jurato. n. 60.
Quid obtinet jure saxonico? n. 61.
Licita est alienatio fundi dotalis si uxori utilis? n. 62.
An pecunia pro fundo dotali soluta sit dotalis? n. 63.
Licita est alienatio dotalis fundi si alienatur per universitatem. n. 64.
Aut ex necessitate juris. n. 65.
An illa extensionem patiatur? n. 66.
Alienatur licite fundus dotalis aestimato datus. n. 67.
Illicita alienatio an ab ipso marito revocari possit. n. 68.
Affirmatur. n. 69.
An ad maritum spectet rerum dotalium interitus? n. 70.
Maritus lucratur dotem si hoc pactis dotalibus expressum. n. 71.
Quomodo illa ante conteribenda? n. 72.
Ineunda sunt ante matrimonium contractum. n. 73.
Lucratur maritus dotem adulterio mulieris. n. 74.
An in omni dote procedat? n. 75.
Haec facultas lucrandi competit etiam ex adulterio praesumpto. n. 76.
An etiam ob osculum, quod mulier patitur? n. 77.
An statuto dotis lucrum introduci possit? n. 78.
An facultas lucrandi censetur etiam concessa sponso? n. 79.
An dotis causa finalis sit onus matrimonii ferendum? n. 80.
An statutum de dote lucranda locum habeat in dote promissa? n. 81.
Lucro dotis quibus modis excidat maritus. n. 82.
Annon maritus jur. civ. lucretur dotem ab extraneo datam? n. 83.

1 §. 1. Dos marito vel promissa seu cauta, vel constituta seu illata; illa sola non sublevat onera matrimonii, nisi subsequatur constitutio, quam promissor moroseus saepe differt; verbis enim faciliores solent esse homines, in hoc praesertim negotio, ubi aurea montes filiae parens promittit, saltem ut inducat juvenem ad sponsalia contrahenda, securus postea hisce contractis mollique spe sibi blanditur, fore ut sponsalia semel contracta rescindere nequeat.

2 §. 2. Sponsus itaque hoc viso, an ad dotem constituendam seu tradendam ante nuptias agere possit contra promissorem, dubitare posset, et vereri repulsam, quia dos demum debetur secutis nuptiis *l. 66. ff. de jur. dot.* et ubicunque matrimonii nomen non est, nec dos est *l. 3. ff. eod.* Atqui differre sponsalia etiam de praesenti 3 ab ipso matrimonio, non negatur, illustris dn. de Rhetz. *disput. de jur. virg. c. 6. §. 7.* Dn. Praeses *ad dn. Brunnem. jus eccles. lib. 2. c. 16. §. 2.* Lauterb. *ad tit. de sponsal. verb. de praesenti.* Carpzov. *in jurispr. consist. def. 130. et d. 134. lib. 2.* Imo ubicunque non sunt onera matrimonii, ibi nec dos *l. 7. pr. l. 75. ff. de jur. dot.* Verum non est, quod veretur socerum 4 judicio pulsare sponsus, vel ex eo, quod conditio, si nuptiae subsequantur, quo minus impleatur, non stat per sponsum, sed socerum, jam vero hoc jure utimur: quoties per eum, cujus interest conditionem non impleri, fit, quo minus impleatur, perinde habetur ac si impleta conditio fuisset. *l. 161. ff. de r. j.* Quod si metuat socer, ne tradita dote a proposito consummandi matrimonium recedat sponsus, nihilominus eo adigi potest, ut dotem penes tertium deponat, qui contractis nuptiis restituat. Non secus ac emptor non teneatur tradere pretium in manus venditoris, qui in procinctu sit ad rem tradendam, sed penes tertium aut in judicio deponere potest, dn. Brunnemann. *ad l. 13. §. 8. ff. de act. empt.* quamvis sponsus, etiamsi tenacitatis perfidiaeque notas in socero animadverterit, civilius et rectius facturus sit, ut optima de illo etiam quoad dotem exsolvendam praesumendo, prius a sua parte contractum impleat, quoniam actori semper opponi potest exceptio implementi nondum sequuti, dn. Brunnemann. *ad d. l.* et imitetur potius methodum imperatoris, qui ritus quoque nuptiarum, non sponsalia solo juri dotium praeposuit.

3 §. 3. Illud sponso facilius concederetur, ut moras necteret, si ita libuerit, in sponsalitus consummandis nuptiisque celebrandis, donec pater sponsae se offerat ad dotem exsolvendam: cogere enim ad consummationem illum non potest, nisi spe dotis exsolvendae praesenti, datis scilicet a patre aliove promissore fidejussoribus de dote post nuptias contractas statim exsolvenda: licita enim hoc casu est fidejussio. *l. f. c. ad sct. Vellej. l. 54. ff. de jur. dot.* ibique dn. Brunn. Hering. *de fidejussor. cap. 6. n. 266.* Bald. *Nov. p. 6. priv. 1. n. 5.* Guttier. *de juram. confirm. p. 1. c. 21. n. 4.* Dn. Brunnem. *ad l. 1. c. ne fidejuss. dot. n. 6.*

6 §. 4. Quid si ergo frater sponsae videat patrem non solvendo esse, et dilationem nuptiarum pertaesus pecuniam alibi mutuo sumptam sponso in dotem offerat, an pater creditori tenebitur? Videbatur negandum; quia pater filio ad contrahendum mandatum non dederat, et sic filius ejus conditionem deteriorem facere non poterat *l. 74. ff. de r. j.* Insuper ex mutuo tantum datur actio inter contrahentes, *l. 3. ff. de o. et a.* et ad extraneum non extenditur, cui accedit exceptio sct. macedoniani, quae peraeque patri atque filio prodest. Verum dotis favor contrarium constituit, et obligatione aeque constringit patrem, ac si ipse contrahis-

set, per *l.* 17. *ff. ad sct. macedon.* Ipse autem maritus dote illa accepta neutiquam tenetur creditori, quippe cum quo non contraxit, et frater licito contractu scilicet mutuo dominium pecuniae acquisiverat *l.* 2. §. 4. *ff. de r. c.* quo acquisito eam quovis modo consumere poterat *l.* 21. *c. mandat.*

7 §. 5. Quid si vero dos incertae quantitatis sponso fuerit promissa? Hic vulgata dd. est distinctio inter dotem a patre et ab extraneo ipsave sponsa promissam. Illius enim officium cum sit, dotem pro sua constituere progenie etiam non promissam *l. f. c. de dot. promiss.* hinc promissio illa praevia, quasi superflua, debitum patris naturale evertere non potest *l.* 17. *c. de testam.* Sed promissio illa explicatur de dote congrua per *l.* 69. §. 4. *ff. de jur. dot.* Struv. *ex.* 30 *th.* 6. Zoes. *ad tit. de jur. dot. n.* 3. Duar. *lib.* 1. *disput. c.* 56. Perez. *ad cod. tit. de dot. promiss. n.* 4. Wissenb. *ad ff. p.* 1. *disput.* 46. *th.* 13. Fachin. *lib.* 8. *controv. c.* 75. Bachov. *ad treutl. vol.* 2. *disp.* 7. *th.* 4. *lit. d.* Dn. Brunnemann. *ad d. l.* 69. §. 4. *n.* 3.

8 §. 6. Sin extraneus, vel ipsa sponsa dotem indefinite promiserit, nullam petere potest maritus, *per l.* 1. *c. de dot. promiss.* Extraneus enim vel ipsa mulier non tenebatur dotem constituere, et hinc suam promissionem implere potuisset, vel minimam et derisoriam rem tradendo arg. *l.* 71. *pr. ff. de legat.* 1. *per dd.* dd. add. Harmenop. *lib.* 4. *epitom. lib.* 8. Barbos. *ad d. l.* 1. *n.* 2. *seqq.* ibique plures allegati. Atque rei incertitudo vitiat actum etiam in favorabilibus, Dyn. *cons.* 41. *n.* 5. Auchan. *cons.* 216. *n.* 4. Tusch. *conclus. pract.* 65. *n.* 25. *seq. lit. i.* Vid. tamen *cap.* 1. §. 20. Inde est, quodsi maritus dotem uxori praelegaverit, et probari nequeat, quanta illa sit, legatum non valet. Dn. Brunnem. *in repetit. Wesenb. tit. d. jur. dot. praeleg. qu.* 6.

9 §. 7. Nisi promissor definitionem dotis suo arbitrio expresse reservaverit, et quantitatem quidem nullam expresserit, sed quantum arbitratus fuerit daturum promiserit *l.* 3. *c. de dot. promiss.* tunc enim si promissor arbitrari nolit, recurritur ad arbitrium boni viri, Bald. Novell. *de dote p.* 6. *priv.* 9. Ex dicta tamen lege minus concinne colligunt, dotis incertae promissionem arbitrio boni viri semper certificandam esse, Mantic *de tacit. et ambig. convent. lib.* 12. *tit.* 22. *n.* 7. Barbos. *ad d. l.* 3. *pr.* Hoc enim *l.* 3. non dicit, quae boni viri arbitrium tunc demum admittit, si promissor dixerit, se daturum quantum arbitratus fuerit. Nec opus est regerere, hoc arbitrium in favorem dotis promissioni subesse censetur. Quia hac ratione duo singularia in una causa cumularentur, quod dd. improbant, Barbos. *lib.* 17. *c.* 35. *ax.* 2. Quippe unum jam tum hoc erat singulare, quod maritus exigere posset dotem ab illo, qui promisit se daturum, quantum arbitratus est, talem enim conventionem regulariter non subsistere patet, *ex l.* 13. *c. de contrah. empt. et l.* 25. §. 1. *ff. eod.*

10 §. 8. Sic et recte exigit dotem maritus, quae legata vel promissa est ad arbitrium alterius, Covarruv. *p.* 1. *c.* 13. §. 22. ita ut altero illo arbitrari nolente, legatum non corruat, sed determinatio tunc arbitrio boni viri permittatur. Sicut omne legatum in arbitrium alterius collatum, favore piae causae sustinere volunt, *per cap. cum tibi* 13. *X. de testam.* Zoes. *ad tit. ff. de haered. instit.* Quod tamen regulariter non procedit, ob *l.* 32. *ff. de haered. instit.* add. §. 1. *i. de emption. vend.*

§. 9. Quid si mulieri dos promissa, an et tum maritus 11
dotem exigere potest? Certum est, posse, si actionem cesserit mulier, adeo quidem, ut si exigere neglexerit, periculum sit ipsius mariti *l.* 33. *ff. de jur. dot.* sin cedere nolit aut post nuptias celebratas doti promissae renunciaverit, dubium an marito competat exactio? Si quidem dos non est uxoris, sed mariti constante matrimonio; nec uxor prohibere potest, quo minus vir dotem exigat ab illo, qui debet; et quamvis dixeris, uxor non debet dotem quam non promisit, sufficiat tamen quod jam tum a tertio fuerit promissa, et sic non opus erit denuo promitti. Enimvero his non obstantibus 12
tutius erit et justius asserere; non competere marito jus ad exigendam dotem uxori promissam, si uxor promissioni renunciaverit; hactenus enim ipsa sola jus ex illa promissione erat consecuta, cui renunciare poterat, *l. pen. c. de pact.* qua renunciatione facta, dos promissa expiravit, nec ullum jus exinde superest, quod marito actionem aliqualem parere possit, utut uxor aliis non polleat facultatibus, ut dotem marito constituere possit; culpa enim erat mariti, qui sibi jus promissae dotis ante matrimonium non fuerat stipulatus, et differre videtur etiam in hoc puncto dos promissa a constituta seu tradita.

§. 10. Secus puto, si uxor jus dotis sibi promissae, 13
nec cedere marito, nec repudiare, sed sibi retinere malit; pecunia enim illa, quae penes uxorem manet, dotis nomine venire nequit, cum haec sit dotis natura, ut marito tradatur ad ferenda onera matrimonii. *l.* 7. *pr. ff. l.* 20. *c. de jur. dot.* et hinc dotis promissio mulieri facta, est quasi donatio sub modo, scilicet ut sequutis nuptiis marito tradatur ad ferenda matrimonii onera. Sicuti ergo quaevis donatio sub modo constituta, non impleto modo, revocatur, *l.* 1. *c. de donat. quae sub modo* ita et promissor revocare potest dotem, quam uxor in naturam receptitiorum, aut paraphernalium mutare nititur. arg. *l.* 5. §. 9. *ff. de jur. dot.*

§. 11. Quod si nulla dos promissa, dictum est jam tum 14
cap. praeced. quod pater filiae suae ex officio teneatur dotem constituere; an ergo exinde sequetur, quod maritus invita uxore a socero eamdem exigere possit? Negandi rationem suppeditant sequentia; quia favor dotis potissimum pro foeminis, ne hae indotatae essent, introductum *l. f. c. ad sct. Vellej.* quia dos est instar alimentorum, quae filiae a patre debentur, non ejus marito, Matth. de Affliet. *dec.* 111. *n.* 10. Carpzov. *part.* 2. *const.* 46. *def.* 20. *n.* 10. et censetur esse loco legitimae dd. *in l. un.* §. *videamus* 11. *c. de rei ux. act.* Vultejus *vol.* 2. *consil. Marpurg.* 29. *n.* 41. quae non genero, sed filiae debetur. Est denique dos proprium mulieris patrimonium *l.* 8. §. 5. *ff. de minorib. l.* 75. *pr. ff. de jur. dot.* ergo parens invita filia non cogi potest illam transferre in maritum. At regerit maritus, dos a patre debetur ipso jure *l. f. c. de dot. promiss.* Respondeo, hoc verum, sed ita ut nomine filiae consentientis maritus eam a patre exigere possit. Caveat ergo sibi, ne certam spem dotis consequendae putet, quia dos a patre debetur etiam non promissa, sed ipsa sibi a patre stipuletur. Hoc nihilominus non concedetur filiae, ut dotem a parente debitam ad bona referre possit receptitia, sed cogetur nomine paraphernalium transferre ad maritum, juxta jam dicta *in cap. praeced.*

§. 12. De matre certius videtur, quod filia ne dum maritus, dotem ab illa citra promissionem petere haud

quod jus civile ex contracto matrimonio nullam praesumat et inducat bonorum communionem, colligi posset, illa quae constante matrimonio quisque conjugum acquirit, sibi retinere; quia quisque sibi potius, non alii acquirere censetur, siquidem mandatum non praesumitur. Verum quoad uxorem aliud introduxit jus civile, constituitque, ut quicquid uxor cura sua acquirit, id marito acquirat *l.* 48. *pr. ff. de oper. libert. l.* 31. *pr.* §. 1. *ff. de donat. int. vir. et ux. l.* 91. §. 1. *ff. de pecul.* Mev. *ad jus lubec. p.* 2. *tit.* 2. *art.* 12. *n.* 132. Carpzov. *part.* 3. *c.* 25. *d.* 10. quia operas marito debet mulier Heig. *p.* 1. *qu.* 30. *n.* 11. Praeterea et aequitas facit pro illo, nam cum soli marito onera matrimonii incumbant, proinde et commoda eidem sunt relinquenda. *l.* 10. *ff. de r. j.*

40 §. 28. Hanc acquisitionem quidam extendunt etiam ad operas uxoris artificiales, *d. l.* 31. *pr. de donat. int. vir et ux.* dn. Brunnem. *ad l Mutius.* 51. *ff. d. t.* sed bene haec conciliat Mev. *d. l. n.* 136. Videlicet non potest quidem uxor invita adigi ad vitae genus suscipiendum, quod maritus non colit, si tamen susceperit; inde quaesita ad caput familiae pertinent. Hoc jus acquaestus marito concessum, inducit etiam quoad alia quaesita firmam praesumptionem, quod omnia ab uxore quaesita, ex rebus mariti acquisita praesumantur. *l. Quintus Mutius. ff. de donat. int. vir. et ux. l.* 6. *c. eod.* Masc. *de prob. concl.* 214 *n.* 1. Menoch. *de praes. lib.* 3. *praes.* 51. *n.* 1. Alciat. *de praes. regul.* 3. *praes.* 26. *pr.* ad evitandam scil. turpis lucri suspicionem, omnis enim praesumptio, quantum fieri potest, debet esse delicti exclusiva. *l.* 51. *pr. ff. pro socio.*

41 §. 29. Inde et hoc colligunt dd. quod omnia, quae in domo mariti aut habitatione ejus inveniuntur, mariti esse praesumantur, ob eminentiam ejus. Quae praesumptio qualis sit, dubium. Alciat. *d. praesumpt.* 26. illam dicit esse tantum conjecturam hominis. Quod mihi displicet, quoniam ipsa legis dispositio illam exprimit, nimirum *d. l.* 51. *ff. et l.* 7. *c. de donat. inter. vir. et uxor.* Hoc facile largior, quod non sit praesumptio juris et de jure, quia omnes unanimi fere consensu statuunt, illam admittere praesumptionem in contrarium, ita ut si mulier ejusve haeredes probare possint, res hasce in domo mariti repertas, esse uxoris, et per donationem, ultimam voluntatem, aliumve contractum eidem esse constante matrimonio acquisitas, restituere teneatur easdem uxori ejusve haeredibus. Heig. *d. quaest.* 30. *n.* 14. Covarruv. *l.* 3. *resol. c.* 20. *n.* 3. Petr. Peck. *d. testam. conjug. l.* 2. *c.* 1. *n.* 1. Mev. *p.* 5. *dec.* 563. dn. Brunnem. *ad l. Quintus Mutius. n.* 5. Coras. *l.* 3. *miscellan. cap.* 5. *n.* 2. Mev. *ad jubecens. part.* 2. *tit.* 2. *art.* 12. *n.* 60. cedit enim et hic praesumptio veritati, sicuti possessor cedit postquam petitor jus suum probavit. Et sic liquidum est discrimen, inter bona quae acquisivit uxor operis suis, et ea quae uxor sua pecunia emit, aut ei sunt donata, legata etc. illa enim maritus sibi vindicat, utut protestetur se non nomine mariti, sed suo illa acquisivisse. Confirmat nostram sententiam responsum illud, quod illust. jur. fac. *anno* 1679. *d.* 16. *octobr.* concepit, hunc in modum. *Hat die verstorbene Frau viel Schock Leinwand und Zwillich wircken und bleichen, davon sie auch viel Hand-Tisch-und Bettücher verfertigen lassen, jetzo aber ob selbe der Frauen Erben zu restituiren, oder dem superstiti marito zu lassen, gezweiffel wird? So ist fürnehmlich dahin zu sehen, ob die Frau zu sothanen Leinen Geraethe, aus ihren eigenen Mitteln den Flachs gekauffet, oder aus des mariti Mitteln? auf den ersten Fall. gehoeret die Leinwand der Frauen, per l.* 31. §. *si uxor lana sua* §. 1. *ff. de donat. int. vir. et uxor. auf den letzten Fall. gehoeret der Leinwand dem Manne*, non obstante, quod in ea re uxor tamquam lanipendia fuerit. *d. l.* 31. *pr. in fin.* Barbos. *ad l. quae dotis* 34. *n.* 71. *in f. ff. solut. matrim.* Cum hoc ad operas et curas domesticas pertineat, quas uxor marito praestare tenetur Coler. *d. process. executiv. p.* 1. *c.* 2. *n.* 169. *zumahlen, da auch in gegenwaertigen Fall die Frau des Mannes Namen mit in das gemachte Linnen genehet, daraus*, quod sibi soli noluerit acquirere *genugsam abzunehmen, und sollte auch gleich maritus der Frauen den Flachs geschencket haben, so wurde zwar die Leinwand der Frauen bleiben, es stunde aber dennoch utilis actio dem marito zu*, ad petendam aestimationem *des verbrauchten Flachses l.* 29. §. *fin l.* 30. *ff. de donat. int. vir. et uxor. welches ebener massen von den gemachten Betten zu verstehen ist. V. R. W.*

§ 30. De donis illis nuptialibus, quae a convivis post 42
benedictionem sacerdotalem novis conjugibus offerri tradique solent, observandum, quod nec uxori, nec marito in solidum acquirantur; sed praxis fere obtinuit, ut aequaliter inter illos dividantur, Carpz. *p.* 3. *c.* 22. *d.* 1. sicuti et in hac facultate amplissima ad hunc modum responsum esse saepius audivi.

§. 31. Tandem etiam dantur quorumdam locorum sta- 43
tutis bona uxoris, quae vocantur utensilia, juri civili ignota, et saxonico introducta, alias etiam dicuntur Geradae; originem unde habeant recenset Heig. *p.* 1. *qu.* 8. *n.* 69. Besold. *tesaur. pract. voce Gerade.* Describuntur, quod sint universitas quaedam certorum corporum mobilium, et semoventium ad mulieres earumque cognatas pertinens, Besold. *d. l. in addition.* Sed Gloss. *in Weichbild. art.* 23. ita depingit: *Gerade, sind. Gaben die den Weibern, uber ihre Mitgifft gegeben werden zu ihren Schmuck und Gezierde dienlich und gebraeuchlich.* Propria sunt ipsius mulieris, Hartm. Pist. *p.* 1. *q.* 31. *n.* 10. *seqq. et n.* 38. et ab ea per quemcumque contractum in quemvis alienari possunt, Andr. Goldb. *d. gerad. c.* 7. *m.* 1. etiam per donationem, Carpz. *p.* 2. *c.* 14. *d.* 4. *et* 5. sed non per donationem mortis causa aliamve ultimam voluntatem, Schneidew. *ad tit. inst. de donat. n.* 17. Carpz. *p.* 2. *c.* 14. *d.* 1. nisi proxima cognata, aut ad quemcumque mortua uxore gerada delabitur, consentiat, Carpzov. *d. l. d.* 2. huic enim in momento mortis jus est quaesitum.

§. 32. Unde nec marito gerada donari potest, quia prohibita est inter conjuges donatio *t. t. ff. de donat. int. vir et ux* et licet alias morte, si facta est, confirmari soleat *l.* 13. §. 1. *ff. d. t.* hic tamen non procedit, quia proximis cognatis jus in momento mortis erat in Gerada quaesitum, Struv. *in jurispr. forens. l.* 2 *tit.* 10. §. 28. unde dici potest: qui per ultimam voluntatem donare nequit, ejus donatio per eamdem nec confirmari potest.

§. 33. Quaenam res utensilium nomine contineantur, 44
difficile est dijudicatu, propter multiplicem statutorum discrepantiam, jam has jam illas res, gerade annu-

jus revocandi quaesitum sequentibus, Knipschild. *de fideicommiss. famil. illustr. cap.* 11. *n.* 13.

22 §. 19. Quodsi fideicommissum ita relictum, ut restituatur post mortem quantum superfuerit, dubitor in subsidium causa petendi dotem ex fideicommisso, et quamvis hunc in modum fideicommisso constituto, haeres non possit omnia bona consumere, sed quartam partem illibatam relinquere fideicommissario *nov.* 108. *c.* 1. si tamen et quartam illam partem consumpserit pater dotem constituendo non aliam habens substantiam, valebit dotis constitutio. *d. nov. cap.* 1. *in f.*

§. 20. Hoc sponso non invidendum, ut dotem petat ex fideicommisso soceri seu fructibus illius. Sicuti enim vassallus fructus ex feudo perceptos lucratur et irrevocabiliter suos facit; ita eosdem etiam ex fideicommisso lucratur, nec restituere tenetur *l.* 18. *pr.* §. 2. *l.* 22. §. 2. *l.* 44. §. 1. *ff. ad sct. trebell. l* 23. *de legat.* 1. Mantic. *de conject. ultim. volunt. lib.* 7. *tit.* 10. *n.* 7. Besold. *p.* 5. *cons.* 245. *n.* 5. Peregrin. *de fideicommiss. art.* 49. *n.* 20. *seq.* sed eorum liber est dominus et arbiter. Unde sequitur, quod facultatem fructuum percipiendorum alii concedere possit ad dies vitae, *l.* 12. §. 2. *l.* 28. *ff. de usufr.* Knipschild. *d. tr. c.* 11. *n.* 124. *seq.* ubi notanda videtur *l.* 23 4. *ff. de pact. dotal.*

§. 21. Jus hoc petendi dotem marito competens an reale est, an personale? Si promissa dos marito, videtur personale, quia ex obligatione seu contractu oritur: sed verius est, si reale idem vocaveris, quia huic promissioni imperator tacitam hypothecam tribuit *l. un.* §. 1. *c. de rei ux. act.* in bonis scil. promissoris dn. Brunnem. *ad d. l. n.* 13. Anthon. Negusant. *de pignor. lib.* 4. *m.* 2. *p.* 1. *n.* 25. 27. Eckold. *ad ff. de jur. dot.* §. 7. etiamsi promissor protestetur, quod nolit pro dote promissa bona sua esse obligata, nisi maritus stipulans consentiat Petr. Barbos. *ad l.* 1. *p.* 3. *n.* 27. *solut. matr.* at vereor, ne si hanc protestationem in continenti promissioni additam maritus acceptare nolit promissor uti possit, quia videtur esse promissio conditionalis.

24 §. 22. Haec hypotheca tacita non est specialis, ita ut tantum concernat rem promissam eamque afficiat; sed potius est generalis et obligat omnia bona promissoris; jura enim mulieris virique *in d. l. un.* reciprocantur quoad hypothecam tacitam; atqui tacita mulieris hypotheca afficit omnia bona mariti pro dote restituenda; ergo idem judicium esto de hypotheca tacita viri, quoad dotem promissam; et hypotheca tacita in *d. l. un.* indefinite exprimitur, indefinita autem locutio aequipollet utplurimum generali, card. Tusch. *pract. conclus.* 86. *n.* 20. *lit. f.*

25 §. 23. Neque etiam satis expeditum est inter dd. an hypotheca haec tacita pleno gaudeat effectu in concursu creditorum promittentis. Sunt qui negant illam incipere statim a die dotis promissae, si creditores chirographarii sint anteriores, quibus ante est satisfaciendum ex bonis promissoris, quam dos exsolvatur. Rationis loco affernnt, quia pater promittit, vel saltem promittere debebat, dotem ex bonis propriis *l.* 60. *ff. de jur. dot.* Atqui illa non intelliguntur, nisi deducto prius aere alieno *l.* 39. §. 1. *ff. de v. s.* Deinde quia dos pro modo facultatum patris est constituenda. *d. ll.* 60. 69. §. 4. *ff. de jur. dot. l.* 43. *de legat.* 3. Tertio, quia dos aequiparatur legitimae, quae nonnisi patre defuncto debetur *l.* 6. *c. de inoff. testam.* Ideoque quoad illa tantum debita chirographaria simul et hypothecaria suam vim exerit haec hypotheca mariti, quae promissam dotem sunt subsecuta: ob vulgatum illud, qui prior tempore potior jure: ita statuunt Schneidew. *ad* §. *fuerat.* 29. *inst. de action. n.* 85. Frider. Müller. *resolut. marchic.* 77. *n.* 36. Mev. *p.* 5. *dec.* 377. Carpzov. *p.* 2. *c.* 46. d. 17. Richt. *de privileg. cred. cap.* 4. *sect.* 1. *n.* 174.

§. 24. Verum has rationes tanti momenti esse non 26
credidi, quin a partibus eorum declinarem, et potius genuino hypothecae tacitae effectui inhaererem, qui est, ut praeferatur omnibus chirographariis nudis, qui ante promissam dotem in creditum iverant. Hoc quidem certum, quod hypotheca illa non valeat a die promissionis, si nuptiae non statim fuerint secutae. *l.* 68. *ff. de jur. dot.* Sed si promissio statim cum nuptiarum celebratione fuerit connexa, jus illud marito non invidendum; siquidem ille aeque ut alii, qui cum debitore isto obaerato contraxerunt, est creditor, non lucrativus, sed onerosus, Wissenb. *p.* 1. *disp.* 64. *th.* 2. Accedit favor dotis, pro qua in dubio semper pronunciandum *l.* 70. *l.* 85. *pr. ff. de jur. dot.* quae magis interesse publicum concernit, dum constituenda, quam cum restituenda: *l.* 2. *ff. de jur. dot. l.* 1. *ff. solut. matrim.*

§. 25. Iade merito mihi placuit decisio dn. praesi- 27
dis, distinguentis inter dotem viro promissam a socero, et non promissam, sed ex officio paterno debitam; de ultimo membro intelligit idem dn. Praes. supra citatus in praelectionibus publicis ad h. Brunn. *tr. de proc. concurs. cred. cap.* 5. §. 51. *in fin.* Dos enim non promissa, sed a patre alias debita, non gaudet privilegio hypothecae, ergo non mirum, quod et creditoribus chirographariis postponatur, siquidem *d. l. un.* §. 1. tantum meminit dotis promissae, atque haec duo membra non confundenda et exsequanda esse ratio ipsa suadet. Quidni enim magis gauderet privilegio stipulator dotis, quam is, qui sibi non vigilat, et ne quidem allaborat, ut dos sibi promittatur.

§. 26. Rationes dissentientium quod attinet, jam facile labefactantur, scil. dos non debetur, nisi deducto aere alieno; suppone hoc de dote, quam pater ex officio paterno filiae, non ex pacto, debet, haec non debetur, nisi soluto aere alieno, non secus ac legitima *l.* 8. §. 9. *ff. de inoffic. testam.* Deinde dos danda pro modo patrimonii. Concedo hoc, nam res ideo non excessit patris promittentis dominio, quia debitis affluit chirographariis; quippe quae rem non efficiunt. Espropter etiam in hoc sequor castra. Wissenb. quando dicit: *si maritus fraudis non fuerit conscius, dos data in fraudem creditorum non revocatur, p.* 1. *disp.* 46. *th.* 3. ob *l. fin.* §. 1. *quae in fraud. creditor.* ibique dn. Brunnem. add. Mev. *p.* 5. *dec.* 377. *n.* 4. Trentacinq. *lib.* 2. *variar. resolut. tit. de except. resol.* 4. *n.* 8. Francisc. Sarmient. *lib.* 8. *select. interpretat. in l. peculium* §. *duobus ff. de legat.* 2.

§. 27. Exinde itaque facile colligi poterit, qualis sit 28
actio, quae marito ad petendam dotem conceditur scil. realis, quia ex jure in re seu hypotheca, quae sequitur promissionem factam, originem ducit. Vocatur quidem

possit, nisi magna et probabilis causa legibus specialiter expressa adsit *l.* 14. *c. de jur. dot.* juncta *l.* 19. §. 1. *c. de haeret. l.* 34. *ff. de jur. dot.* qualem dd. ponunt si filia absque dote non invenerit honestam nubendi conditionem, Lauterbach. *ad tit. ff. de jur. dot.* §. *vel libero*. Perez. *ad c. de pact. convent. n.* 14. Wissenb. *ad ff. p.* 1. *disp.* 46. *th.* 11. Bald. *novell. de dote p.* 6. *privil.* 3. *n.* 3. difficilius ergo a matre dotem extorquebit maritus connubio jam contracto. Inde et hoc colligi solet, si mater administrat bona mariti defuncti, tunc ex hujus bonis censetur dotem filiae solvisse, arg. *l.* 43. §. 1. *ff. de admin. tut.* Dn. Brunnemann. *ad l. f. c. de dot. promiss. n.* 4. Bald. *nov. d. l. n.* 5. ita tamen ut juramentum matri deferri possit, annon, cum dotem promitteret, solutionem de bonis suis intellexerit, arg. *l.* 9. 10. *c. de r. c.* prout responsum esse percepi a facultate hujus loci amplissima anno 1679.

16 §. 13. A fratre sponsae pariter dos potius est exoranda quam exigenda, nisi frater fuerit locuples admodum, et soror germana vel consanguinea egestate prematur. Volunt quidem quod eo casu etiam uterina sit dotanda, sed minus in contrarium urget *d. l.* 12. §. 3. a qua aequitate licet suadente non recedendum, arg. *l.* 21. *ff. de re jud. l.* 12. §. 3. *et f. ff. de administr. tut.* Job. Campez. *de dot. p.* 1. *qu.* 23. Zoes. *ad ff. tit. de jur. dot. n.* 16. Dn. Buunn. *ad d. l.* 12. *n.* 4. Treutl. *vol.* 2. *disp.* 7. *th.* 3. *lit. d.* ibique Bachov.

17 §. 14. Porro quaeritur, an maritus petere possit, ut sibi ex eudo dos constituatur, si allodia deficiant? Ubi distinguendum, aut maritus contra uxorem agit feudum aliquod possidentem, aut contra patrem agnatosve uxoris. Priori casu, non solum potest et tenetur fructus ex feudo in dotem dare, quippe qui habentur ad instar allodialium, dn. Praes. *in exam. feud. cap.* 13. *q.* 3. *inf.* Finckeltaus. *disput. feud. th.* 18. atque a vassallo libere alienari et obligari possunt, Rosenthal. *de feud. cap.* 9. *conclus.* 10. Schrader. *de feud. p.* 8. *c.* 1. *n.* 25. sed et ipsum eo nomine ad maritum transferret licet 2. *feud.* 23. Mynsing. *cent.* 4. *obs.* 84. quia sic proprie feudum non alienat, cum dos in patrimonio uxoris, excluso pacto lucrandi maneat Ludwel. *de feud. p.* 361. Struv. *s. j. f. cap.* 13. *th.* 5. Hahn. *ad Wesenb. tit. de jur. dot. n.* 3. *verb. feuda.* Dn. Praeses. *d. c.* 19. *qu.* 3. Eckold. *ad tit. ff. de jur. dot.* §. 5. At casu posteriori pater feudum in dotem dare non potest. 2. *feud.* 9. §. *donare.* quia dos efficitur patrimonium filiae, quae feudi est incapax, et successorum feudalium nomine non comprehenditur, dos tamen ex feudo est constituenda, juxta mores Pomeraniae, Marchiae, Saxoniae, atque alibi receptos, Hartmann. Pistor. *l.* 2. *q.* 37. *n.* 2. *et seq.* Mev. *p.* 3. *dec.* 367. Ludwel. *de feud. p.* 155. Carpz. *p.* 2. *c.* 46. *d.* 16. Dn. Praes. *d. tr. q.* 23. *seq. c.* 21. deficiente se. allodio vel non sufficiente Carpzov. *d. def.* 16. ibique Goswin. ab Esbach. Struv. *s. j. f. c.* 14. *th.* 17. *n.* 2. Dn. Brunn. *ad. l.* 60. *ff. de jur. dot. n.* 3. Mev. *p.* 3. *dec.* 363. *n.* 2. quamvis hic statuta locorum discrepare soleant. Vid. dn. Praeses *d. c.* 21. *qu.* 24.

18 §. 15. At quomodo illa solutio fiet: an partem quandam feudi in dotem dando? Negatur, quia feudum ipsum in dotem dari nequit, ergo nec pars feudi *l.* 76. *ff. de r. v.* sed ut pro magnitudine feudi ex ejus fructibus certam pecuniae summam vel aliunde ex mutuo comparatam exsolvat Hartmann. Pistor. *lib.* 2. *q.* 39. *n.* 4. Ad quam non solum parens vivus tenetur, sed fratres quoque, imo hisce deficientibus, remotiores agnati, feudi successores, vid. disput. dn. lic. Schopfferi *de aliment. et dote filiar. nobil. c.* 2. *n.* 25. *seq.* est enim hoc onus feudi, quod ad quemvis ejus possessorem ambulat Carpzov. *d. def.* 16. Ita ut ne quidem ipse dominus feudi directus, si deficientibus omnibus agnatis feudum ad eum relabitur, illud recusare possit. Hartmann. Pistor. *d. q.* 37. *n.* 1. Berlich. *p.* 2. *concl.* 55. *n.* 38. Muller. *resolut. march.* 63. *n.* 21. *seq.* Carpz. *d. def.* 16. *n.* 7.

§. 16. Quid dicendum de fideicommissis, itane etiam illa in dotem accipere poterit maritus ab uxore vel ejus patre? Certum est, fideicommissa alienationi alias non esse subjecta, nec alii tradenda, quam illi qui testamento ab ipso testatore est nominatus per *l. Marcellus* §. *res ff. ad sct. Trebell. l. pen. c. eod. l. fui* §. 2. 3 *c. Commun. de legat.* Gail. *l.* 2. *obs.* 137. Knipschild. *de fideicomm. famil. c.* 11. *n.* 173. adeo ut nec ad pias causas de hujusmodi bonis testari liceat. Nicol. Eberhard. *consil.* 71. *n.* 10. nec alimenta in iisdem constitui possint. Paris *vol.* 2. *consil.* 98. *n.* 13. Ergo nec dos in illis constitui potest. Natta *consil.* 225. *lib.* 2. *n.* 8. Fusar. *de fideicomm. substit. qu.* 297. *n.* 2. Mantic. *de conject. ultim. voluntat. lib.* 7. *tit.* 8. *n.* 27. Peregrin. *de fideicomm. art.* 6. *n.* 1. cum et dotis datio sit alienatio arg. 2. *feud.* 9. §. *donare.* et dominii translatio *l.* 1. *c. de fund. dot. l.* 4. *ff. ad l. fab. de plagiar. l. non solum* 22. §. *si eum ff. de liberali causa l.* 75. *pr. ff. l.* 23. *c. de jure dot.* non secus ac in re fideicommissaria ususfructus constitui nequit, Peregrin, de fideicommiss. *art.* 40. *n.* 114. Knipschild. *de fideicomm. c.* 11. *n.* 117. 19

§. 17. Frequens quidem est dd. assertum, bona restitutioni et fideicommisso familiae obnoxia ex causa dotis alienari posse *l.* 22. §. 4. *ff. ad sct. trebell. nov.* 39. *c.* 1. Gail. *l.* 2. *obs.* 137. *n.* 17. Petrus Anton. de Petr. *de fideicommiss. qu.* 8. *n.* 330. *seq. et n.* 336. *seq.* Peguer. *dec.* 106. *n.* 7. *dec.* 116. *n.* 1. Menoch. *lib.* 4. *praesumpt.* 189. *n.* 1. Besold. *p.* 3 *consil.* 133. *n.* 56. Verum restringendum hoc est ad dotem, quam debet ipse institor fideicommissi, sive ex promissione speciali, sive officio paterno, ut enim legitimam nullo onere gravare, ita nec dotem potest *l.* 32. *et* 36. *c. de inoffic. testam.* Liberis autem sui haeredis gravati extranei ut non tenetur ad legitimam, ita nec ad dotem; Knipschild. *de fideicommiss. famil. c.* 11. *n.* 305 et hinc haeres fiduciarius non potest ex bonis restituendis, dotem pro filiabus suis detrahere. 20

§. 18. Quid si vero fideicommissum ita in dotem detur, ut soluto matrimonio ad patrem seu dantem aut fideicommissi successorem revertatur? Subsistere ita constitutionem dotis volunt Bald. *in l. quoniam in f. c. de inoff. testam.* Vincent. Fusar. *de substit. fideicommiss. q.* 297. *n.* 10. *seq.* quibus assentiri lubet, dummodo successor fideicommissi fuerit simul haeres illius, qui fideicommissum in dotem dedit, *arg. l.* 14. *c. de r. v.* Dn. Praes. *in tract. de succession. disp.* 7. *c.* 4. §. 21. *seq.* aut non fuerit res extra familiam alienari simpliciter prohibita, tunc enim alienatio ne quidem subsistit ad mortem usque alienantis, sed statim 21

hoc (scil. dotem non datam) *vir expellat domo uxorem* quoniam jus sibimet ipsi dicere nequit maritus *l.* 10. *ff. de jurisdict.* neo audiendus, licet per judicem compellere ita velit ad dotem exsolvendam, alia enim contra debitores morosos exequendi remedia sunt prodita, ut immissio in possessionem, pignoris captio, ablatio rei per manum militarem, et potest dos etiam sine matrimonio consistere.

34 §. 33. Nec quicquam facit pro dissentientibus *l. f.* quoniam non de jure, sed de facto intelligenda, eaque tantum denotatur quod imperator velit cavere molestiis atque dissidiis quae ex matrimonio indotato oriri solent, quae si existant, ideo non fiunt licita, add. Covarr. *de matrim. p.* 2. *c.* 7. *n.* 2. Beust. *de matrim. pr. c.* 66. Struv. *ad ff. de jur. dot. th.* 5. *et* 7. Hottomana. *de dot. n.* 71. *seq.* Alberic. Gentil. *de nupt. l.* 6. *c.* 8. Hillig. *in Donell. l.* 13. *c.* 21. *lit. k.* Harpprr. *ad pr. j. quib. alien. lic. n.* 37. Carpz. *in jurisprud. eccles. l.* 2. *def.* 205. qui ita pronunciatum in consistorio refert: *Dass Beklagter alsobald sein Weib hinwieder zu sich zu nehmen, und mit Unterhalt zu versorgen schuldig etc. dagegen ihm die versprochene Mitgifft bey ihres Vaters wehlicher Obrigkeit zu suchen unbenommen. V. R. W.*

35 §. 34. Quam sententiam jari puto congruam etiam tunc, si quis matrimonium virgini promittat sub conditione si 10000. dotis loco attulerit, et matrimonium ante conditionis impletionem consummaverit; quamvis enim sponsalia sub conditione certae dotis inferendae contracta, vere sint conditionalia, et sponsus ad nuptias celebrandas compelli neutiquam possit, nisi dote illa soluta, sed ea potius deficiente irritentur *can. de illis x. de condit. appos.* Carpzov. *jurispr. consist. lib.* 2. *def.* 22. Cypraeus *de sponsalib. c.* 8. §. 5. Dn. Praeses *ad inst. tit. de nupt. p.* 52. Nihilominus si forte spe dotis inferendae fretus juvenis sponsam in uxorem duxerit, jam nulla licentia recedendi poenitendique superest, cum sponsalia per copulam sacerdotalem sint purificata, et conditioni adjectae saltem extenus est renunciatum, ne resolvi jam valeat matrimonium *cap.* 6. *x. de condit. appos.* Carpz. *d. tr. l.* 2. *def.* 25. dn. Praes. *in not. ad* h. Brunnem. *jus. eccl. l.* 2. *c.* 16. §. 13.

36 §. 35. Constituta itaque tandem dote atque tradita marito, dominus ejusdem efficitur maritus *pr. j. quib. alien. lic. vel non l.* 23. *c. de jur. dot. l.* 9. *pr. in f. l.* 75. *ff. eod. l.* 13. §. 12. *ff. de fund. dot. l.* 21. §. 4. *ff. ad municip.* Borgnon. Cavalcan. *leg.* 4. *decis.* 21. *num.* 5. *et dec.* 22. *num.* 7. Mascard. *de probat. concl.* 211. Mantic. *de tacit. et ambig. convent. l.* 12. *tit.* 8. *n.* 17. Harpprecht *ad d. pr. j. quib. alien. lic. n.* 11. *seq.* Gail. *l.* 1. *obs.* 133. *n.* 7. Bald. Nov. *de dot. p* 8. *priv.* 6. *n.* 21. Segura *de bonis lucratis constante matrimonio n.* 56. Pinell. *in l.* 1. *c. de bon. matern. p.* 3. *num.* 12. *seq.* Wissenb. *p.* 1. *disp.* 46.

37 *thes.* 26. Struv. *ex.* 30. *th.* 11. Ita tamen, ut et uxor domina maneat rerum dotalium, quod negare nequit, qui textus juris probe ponderaverit, sunt verba Carpz. *p.* 2. *c.* 42. *def.* 19. *n.* 1. dicitur enim dos proprium uxoris patrimonium *l.* 3. §. 5. *ff. de minorib. l. un.* §. 14. *c. de rei ux. act. l.* 16. *ff. de religios. l.* 14. *pr. ff. ad l. fulcid.* et mulieris esse *l.* 75. *ff. de jur. dot. l.* 71. *de evict.* imo ita ut respectu viri aliena dicatur *l.* 7. §. 12. *l.* 24. §. 5. *ff. solut. matrim.* item in bonis uxoris esse *l.* 1. *ff. de collat. bonor.* in dominio uxoris constante matrimonio naturaliter esse *l.* 30. *pr. c. de jur. dot.*

§. 36. Quomodo ergo hic unitas rei duo in solidum 38
possunt esse domini, cum tamen hoc alias non sit licitum *l.* 5. §. *f. ff. commod.* Non videntur errare illi, qui respondent; dominium dotis penes maritum est in exercitio, penes uxorem constante matrimonio in quiete et cessatione Aegid. Hortens. *ad pr. j. quib. alien. lic. vel non*; Zas. *ad ff. de rei vind. num.* 10. Ludw. *diss.* 6. *th.* 12. *lit. b.* unde nec alienare quioquam nec vindicare potest uxor *l. doce ancillam* 9. *c. de r. v.* et hac ratione non obstat sana ratio, quo minus et maritus atque uxor domini esse possunt rerum dotalium.

§. 37. Disceptant quidem prolixe, utrum marito magis quam uxori competat dominium proprie dictum. Huic illud adscribunt Augustin. Barbos. *ad l.* 30. *n.* 22. *c. de jur. dot.* Petr. Barbos. *ad l. dotalem.* 62. *n.* 2. *ff. solut. matrim* Coras. *l.* 5. *miscellanear. cap.* 14. Connan. *l.* 8. *comment. cap.* 9. *n.* 5. Castillo. *de usufr. l.* 1. *c.* 14. *n.* 30. *seqq.* Zoes. *ad ff. de jur. dot. n.* 20. Mev. *p.* 4. *dec.* 195. *n.* 2. et marito tantum relinquunt dominium improprium atque fictitium; verum multum ambigo, an dominium mariti sit improprium, cum ei vera dominii definitio competat, quod est jus de re pro arbitrio disponendi eamque vindicandi, nisi qua lege aut conventione prohibeatur, an vel ideo dominium hoc improprium dices, quia civile est, hoc est, legibus civilibus marito tributum, et dominium uxoris proprium, quia naturaliter dos in ejus est dominio *l.* 30. *c. de jur. dot.* Imo vero et jus civile verum dominium tribuere potest, ejusque fictiones non sunt mendacia, aut umbra sine corpore, sed ipsa veritas in illis, quae pendent a jure civili, arg *l.* 1. *ff. de adopt. l.* 41. *ff. de excusat. tutor.* ergo et dominium mariti verum erit dominium, quod vel ipsum uxoris dominium naturale obfuscat, verosque dominii effectus enervat dn. Brunnemann. *ad l.* 9. *c. de r. v.*

§. 38. Supposito itaque rei dotalis quoad maritum 39
dominio, proximus sequitur dominii effectus, se. facultas percipiendi fructus ex re dotali, idque in compensationem oneris, quod in maritum ex matrimonio resultat *l.* 7. *pr. ff. l.* 20. *c. de jur. dot. l.* 21. §. 1. *ff. solut. matrim.* Mev. *p.* 3. *dec.* 84. *n.* 7. fructus itaque suos quidem facit irrevocabiliter, ita ut illos libere alienare, et in quemvis transferre valeat, dn. Brunn. *ad d. l.* 20. *c. de jur. dot.* dummodo se non subtrahat oneribus matrimonii ferendis, nec alimenta uxori liberisque suppeditare detrectet, eo enim fine non est dominus dotis, ut fructus inde perceptos sibi retineat, nummosque inde collectos in area contempletur, sed finis potius dotis est, ut inde ferat maritus matrimonii onera Surd. *de aliment. tit.* 1. *q.* 33. *et tit.* 7. *q.* 17. Mantic. *de tacit. et ambig. convent. l.* 12. *tit.* 3. *n.* 3. Carpz. *p.* 3. *c.* 23. *def.* 4. *n.* 6. et de essentia dotis est, ut fructus matrimonii oneribus deserviant. Petr. Barbos. *p.* 4. *rubr. n.* 11. *ff. solut. matrim.* adeo quidem, ut non valeat pactum, ut mariti sint fructus, et uxor se suosve suis alat sumptibus, Petr. Barbos. *d. n.* 11. *in f.* facilius tamen hoc: ut uxor ferat matrimonii onera, eique relinquantur fructus dotales *l.* 4. §. *f. de pact. dotal.* Petr. Barbos. *d. l. n.* 12. Kohl. *de pact. dotal. p.* 1. *n.* 76. Campez. *de dot. p.* 4. *qu.* 1. *n.* 4. Casaregis. *cons.* 59. *n.* 2. Inde est, si maritus bonis la-

psha, non potuerit amplius alimenta exhibere, uxor in concursu creditorum ex illo tempore etiam dotis
40 usuras repetere possit Mev. *p.* 7. *decis.* 132.

§. 39. Quid si vero ipsi fructus in dotem dati, quidnam ibi venit fructuum nomine? Non est hic quaestio, an fructus ex re dotali percepti imputari possint in dotem, ut uxori cum re etiam fructus aliquando sint restituendi, quale pactum est invalidum, quia substantiam dotis exercit, in priori autem quaestione res datur, ex qua fructus percepti dotem constituant, seu traditur in dotem ususfructus, ut fructuum fructus lucretur maritus et oneribus matrimonii ferendis destinentur *l.* 4. *ff. de pact. dotal.* quod ita contingere potest. Si cui pagus in dotem detur, ut quicquid pecuniae nomine, frugum, fructuum pensionumve acceperit maritus, in dotem convertat, ex qua pecunia, redditibusque perceptae usurae erunt mariti et loco fructuum, quae marito debentur. Hac ratione feuda et bona fideicommisso obnoxia, vel potius fructus eorum singulis annis nasciturі concedantur in dotem, ubi finito aliquando matrimonio rationem reddere tenetur de fructibus perceptis, quorum pretium restituere tenetur. Sic et obtinet alicubi locorum, ut argenti aliusve metallifodinae, aut partes earum, in dotem dentur vulgo *Kuckuss*, ubi communiter solent distinguere, an in illis dentur venae renascentes, an non, priori casu metallum effossum est in fructu et cedit marito, ita ut non imputetur in dotem, secus est casu posteriori; ubi metallum effossum imputatur in dotem, et pecunia exinde cusa manet uxoris, tantumque usuras exinde lucratur maritus *l.* 7. §. 13. *ff.*
41 *sol. matr. ibique dd.* add. *cap.* 3. *circa fin.*

§. 40. An etiam in fructu erit thesaurus in fundo dotali repertus? Neg. *d. l.* 7. §. 12. *in fin.* ibi: *non magis ac si thesaurus fuerit inventus, in fructum enim non computabitur, sed pars ejus dimidia restituetur, quasi in alieno inventus*. Ex his patet quod respectu thesauri praedium dotale non dicatur ad maritum pertinere, ex quo porro fluit, quod si tertius quis in fundo dotali thesaurum invenerit, nihil plane lucretur maritus, sed ille totus cedat uxori, ut dominae naturali, quod forte ita erit limitandum, ut thesaurus ille quoad proprietatem cedat ipsi uxori, quoad usumfructum autem penes maritum reliquatur, certum enim est, si ipse maritus invenerit, quod dimidiam ad instar Εὑρέτρου pleno jure suam faciat, nec aliquando restituere teneatur, fructibus tantum dimidiae hujus lucratis; dum ergo alteram dimidiam restituere cogitur, non censendum, quasi statim restituenda, aut aliquando cum usuris atque fructibus reddenda, sed retentis hisce sors quasi tantum debetur uxori, quorsum etiam collimare videtur Struv. *ex.* 30. *th.* 13. et clarius proponit Lauterb. *ad tit. ff. de jur. dot. p.* 350. ad quam sortem quoque referenda erit alluvio constante matrimonio fun-
42 dis dotalibus facta, de qua *l.* 16. §. 1. *ff. d. jur. dot.*

§. 41. Ex facultate fructus percipiendi fluit etiam facultas locandi praedium dotale. Locare enim non est alienare *l.* 39. *ff. locat. cond. l.* 8. §. 13. *ff. de leg.* 3. Sande *de prohib. rer. alien. cap.* 1. §. 3. *n.* 48. sed tantum facultatem percipiendi fructus ex re concedere, et inde dd. placet in genere concludere: qui prohibitus est alienare, non prohibetur fructum percipiendorum ex re inalienabili commoditatem ad dies vitae alteri concedere. Alberic. de Ros. *in l. Cajus ff. de ann. leg.* Felin. *in c. plerumque x. de rescr.* Bald. Nov. *de dote p.* 6. *priv.* 56. Jason in *l. filiusfam.* §. 2. *col.* 11. *limit.* 12. *ff. de leg.* 1. Anton. Hering. *de fidejuss. c.* 7. *n.* 195. quod effatum illustrent locatione licita feudi alias inalienabilis. Dn. Praes. *in exam. feud. c.* 19. *q.* 18. fideicommissi alias inalienabilis. Knipsch. *de fideicom. familiar. nobil. c.* 1. *n.* 142. Usufructus inalienabilis, §. 1. *j. de usu et habit. l.* 39. *ff. de usufr.* praedii pupillaris sine decreto judicis non alienandi. Montan. *de tutel. c.* 33. *n.* 400. Alexand. Trentacinq. *l.* 7. *variar. resol. tit. de minor. resol.* 9. *n.* 38. quid ergo ambigerem, quo minus praedium dotale etiamsi inalienabile a marito locari posset? 43

§. 42. Nisi excipere velis locationem ad longum tempus ultra decennium factam, haec enim alienationem fieri et quasi dominium transferri vulgo receptum est. arg. *l.* 1. §. *qui in perpetuum ff. si ager vectig. l.* 2. §. *quod autem ff. de superfic.* Francisc. Sarmiento *l.* 3. *select. interpret. c.* 2. *n.* 31. Didac. Covarr. *l.* 2. *variar. resol. c.* 16. *n.* 1. Menoch. *de arbitr. jud. quaest. l.* 2. *cas.* 5. *in f.* et locationem ad longum tempus in emphyteusin transire, tradunt dd. *in d. l.* 1. *ff. si ager vectig.* Fabian de Monte *tr. de empt. et vend. q.* 2. *n.* 8. Unde rem alienari prohibitam nec ad longum tempus locari posse communis est sententia, Covarr. *d. l.* Arius Pinell. *repet. l.* 1. *p.* 3. *n.* 63. *seqq. c. de bonis maternis.*

§. 43. Quae dd. sententia ad rationem juris exacta 44
vix quidem sustinebitur, nusquam enim in jure traditur, ex simplici locatione quantlcumque temporis jus aliquod reale, nedum quasi dominium, transferri, vel locationem quamvis ad longum tempus porrectam in emphyteusin transire, quia emphyteusis non modo longum tempus, sed et perpetuum requirere solet, aut certe tempus incertum vel expressam conventionem *l.* 2. *et* 3. *ff. si ager vectig.* et quod maximum est, non temporis adjectione, sed propria conventionis forma contractus ab invicem distinguuntur. *l.* 8. *ff. de procurat. l.* 44. *ff. de o. et a.* Wesenbech. *ad ff. tit. locat. n.* 8. Francisc. Conan. *lib.* 6. *comment. c.* 12. Addatur *disp. inaugural.* Dn. d. Corbmacheri fautoris, hospitis atque cognati mei aetatem devenerandi: *de civilitate nociva cap.* 5. §. 30. Nihilominus, utut ista sese ita habeant, periculosum tamen est, a communi et inveterata sententia in praxi recedere. Sande *de prohibit. rer. alienat. cap.* 3. §. 3. *n.* 47.

§. 44. Dum fructus percipit maritus ex praelio do- 45
tali, illiusne erit onera ratione fructuum debita ferre, ut collectas? Decidit *l.* 13. *ff. de impens. in res dotal.* hunc in modum. *Neque stipendium, neque tributum ob dotalem fundum praestita exigere vir a muliere potest, onus enim fructuum haec impendia sunt.* Non secus ac usufructuarius iisdem subjacet oneribus *l.* 27. §. 3. *ff. de usufr.* sed ut est bodie temporum rigor; quo subditorum bona tantis tamque variis oneribus publicis subjiciuntur, ut laboribus suis, quos dies noctesque fundis colendis impendunt, vix tantum lucrentur, vel potius corradant, quo se, nedum familiam alant atque sustentent. Quod si ergo onera constante matrimonio praestita fructus perceptos longe excedant, et probare possit maritus, se pecunia sua agros dotales ab oneribus immodicis, ne ad fiscum devolverentur, liberasse. Non partem onerum repetere possit ab uxore? Equidem credo, quod possit onera, quatenus excedunt fructus perceptos, repetere; nisi maritus de-

terioris esse debeat conditionis, quam est usufructuarius, de hoc fere consentiunt, quod sicubi tributa quantitatem fructuum exsuperent, tum excessus repleri debeat a proprietario Carpzov. *l.* 1. *resp.* 105. *num.* 11. Richter. *p.* 1. *dec.* 20. *in fin. et p.* 2. *dec.* 20. *n.* 28. Harppr. *ad* §. *inst. n.* 157. *de usufr.* Gars. *de expens. et meliorat. c.* 11. *n.* 51 Castillo *de usufr. cap.* 57.

46 §. 45. Ex dominio maritali fluit secundo administratio rerum dotalium, quam maritus ita obit, ut illo invito uxor nihil gerere, atque circa illa disponere possit, sed omnia nutui mariti relinquantur. Hic autem ut bonum patremfamil. decet, administrare debet, cujus officium quale sit, aliquo modo in usufructuario explicat imperator §. 38. *i. de r.* d. ibi. *Sed si gregis usumfructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex foetu fructuarius submittere et in vinearum demortuarum, vel arborum locum alias debet substituere; recte enim colere, et quasi bonus paterfamil. uti debet.* Dotis enim conditionem reddere deteriorem non licet.

47 §. 46. Ergone omnem culpam praestabit maritus? Ita videbatur, dum ad maritum fructus pertinere jam dictum; et ita hic commodum est accipientis, ubi culpam levissimam praestandam esse liquet ex *l.* 5. §. 2. *ff. commod.* Verum re penitius inspecta, locum hic tantum habet culpa levis, quoniam fructus non tam mariti commodo et lucro cedunt, quam matrimonii oneribus ferendis impenduntur, et simul commoditatem in connubio vivendi procurant uxori; atqui ubi utilitas versatur, tam ex parte dantis, quam accipientis, ibi culpa levis praestatur *ad l.* 5. §. 2. et hoc etiam quoad maritum firmat *l.* 17. *ff. de jur. dot. l.* 18. §. 1. *ff. solut. matrim.* imo *d. l.* 17. addit. *sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet.* Atteoque, si diligentissimus est paterfamil. in suis rebus, eamdem diligentiam praestabit etiam in dotalibus, dummodo utrumque fieri possit; datur enim casus, ubi alterum conservando, alterum negligere tenemur, et tunc rem dotalem postponi posse opinor, alias omnino certum est, quod in dolo praesumatur esse, qui majorem adhibet diligentiam suis rebus quam alienis Petr. Barbos. *ad l.* 10. *n.* 25. *in fin. ff. solut. matrim.*

48 §. 47. Quid si vero maritus in suis rebus minus sit diligens, sed potius apprime negligens, nonne tanc sibi imputabit, quod tam negligentem adscierit socium ob §. *f. i. de societ.?* Bellissime respondet Jctus in *l.* 24. §. 5. *ff. solut. matrim.* ibi: *et quidem si tantum in servos uxoris saevus fuerit, constat eum teneri hoc nomine, si vero et in suos est natura talis, adhuc dicendum est, immoderatam ejus saevitiam hoc judicio coercendam, quamvis enim diligentiam uxor eam demum ab eo exigat, quam rebus suis exhibet, nec plus possit, attamen saevitia, quae in propriis culpanda est, in alienis coercenda est; hoc est, dotalibus.* Ad dolum vero praestandum quin obligetur, extra dubium est, cum is in omni contractu sit praestandus *l.* 23. *ff. de r. j.* adeo, ut ne quidem marito pacisci liceat, ne dolus praestetur, *l.* 27. §. 4. *ff. de pact.* imo nec hoc quidem, ut dolum solummodo in dote praestet, *l.* 6. *ff. de pact. dotal.* quippe dolus et lata culpa sub se invicem comprehenduntur. Lauterbach. *ad tit. commodat. p.* 176. Sed haec de culpae praestatione quaestio non opus est in rebus fungibilibus in dotem datis aeque ut in mutuo. §. 2. *i. quib. mod. re contr.*

§. 48. Inde jam patet, quod licet maritus dominus sit dotis, abuti tamen eadem nequeat, atque oscitanter eamdem administrare, nec reficiendo quicquam nec fulciendo, et quamvis in pari negligentia uxor fuerit, et dum per maritum licuisset, reficere tamen atque restaurare res suas omiserit, habebit tamen actionem contra maritum finito matrimonio, quia non competebat uxori curam agere rei dotalis constante matrimonio, ubi quiescebat ejus dominium. Quod et verum puto, si mulier nomen in dotem cesserit, et marito exactionem oscitanter differente, debitor cessus tandem bonis labatur, ubi nihilominus ad dotis quantitatem cessam uxori finito matrimonio tenebitur. Vid. tamen *l.* 33. *ff. de jur. dot.* 49

§. 49. Cum mariti administrationem quaeri adhuc posset, an liceat ei ex agro dotali hortum, ex sylva agrum, vel in eo piscinam facere? De domino alias certum, vulgo quod dici solet: 50

Diruit, aedificat, mutat quadrata rotundis.

Imo etiam vassallo licet rem feudalem aedificando immutare 2. *feud.* 28. §. *si vassallus.* Contra vero usufructuarius potestate immutandi rem in usumfructum concessam haud pollet, adeo, ut aedificium inchoatum consummare non possit, etiamsi eo loco aliter uti non posset, *l.* 61. *ff. de usufr.* Et tametsi meliorem, aedificium excolendo, domini causam facturus esset, non tamen id jure suo facere potest, aliudque est tueri, quod accepisset, aliud novum facere *l.* 44. *ff. de usufr.* Nobis quoad licentiam immutandi fundum dotalem, placet inhaerere principio: *dotis conditionem deteriorem maritus reddere nequit ex l.* 6. *ff. de fund. dotal.* ita sc. ut minores fructus exinde capiat, quod si ergo fructus dotis augere possit fundum immutando, quidni liceret, *l.* 7. §. 13. *sol. matr.* non obstat, quod mulier finito matrimonio non valeat aeque commode uti re ista immutata, quamvis impensae a marito eapropter factae eae tantum restituendae sint, non quantas revera fecit, sed quam utiles mulieri jam esse aestimabuntur arg. *l.* 38. *ff. de r. v. et l.* 25. *ff. de pign. act.* et sic locus querendi non facile dabitur mulieri.

§. 50. Tertio fluit ex dominio dotis maritali vindicatio; *l. does ancillam* 9. *c. de r. v. l. de his.* 11. *c. de jur. dot.* ut rem dotalem a quocumque possessore repetere valeat maritus, eatenus enim haec actio est dominii affectio propria *l.* 13. *pr. et passim. ff. d. r. v.* si datur marito etiam contra uxorem possidentem *l.* 24. *ff. de act. rer. amot.* non secus ac emphyteuta et vassallus a domino directo vindicare possunt, quod tamen semper intelligendum, postquam dos semel est tradita, nam ex promissione sola non datur vindicatio, sed potius actio ex stipulatu. Et sicuti alias ex dominio putativo datur actio in rem publiciana, ita et marito pariter competit *l.* 3. §. 1. *ff. de publician. in rem. act.* si sc. bona fide rem in dotem traditam accepit, quae non fuit in dominio tradentis, et ante tempus usucapionis completum amisit. Sed et marito consultum, ut cum vindicatione conjungat publicianam; quia et hic aeque difficilis est dominii probatio, quam alias in rei vindicatione. 51

§. 51. Praeterea competit quoad dotem marito etiam actio furti *l.* 49. *in f. ff. de furt. l.* 18. §. 2. *in f. ff. solut. matrim.* An etiam contra mulierem? Distinguendum; aut matrimonio constante surripuit, aut di- 52

vortio jam facto, hoc casu competit actio furti *l.* 24. Lauterb. *ad tit. de act. rer. amot.* §. *directa.* illo autem, vel repetit rem maritus non constante amplius matrimonio, et locum habet actio rerum amotarum aut condictio furtiva *d. l.* 24. *ff. rer. amot.* vel matrimonio adhuc constante, et tunc condictionem sine causa ex *l.* 32. *ff. de r. c.* instituere potest, Lauterb. *d. l.* quae condictio dicitur juris gentium in *l.* 25. *ff. de act. rer. amot.* cui enim in ipsa juris gentium aequitate fundatum, ut quicumque rem meam sine justa causa possidet, restituat. Furti autem actionem famosam instituere minus conveniebat, ob honorem atque reverentiam matrimonii, communionemque bonorum inter conjuges qualem qualem *l.* 1. *ff. rer. amot.*

53 §. 52. Competit quidem alias ex dominio facultas etiam alienandi, verum hic effectus uti in variis dominis est restrictus, ut non pro lubitu rem suam possint alienare *t. t. j. quib. alien. lic. vel non et t. j. quibus manumitt. non lic.* Ita etiam marito rerum dotalium alienatio interdicta per legem juliam *pr. j. quib. alien. lic. vel non. l. un.* §. 15. *c. de rei ux. act.* Reip. enim interest, mulieribus dotes salvas permanere *l.* 1. *ff. solut. matrim.* Quod an generaliter verum, operae pretium erit considerasse. Dantur varii generis res in dotem, suntque illae vel mobiles vel immobiles.

54 §. 53. De mobilibus statuunt quidem, quod earum alienatio marito sit permissa Barbos. *ad l. dotalem* 62. *n.* 16. *solut. matrim.* sive eadem servando servari possint, sive non *l.* 21. *ff. de manumiss. l.* 3. *c. de jur. dot. l.* 1. *c. de serv. pign. dat.* Lauterb. *ad tit. ff. de fund. dot.* §. *fundum.* Hahn. *ad Wes. d. t. n.* 4. Lex enim julia alienationem prohibens, praedii tantum dotalis facit mentionem, nec ullibi legitur Justinianus illam ad res mobiles extendisse, amplianda autem non erat haec prohibitio per solam interpretationem, dum libertati est inimica add. Hotomann. *de dote.* Anthon. Guibert. *d. tr. cap.* 5. *n.* 14. Caldas *l.* 1. *quaest. forens.* 18. *n.* 59. Sand. *d. prohibit. rer. alienat. pag.* 18. *n.* 4. Duaren. *ad tit. ff. de fund. dot.* Wissenb. *disp.* 46. *th.* 26. Sed additur a quibusdam, modo maritus alienans sit solvendo, hoc enim casu demum valida est alienatio, ut uxor ne quidem soluto matrimonio rem illam mobilem alienatam revocare valeat. Eckold. *ad ff. de fund. dotal.* §. 2. Zoes. *ad ff. d. l. n.* 3. ob *l.* 21. *ff. de manumiss. l.* 1. *c. de serv. pign. dat.*

55 §. 54. Verum an illa limitatio in quibusvis rebus mobilibus in dotem datis locum habeat, ambigo, et tandem re penitius inspecta, puto dicendum; quod rebus fungibilibus in dotem datis non prohibeatur maritus easdem alienare, licet non sit solvendo, quia ad arbitrium suum eas distrahere posse dicitur *l.* 42. *ff. de jur. dot.* neque etiam fructus commode ex illis percipere potest maritus, nisi distraxerit. Quae ergo res servando servari possunt, et tamen suam praestant utilitatem, ut grex ovium, armenta, etc. illa non erunt distrahenda, nisi maritus fuerit solvendo. Et sic assentior Harpprecht. *ad pr. j. quib. alien. lic. vel non. n.* 11. Thoming. *dec.* 31. *n.* 4. Petr. Costal. *ad l.* 1. *ff. de fund. dot.* Perez. *ad d. t. cod. n.* 6. *et* 7.

56 §. 55. Hic nodus occurrit solvendus: an res ex pecunia dotali comparata fiat dotalis? Gravem Il. pugnam circa hoc deprehendere licet. Affirmant. *l.* 54. *ff. de jur. dot. l.* 26. 27. *c. eod. l.* 22. §. *fin. ff. solut. matrim.* Contra negant *l.* 12. *c. de jur. dot. l. f. c. de serv. pign. dat.* In hoc ergo Il. conflictu varies excogitant conciliationes. Accurs. *ad l.* 54. ait, tunc res illae censeatur dotales, quoties voluntate et nomine uxoris comparatae sunt, et ipsi haec surrogatio utilis, add. Rolaud. a Valle *consil.* 86. *n.* 1. *et* 13. Paris. *l.* 3. *consil.* 128. *n.* 1. *seq.* Socin. Jun. *l.* 3. *consil.* 118. *n.* 11. Tiraq. *de retract. convent.* §. 32. *n.* 16. Mev. *p.* 5. *dec.* 6. Anton. Faber. *l.* 5. *conject. c.* 9. Ripa. *ad rubric. solut. matrim. n.* 43. Alciat. *ad d.* 1. *n.* 21. Carpz. *p.* 3. *c.* 23. *d.* 28. Alii insuper addunt: modo eo nomine sc. ut dotales sint, comparatae fuerint. Duaren. *ad l.* 22. *in f. solut. matrim.* Mantic. *de tacit. et ambig. convent. l.* 12. *tit.* 27. *n.* 4. Gutierez. *l.* 5. *q.* 57. *n.* 4. *et q.* 88. *n.* 3. Alii tunc demum rem istam putant dotalem esse effectam, si viro ad inopiam redacto uxor repetat dotem, ubi praeferatur aliis creditoribus, quoad rem ex pecunia dotali comparatam instituta actione subsidiaria vel utili, Gothofred. *ad d. l.* 54. *lit. d.* Cujac. *l.* 5. *obs. cap.* 9. Difficile est videre, quid omnium tutissime sequi liceat, sane si ex pecunia dotali maritus consensu uxoris eo nomine praedium comparavit, ut esset dotale, nullum dubium, quin etiam tale sit. At si hoc non ita expresse conventum, tunc arbitror, eo tantum casu praedium illud comparatum haberi dotale, si maritus non fuerit solvendo, et aliter mulieri dotem repetenti satisfieri nequeat. Nam si maritus sit solvendo, ejus erit arbitrii, quomodo uxori satisfacere velit, pecunia enim illa in dotem data in pleno erat mariti dominio, eamque pro lubitu alienare poterat, ita ut cogeretur uxor contenta esse, dummodo aliquando tantumdem ipsi restitueretur, add. Barbos. *p.* 3. *rubr. n.* 76. *ff. solut. matrim.* Harppr. *ad pr. j. quib. alien. lic. vel non* 24. *et seqq.*

57 §. 56. Quoad immobilia distinguunt, aut res inaestimato in dotem datur, aut aestimato, illud, quod proprie dotale dicitur praedium, alienari nequit, Hahn. ad Wesenb. *de fund. dot. n. fin.* licet mulier consentiat *d. pr. j. quib. alien. lic. vel non. l. un.* §. 15. *c. de r. u. a.* ne sexus muliebris fragilitas, qua ut plurimum contra propria commoda peccare solent, in perniciem substantiae ipsarum convertatur, *d. pr.* Sande *de prohibit. rer. alien. p.* 80. *n.* 5. Thoming. *dec.* 31. *n.* 23. Francisc. Vivius *dec.* 261. *n.* 1. *seq.* Philipp. *ad j. l.* 2. *ecl.* 40.

58 §. 57. Quid si vero mulier consensum alienationi semel additum post biennium repetat, nonne ita convalescit alienatio? De sponsalitia largitate seu donatis propter nuptias ita constituit Justinianus *nov.* 61. *cap.* 1. *consensus in talibus aut in hypothecam aut in venditionem, aut in aliam alienationem conscriptus, percipienti omnino non proderit, si semel consensus fiat, sed sicut in intercessionibus scripsimus, ut oporteat biennii tempore existente, et rursus aliam professionem scribi confirmantem consensum et tunc ratum esse, quod factum est, sic et in hac fiat, plura namque ex primo mox auditu delinquuntur, muliere quippe mariti seductionibus facile decepta et propria negligente jura. Cum vero plurimo tempore cogitaverit pro negotio, fiet forsan cautior. Verumtamen neque hoc simpliciter damus, sed tunc mulierem ex secundo consensu damno submittimus, dum sunt aliae*

res, ex quibus possibile est, ei satisfieri, pro re, vel rebus immobilibus, quae in antenuptiali donatione continentur. Haec verba an ad dotem ejusque alienationem geminato mulieris consensu interveniente factam applicanda sint, in diversas abeunt partes dd. Sande *de prohib. rer. alien. p.* 82. *n.* 13. negat, et rationis loco innititur verbis *d. nov.* 62. *cap.* 1. §. 3. *in fin. Et multo potius haec in dote valebunt, si quid dotis aut alienetur, aut supponatur, jam enim haec sufficienter delimata et sancita sunt.* et §. 4. *Omnibus privilegiis jam doti datis a nobis in sua firmitate manentibus.* Inde illum colligere arbitror: quia imperator tamen hic de novo voluit confirmare privilegia dotis aliis in constitutionibus promulgata, et tamen nullibi legitur, quod consensus mulieris geminato adhibitus convalidet alienationem dotis, haec etiam nov. non est ad dotis distractionem extendenda. Add. Eckold. *ad tit. ff de fund. dot.* §. 3.

59 §. 58. Verum enim vero ista verba: *et multo potius haec in dote valebunt*, nimis clara sunt, satisque significant, quod imperator dispositionem hujus novell. quoad consensum geminatum etiam valere velit in alienatione dotis, cur enim alias dixisset, *haec et in dote valebunt? quaenam* sunt illa, quae voce relativa *haec* intelligi vult, nonne illa, quae disposita sunt in hac novell. de donatione antenuptiali? At quoniam sunt et alia jura atque privilegia, quae alibi doti tributa, et non aeque obtinent in donatione antenuptiali, hinc confirmare eadem voluit per verba sequentia: *omnibus etc.* ne quis colligeret, illa alias fuisse per hanc sanctionem abolita, dotemque per omnia donationi antenuptiali esse comparatam atque exaequatam; itaque statuimus, geminatum consensum dotis alienationi, modo supradicto, adhibitum, uxori omnino nocere, cum et eadem ratio, quae addita est alienationi donatorum antenuptialium applicari possit alienationi dotis. add. dn. Brunnem. *in quaest. ad Wesenb. ff. de fund. dot. qu.* 11. Cujac. *ad d. nov.* 61.

60 §. 59. Minus dubii habet, an consensus mulieris jurato alienationi fundi dotalis a marito factae interpositus eamdem confirmet? Quamvis enim certo sit certius, quod juramentum non confirmet actum jure civili invalidum, *l. non dubium c. de ll.* et sequatur naturam contractus, cui accedit. Nihilominus quoniam jus canonicum omne juramentum servandum inculcat, quod sine dispendio aeternae salutis servari potest. Omnes fere consentiunt dd. quod foemina semel jurato alienationi consentiens, illam postea impugnare nequeat, nec alienatum revocare; Eckold. *ad ff. tit. de fund. dotal.* §. 3. *in f.* Struv. *ex.* 30. *th.* 21. *in f.* Gutier. *de juram. confirm. cap.* 1. Anthon. Gomez. *lib.* 2. *resol. c.* 14. *n.* 27. Francisc. Vivius *dec.* 133. *n.* 1. Sand. *d. tr. p.* 81. *n.* 11. Harppr. *ad pr. j. quib. alien. lic.* Perez. *ad tit. de fund. dotal. n.* 9. qui addit: praxis hodierna ita jus interpretatur, ut juramenti occasione majorem vim tribuat contractibus jure civili prohibitis, non vero jure naturali irritis, quodque plus obligetur mulier, quae consentit in alienationem fundi dotalis, seque juramento obstrinxit ad non revocandum, quam ille, qui juravit, usuras illicitas se soluturum; Gail. *l.* 2. *obs.* 39. *n.* 21. Mynsing. *cent.* 3. *obs.* 10. *n.* 5. Dn. Praes. *in cautel. contract. sect.* 1. *cap.* 3. §. 24. ubi addit: quod salva hoc casu maneat uxori repetitio ex bonis mariti.

§. 60. Ex jure saxonico notandum, quod maritus 61
res dotales immobiles recte alienet, dummodo accesserit mulieris ejusque curatorum consensus, insuper intervenerit causae cognitio et decretum magistratus, et tunc non requiritur nec consensus geminatus, nec juratus, praesumitur enim ex actu illo judiciali et curatorum consensu causam alienandi legitimam adfuisse. Struv. *ex.* 30. *th.* 22. Carpz. *p.* 2. 13. *def.* 21. Philipp. *ad j. l.* 2. *ecl.* 40. *n.* 9.

§. 61. Limitant tertio ex jure civili hanc alienatio- 62
nis prohibitionem, si sc. alienatio fundi dotalis fuerit uxori utilis, Sande *de prohibit. rer. alienat. d. p.* 1. *m.* 9. Et tunc jure saxon. ne quidem opus curatore juxta Carpz. *p.* 2. *c.* 15. *def.* 17. dummodo illa utilitas non sit speciosa atque putativa, sed realis atque approbata judicis forte arbitrio, indeque nondum utilem dicit dn. Brunn. *ad l.* 2. *pr. ff. de fund. dotal.* illam alienationem, si pro praedio minus fertili pretium satis amplum capere maluit maritus, nisi aliud praedium surrogetur, nam pretium amissioni et consumptioni obnoxium. add. Petr. Barbos. *ad l.* 1. *p.* 5. *n.* 7. *solut. matrim.* Francisc. Cald. *lib.* 1. *qu. forens.* 18. *n.* 51.

§. 62. Jam quaeritur, an pecunia ista pro fundo 63
dotali soluta sit dotalis? Paulo ante *th.* 55. demonstratum, quod praedium pecunia dotali emptum sit certo casu dotale, si scil. maritus non fit solvendo. Nec desunt dd. qui sicut praedium succedit in locum pecuniae dotalis, ita vicissim pecuniam succedere in locum praedii dotalis statuunt Alexand. *l.* 4. *cons.* 124. *n.* 11. Barbos. *d. p.* 3. *rubr. n.* 73. *in fin. ff. solut. matrim.* quibus omnino suffragatur *l.* 26. 27. *ff. de jur. dot.* ibi: *constante matrimonio permutari dotem posse dicimus, si hoc mulieri utile sit, si ex pecunia in rem, aut ex re in pecuniam, idque probatum est, quod si fuerit factum fundus vel res dotalis efficitur.* Certum est, quod propositio illa reciproca omnino procedat in universalibus *l.* 25. §. 1. *ff. de haered. petit. l.* 70. §. *f. et l.* 71. *ff. de leg.* 2. An dos ejusmodi universale sit, multum ambigo. Nihilominus in favorem dotis dicendum, quod regula illa, in singularibus pretium non succedit loco rei *l. non unde c. si cert. pet.* in dote non obtineat, sed in utilitatem mulieris praedium est alienatum, res illa aequivalens omnino surroganda est in vicem praedii dotalis, quoniam alias praedium mulieris non potest dici in ejus utilitatem esse alienatum.

§. 63. Quarto prohibitam alienationem licitam fieri 64
ajunt; si fundus dotalis per translationem universitatis in alium transit Sand. *de prohib. rer. alien. d. p.* 81. *n.* 10. Thoming. *dec.* 31. *n.* 43. *seq.* Salviolus *in repet. ff. rubr. solut. matr. n.* 31. Hippol. Riminald. *vol.* 4. *cons.* 363. *p.* 193. *seq.* Verum nondum percipio ex dd. allegatis, qua ratione per universitatem licite alienari possit dos, ut uxor invita ejus dominio excidat. Equidem *l.* 1. *ff. de fund. dot. l.* 62. *ff. de a. r. d.* hunc formant casum, *ut fundus dotalis ad haeredem mariti.* At ita semper dote sua uxor privari posset a marito per haeredis institutionem, et quomodo quaeso dotem maritus per haereditatem transferre posset, cum morte mariti cesset matrimonium et per consequens etiam dos? Et quamvis in *d. l.* 1. additum sit: *cum suo tamen jure, ut alienari non possit*, sc. ab haerede mariti, inde ta

vortio jam facto, hoc casu competit actio furti *l.* 24. Lauterb. *ad tit. de act. rer. amot.* §. *directa.* illo autem, vel repetit rem maritus non constante amplius matrimonio, et locum habet actio rerum amotarum aut condictio furtiva *d. l.* 24. *ff. rer. amot.* vel matrimonio adhuc constante, et tunc condictionem sine causa ex *l.* 32. *ff. de r. c.* instituere potest, Lauterb. *d. l.* quae condictio dicitur juris gentium in *l.* 25. *ff. de act. rer. amot.* etsi enim in ipsa juris gentium aequitate fundatum, ut quicumque rem meam sine justa causa possidet, restituat. Furti autem actionem famosam instituere minus conveniebat, ob honorem atque reverentiam matrimonii, communionemque bonorum inter conjuges qualem qualem *l.* 1. *ff. rer. amot.*

83 §. 52. Competit quidem alias ex dominio facultas etiam alienandi, verum hic effectus uti in variis dominis est restrictus, ut non pro lubitu rem suam possint alienare *t. t. j. quib. alien. lic. vel non et t. j. quibus manumitt. non lic.* Ita etiam marito rerum dotalium alienatio interdicta per legem juliam *pr. j. quib. alien. lic. vel non. l. un.* §. 15. *c. de rei ux. act.* Reip. enim interest, mulieribus dotes salvas permanere *l.* 1. *ff. solut. matrim.* Quod an generaliter verum, operae pretium erit considerasse. Dantur varii generis res in dotem, suntque illae vel mobiles vel immobiles.

84 §. 53. De mobilibus statuunt quidem, quod earum alienatio marito sit permissa Barbos. *ad l. dotalem* 62. *n.* 16. *solut. matrim.* sive eadem servando servari possint, sive non *l.* 21. *ff. de manumiss. l.* 3. *c. de jur. dot. l.* 1. *c. de serv. pign. dat.* Lauterb. *ad tit. ff. de fund. dot.* §. *fundum.* Hahn. *ad Wes. d. t. n.* 4. Lex enim julia alienationem prohibens, praedii tantum dotalis facit mentionem, nec ullibi legitur Justinianus illam ad res mobiles extendisse, amplianda autem non erat haec prohibitio per solam interpretationem, dum libertati est inimica add. Hotomann. *de dote.* Anthon. Guibert. *d. tr. cap.* 5. *n.* 14. Caldas *l.* 1. *quaest. forens.* 18. *n.* 59. Sand. *d. prohibit. rer. alienat. pag.* 18. *n.* 4. Duaren. *ad tit. ff. de fund. dot.* Wissenb. *disp.* 46. *th.* 26. Sed additur a quibusdam, modo maritus alienans sit solvendo, hoc enim casu demum valida est alienatio, ut uxor ne quidem soluto matrimonio rem illam mobilem alienatam revocare valeat. Eckold. *ad ff. de fund. dotal.* §. 2. Zoes. *ad ff. d. l. n.* 3. ob *l.* 21. *ff. de manumiss. l.* 1. *c. de serv. pign. dat.*

85 §. 54. Verum an illa limitatio in quibusvis rebus mobilibus in dotem datis locum habeat, ambigo, et tandem re penitius inspecta, puto dicendum; quod rebus fungibilibus in dotem datis non prohibeatur maritus easdem alienare, licet non sit solvendo, quia ad arbitrium suum eas distrahere posse dicitur *l.* 42. *ff. de jur. dot.* neque etiam fructus commode ex illis percipere potest maritus, nisi distraxerit. Quae ergo res servando servari possunt, et tamen suam praestant utilitatem, ut grex ovium, armenta, etc. illa non erunt distrahenda, nisi maritus fuerit solvendo. Et sic assentior Harpprecht. *ad pr. j. quib. alien. lic. vel non. n.* 11. Thoming. *dec.* 31. *n.* 4. Petr. Costal. *ad l.* 1. *ff. de fund. dot.* Perez. *ad d. t. cod. n.* 6. *et* 7.

86 §. 55. Hic nodus occurrit solvendus: an res ex pecunia dotali comparata fiat dotalis? Gravem ll. pugnam circa hoc deprehendere licet. Affirmant. *l.* 54. *ff. de jur. dot. l.* 26. 27. *c. eod. l.* 22. §. *fin. ff. solut. matrim.* Contra negant *l.* 12. *c. de jur. dot. l. f. c. de serv. pign. dat.* In hoc ergo ll. conflictu varies excogitant conciliationes. Accurs. *ad l.* 54. ait, tunc res illae censentur dotales, quoties voluntate et nomine uxoris comparatae sunt, et ipsi haec surrogatio utilis. add. Roland. a Valle *consil.* 86. *n.* 1. *et* 13. Paris. *l.* 3. *consil.* 128. *n.* 1. *seq.* Socin. Jun. *l.* 3. *consil.* 118. *n.* 11. Tiraq. *de retract. convent.* §. 32. *n.* 16. Mev. *p.* 5. *dec.* 6. Anton. Faber. *l.* 5. *conject. c.* 9. Ripa. *ad rubric. solut. matrim. n.* 43. Alciat. *ad d.* 1. *n.* 21. Carpz. *p.* 3. *c.* 23. *d.* 28. Alii insuper addunt: modo eo nomine sc. ut dotales sint, comparatae fuerint. Duaren. *ad l.* 22. *in f. solut. matrim.* Mantic. *de tacit. et ambig. convent. l.* 12. *tit.* 27. *n.* 4. Gutierez. *l.* 3. *q.* 57. *n.* 4. *et q.* 88. *n.* 3. Alii tunc demum rem istam putant dotalem esse effectam, si viro ad inopiam redacto uxor repetat dotem, ubi praeferatur aliis creditoribus, quoad rem ex pecunia dotali comparatam instituta actione subsidiaria vel utili, Gothofred. *ad d. l.* 54. *lit. d.* Cujac. *l.* 5. *obs. cap.* 9. Difficile est videre, quid omnium tutissime sequi liceat, sane si ex pecunia dotali maritus consensu uxoris eo nomine praedium comparavit, ut esset dotale, nullum dubium, quin etiam tale sit. At si hoc non ita expresse conventum, tunc arbitror, eo tantum casu praedium illud comparatum haberi dotale, si maritus non fuerit solvendo, et aliter mulieri dotem repetenti satisfieri nequeat. Nam si maritus sit solvendo, ejus erit arbitrii, quomodo uxori satisfacere velit, pecunia enim illa in dotem data in pleno erat mariti dominio, eamque pro lubito alienare poterat, ita ut cogeretur uxor contenta esse, dummodo aliquando tantumdem ipsi restitueretur, add. Barbos. *p.* 3. *rubr. n.* 76. *ff. solut. matrim.* Harppr. *ad pr. j. quib. alien. lic. vel non* 24. *et seqq.*

§. 56. Quoad immobilia distinguunt, aut res inae- 87
stimato in dotem datur, aut aestimato, illud, quod proprie dotale dicitur praedium, alienari nequit, Hahn. ad Wesenb. *de fund. dot. n. fin.* licet mulier consentiat *d. pr. j. quib. alien. lic. vel non. l. un.* §. 15. *c. de r. u. a.* ne sexus muliebris fragilitas, qua utplurimum contra propria commoda peccare solent, in perniciem substantiae ipsarum convertatur, *d. pr.* Sande *de prohibit. rer. alien. p.* 80. *n.* 5. Thoming. *dec.* 31. *n.* 23. Francisc. Vivius *dec.* 261. *n.* 1. *seq.* Philipp. *ad j. l.* 2. *ecl.* 40.

§. 57. Quid si vero mulier consensum alienationi 88
semel additum post biennium repetat, nonne ita convalescit alienatio? De sponsalitia largitate seu donatis propter nuptias ita constituit Justinianus *nov.* 61. *cap.* 1. *consensus in talibus aut in hypothecam aut in venditionem, aut in aliam alienationem conscriptus, percipienti omnino non proderit, si semel consensus fiat, sed sicut in intercessionibus scripsimus, ut oporteat biennii tempore existente, et rursus aliam professionem scribi confirmantem consensum et tunc ratum esse, quod factum est, sic et in hac fiat, plura namque ex primo mox auditu delinquuntur, muliere quippe mariti seductionibus facile decepta et propria negligente jura. Cum vero plurimo tempore cogitaverit pro negotio, fiet forsan cautior. Verumtamen neque hoc simpliciter damus, sed tunc mulierem ex secundo consensu damno submittimus, dum sunt aliae*

etiam dos dignatur. Sit itaque idem de paribus judicium. Interim non nego, quod maritus ob evictionem teneatur ad interesse, neque haec revocandi licentia extendenda ad casum, quo finito matrimonio maritus dotem lucratur, per *l.* 42. *ff. de usufr. cap. l.* 17 *ff. de fund. dot.* Struv. *ex.* 30. *th.* 21. Quid autem alienationis nomine hoc in negotio veniat, non vacat hic prolixe excutere, videri possunt dn. Brunn. *ad inst. ex*, 9. *tit.* 8. *num.* 3. Eckold. *ad tit. de fund. dot.* §. 3. Lauterb. *d. diss. th.* 30. *seqq.* add. Saude *de prohib. rer. alienat. p.* 46. *seq.*

70 §. 69. Nobis hoc subjicere licet, an ad maritum spectet rerum dotalium periculum? Ubi res mobiles ab immobilibus sunt separandae, illae periculum transferunt ad maritum *l.* 42. *ff. de jur. dot.* non secus ac mutuum simulac contractum, omne periculum statim transfert ad debitorem §. 2 *j. quib. mod. re contrah.* Haec tum demum, si fuerint aestimato traditae *l.* 10. *pr. ff. l.* 5. *c. de jur. dot.* et venditionis gratia facta fuerit illa aestimatio, Pantschm. *l.* 1. *q.* 6. quia eo fine adjicitur taxatio, ut re vel deteriorata, vel plane perempta constare possit mulieri, quantum pretium repetere liceat. Et sic rerum inaestimato in dotem datarum periculum penes mulierem manet *d. l.* 10. *pr. et* §. 1. Erat enim maritus debitor speciei, qua perempta liberatur modo culpa nulla intercesserit quae marito ad restituendum obligat dn. Brunn. *quaestion. ad Wesenb. tit. solut. matrim. qu.* 12. Idemque dicendum de praedio, quod taxationis tantum gratia est aestimatum, manet enim tunc fundus adhuc dotalis, Lauterb. *d. diss. th.* 25. Nec potuit ex hac aestimatione onere aliquo gravari, quia nullum commodum in eum transit. Et ita solent communiter concludere dd. quod aestimatio rei, taxationis causa, adjecta non transferat periculum. Carpz. *p.* 2. *c.* 37. *d.* 16. Richt. *p.* 2. *d.* 81. *n.* 13. Rauchh. *p.* 1. *qu.* 29. *n.* 22.

71 §. 70. Restat adhuc videre, quo casu marito dotem lucrari liceat, regulariter enim hoc inest naturae dotis, ut restituatur vel uxori, vel ejus haeredibus, licet nihil horum fuerit conventum *l.* 1. *pr. ff. solut. matrim.* eumque in finem soluto matrimonio dominium dotis, quod hactenus quieverat, ipso jure reviviscit, ut illam aut vindicare, aut actione hypothecaria repetere valeat. dn. Brunn. *repetit. Wesenb. tit. solut. matrim. q.* 1. Dator tamen aliquando marito facultas lucrandi dotem, quae oritur vel ex pacto, vel delicto mulieris, vel lege statutove. Pacta enim de dote post mortem uxoris lucranda, valere nemo dubitat, cum nihil inhonesti contineant.

72 §. 71. Hoc tantum sedulo laborandum, ut caute incautur, ne pro lubita uxor eadem rescindere et revocare valeat, nam quicumque per modum ultimae voluntatis eadem conscribi curat, facile fallitur, siquidem illa pro libidine sua uxor mutare et plane abolere potest ob *l.* 4. *ff. de adimend. et transferend. legat.* Pruckm. *vol.* 2. *consil.* 1. *n.* 338. Berlich. *p.* 2. *concl* 51. *n.* 26. Carpzov. *p.* 2. *c.* 43. *d.* 10. Kohl. *de pact. dotal. p.* 2. *n.* 80. Quod si ergo donatio dotis valere debet, pacta sunt ineunda, per modum actus inter vivos sive contractus, qualis altera parte invita revocari aut per testamentum mutari nequit *l.* 5. *c. de o. et a.* Struv. *ex* 30. *th.* 19. Dn. Praes. *in cautel. contract. sect.* 3. *c.* 8. §. 20. Quomodo vero pacta illa per modum actus inter vivos concipienda, pleniore jam tum manu exhibet dn. Praes. *d. c.* 8. §. 21. *et seqq* Tabor. *de pact. dotal.*

§. 72. Hoc insuper annotare liceat, quod pacta per 73
modum contractus de lucranda dote sint conficienda ante matrimonium, eo enim constante minus utiliter fient, siquidem pacta illa sapiunt donationem, qualis inter conjuges non permittitur, nisi voluntas donantis morte sit confirmata *l.* 13. §. 1. *ff. de donat. int. vir. et ux.*

§. 73. Secundo lucratur maritus dotem ex adulte- 74
rio uxoris, et quidem ita, ut liberis extantibus ex communi thoro ususfructus tantum dotis penes maritum maneat, salva proprietate ipsis liberis, illis vero non extantibus, proprietatem etiam lucretur maritus innocens *nov.* 117. *cap.* 8. §. 2. Hoc an in omni dote 75
procedat, quaeritur? Est enim illa vel profectitia, vel adventitia, hanc vel ipsa uxor vel extraneus marito confert. Certum est, quod maritus dotem praedicto modo lucretur, quam uxor tradidit. Sed si profectitia fuerit, secus quidem dicendum, inspectis juris antiqui placitis, dum filiafamil. per matrimonium sacris paternis non exibat. Hodie autem, ubi generali fere Germaniae consuetudine matrimonium filias emancipat. Dn. Brunnem. *ad l.* 2. *n.* 3. *c. quod cum eo, qui in alien. pot.* ita ut ne mortua quidem marito, in potestatem patris recidant Wissenb. *ad ff. p.* 1. *disput.* 4. *thes.* 30. Filia ipsa repetit et retinet dotem a patre profectam Wissenbach. *p.* 1. *disp.* 48. *th.* 18. si hoc, lucrabitur etiam maritus ob violatum ab uxore thorum profectitiam *l.* 71. *ff. de evict.* arg. *l.* 2. *pr. solut. matr. l.* 5. *ff. de divort.* Quod si dos sit adventitia, nec sibi extraneus restitutionem in casum soluti matrimonii stipulatus fuerit, lucrabitur eamdem maritus ad praescriptum *d. n.* 117. Sin restitutionem in casum mortis sibi reservaverit, adhuc maritus percipiet fructus, donec vel uxor vel maritus fuerit mortuus.

§. 74. Et haec facultas lucrandi etiam locum habe 76
hit in adulterio praesumpto per *cap. literis X. de praesumpt.* Loca. *ad ff. ad l. jul. de Adult. n.* 41. dn. Brunnem. *repet. Wesenb. d. t. q.* 33. Civili enim actione hoc jus lucrandi sibi vindicat maritus, in civilibus autem vel ex sola praesumptione aliquem condemnari posse, est tralatitium.

§. 75. Hoc tamen dubium, an ob osculum, quod 77
uxor passa, maritus lucretur dotem? Affirmare hoc ex *novell.* 117. *c.* 8. §. 4. suetinent Lauterb. *ad tit. de adult. p.* 537. Clarus *sentent.* §. *adulterium. n.* 26. Surd. *de aliment. tit* 79. *n.* 32. quibus adstipulari videtur 1 *feud.* 5. *pr.* ubi vasallus turpiter ludens cum uxore domini sui feudum amittit, eumque lusum de osculis et amplexibus intelligunt. Verum supposito hoc, quod lucrum dotis ex delicto sibi non possit adscribere maritus, nisi hoc causetur matrimonii dissolutionem, tales autem causae hodiernis moribus ad adulterium malitiosamque desertionem passim in orbe christiano restrictae. Inde licentiam lucrandi dotem in marito etiam restringendam puto, ut ille tantum eo casu lucrari possit ex delicto uxoris, quando ex illo agi potest ad matrimonii dissolutionem, atqui dicetes, vel ex osculo libidinose praesumi poterit adulterium, fateor multos hoc statuentes me invenisse. Covarruv. *de sponsal. p.* 2. *c.* 7. §. 6. *n.* 3. et quos allegat Harppr. *ad* §. 4. *n.* 60. *I. de public. jud.* sed aequiori tramite incedunt, qui dissentiunt, praesertim hodie ubi oscula etiam ju-

men nondum perspecta est ratio, cur licite maritus ad haeredem suum dotem possit transmittere? potest quidem ab haerede mariti detineri dos, donec repetat uxor, et restituat impensas, at haec alienatio parvi est momenti.

65 §. 64. Quinto licita fit illa alienatio, quae ex necessitate juris oritur Lauterb. *ad ff. tit. de fund. dat.* Juris necessitas quomodo sit describenda, docebunt, ni fallor *l* 1. *ff. et l.* 2. *c. de fund. dot.* quae scil. ex ipso fundo dotali profluit, nam in *l.* 1. alienatio fit ob damnum, quod ex praedio dotali metuebatur. add. *l* 2. *in pr. ff. de damn. inf.* in *l.* 2. *c. d. t.* datus erat in dotem fundus communis, qui, dum socius urgebat, alienandus erat, quod clarius proponit *l.* 78. §. 4. *ff. de jur. dot.* ibi: *si fundus communis in dotem datus erit et socius egerit cum marito communi dividundo, adjudicatusque fundus socio fuerit, in dote erit quantitas, qua socius marito dam atus fuerit, aut si omissa licitatione extraneo addictus ita fundus fuerit pretii portio, quae distracta est, sed ita, ut non vice corporis habeatur, nec divortio sequuto praesenti die, quod in numero est, restituatur, sed statuto tempore solvi debeat, quod si marito fundus fuerit adjudicatus, pars utique data in dotem, dotalis manebit, divortio autem facto sequetur restitutionem propter quam ad maritum pervenit, etiam altera portio sc. ut recipiat tantum pretii nomine a muliere, quantum dedit ex condemnatione socio etc.*

66 §. 65. Extra hos duos casus non facile fingendus casus necessitatis, quae alienationem dotis licitam reddere possit, indeque non potest ideo dos alienari, quia creditores uxoris urgent solutionem, sive obligatio illa fuerit contracta ante matrimonium sive illo constante, quia tunc maritus est dominus dotis, cui invito jus percipiendi fructus extorqueri nequit. Imo nec maritus obaeratus potest alienare vel in solutum offerre dotem urgentibus atque instantibus creditoribus, licet enim et tunc in necessitate sit constitutus maritus, talis tamen non est, quae ex dote provenit, et hinc nec per dotem avertenda dn. Brunn. *ad l.* 1. *n.* 3. *de fund. dot.* Eckold. *ad d. t.* §. 2. *in f.* Inde est, quod mariti a creditoribus fatigati, quiescere possint in jure foeminarum, quod hae tenent vel in dote, vel ob hanc in bonis maritorum, de quo vid. Disp. *de jure ex alterius persona permisso sub d. Praeside habita c.* 9 *n.* 134. add. dn. Brunn. *ad l.* 5. *c. de jur. dot.* famis autem necessitas si conjuges premat, facile licita erit dotis alienatio arg. *l.* 20. 21. *ff. solut. matrim.* Faber. *in c. l.* 5. *t.* 23. *def.* 1. *n.* 13. Schneidew. *ad pr. de his quib. alien. lic. n.* 12.

67 §. 66. Tandem licita etiam fit alienatio, si fundus aestimato in dotem datus, transit enim ita dotis datio in emptionem venditionem *l.* 5. *c. de jur. dot. l.* 10. *c. eod. l.* 10. §. 4. *ff. eod. t. un.* §. 9. *c. de rei ux. act.* Eckold. *ad tit. ff. de fund. dot.* §. 2. Lauterb. *ad d. t.* Carpz. *p.* 2. *c.* 15. *d.* 21. *n.* 10. Joseph. Ludov. *decis. perus.* 89. *n.* 8. Natta *lib.* 4. *cons.* 650. Nec maritus libertatem habet vel pretium vel praedium restituendi. Lauterb. *diss. de fund. dot. th.* 24. Dummodo venditionis gratia illa aestimatio fuerit adjecta, nam et taxationis gratia adjici plerumque solet, quae facultatem alienandi non tribuit *l.* 11. *ff. de fund. dot.* Fontan. *de pact. dotal. tom.* 2. *claus.* 5. *gl.* 8. *p.* 15. *n.* 31. Quid vero in dubio praesumendum, si aestimatio simpliciter facta? Venditionis gratia adjectam aestimationem praesumit dn. Brunnem. *ad l.* 5. *n.* 10. *c. de jur. dot.* Mantic. *de tacit. et ambig. convent. l.* 12. *tit.* 28. Menoch. *l.* 3. *praesumpt.* 74. *n.* 1. *et seq.* et sic probandum est, aestimationem tantum taxationis gratia intervenisse, quae mens varie in pactis dotalibus exprimi solet. Sic in *l.* 50. *ff. solut. matrimon.* pactum intercessit; *ut ex quacumque causa dos reddi deberet, ipsae res restituerentur, habita ratione augmenti et diminutionis viri boni arbitratu, quae vero non extarent, aestimatio earum.* Item in *l.* 21. *c. de jur. dot.* pactum est interpositum, *si matrimonium intra quinquennii forte tempora, quoquo modo esset dissolutum, species aestimatae doti datae, pretiis, quibus aestimatae sunt, redderentur.* Idem est quod dn. Praeses exprimit *in cautel. contract. sect.* 3. *cap.* 8. §. 10. *Dass im Fall maritus von diesen ihm zugebrachten Gütern, etwas veraeussern würde, solte solches alles null und nichtig seyn.*

§. 67. Quod si itaque illicite facta est fundi dotalis alienatio, an statim poterit revocari? Uxori quidem constante matrimonio, quoad dotem repetendam nulla nascitur actio, quamdiu maritus fuerit solvendo, et mulieri sufficientia praestet alimenta *l.* 29. *et l.* 30. *c. de jur. dot.* ita enim exceptio, tua non interest, repellit omnem agentem *l. pen. ff. de pact.* ea propter nec usucapi possunt res dotales a tertio, constante matrimonio, cum non volenti, sc. uxori, agere non currat praescriptio *l.* 9. *c. de r. v. nov.* 61 *c.* 1. *auth. permissa c. de donat. ant. nupt.* Viro autem revocare volenti obstare videtur generale dd. assertum: proprium factum impugnare non licet *l.* 25. *ff. de adopt.* Deinde, quia res dotalis prohibetur alienari in favorem mulieris *l. un.* §. *et cum lex* 15. *c. de r. u. a.* Tertio, quia, quoties actus fit adversus legis prohibitionem inductam in favorem tertii, is qui eum contractum fecit, ex sua persona contravenire non potest *l. si creditoribus c. de serv. pign. dat.* Menoch. *l.* 1. *cons.* 89. *n.* 84. sed statim dominio privatur Sand. *de prohib. rer. alienat. cap.* 4. §. 8. *seq.* Tandem, quia nihilominus maritus de evictione tenetur. Matth. Steph. *ad nov.* 61. *n.* 17. Dn. Brunn. *ad inst. ex.* 9. *tit.* 8. *n.* 13.

68

§. 68. Verum his non obstantibus verior et communior est sententia statuentium, quod et ipsi marito liceat rem dotalem illicite alienatam revocare, dn. Brunnem. *ad l.* 1. *pr. ff. de fund. dot.* Bald. *nov.* 7. *priv.* 1. *n.* 15. Pinell. *ad l.* 1. *c. de bon. matern. p.* 3. *n.* Gloss. *in l. un.* §. *et cum lex c. de r. u. a.* Campez. *de dote p.* 4. *q.* 20. Barbos. *ad l.* 1. *p.* 5. *n.* 14. *seq. ff. solut. matrim.* Lauterb. *diss. de fund. dot. th.* 37. *sqq.* propter *l. quemadmodum* 3. *c. de agric. et censit.* ubi platea: interest enim uxoris, ut res alienata quam citissime per maritum revocetur, quamvis enim uxori finito matrimonio salva maneat vindicatio, etiam quoad tertium possessorem, facile tamen diversis distringi posset tunc actionibus, si apud tertium res fuisset deteriorata, cujus damni refusionem non a possessore, sed a marito ejusve haeredibus petere teneretur, adde expensas processus, quas facere non tenetur uxor, si maritus jam tum rem vindicavit. Non secus ac praelatus ecclesiae revocare potest bona ecclesiae ab illo alienata, *cap.* 6. *de reb. eccles.* quae

83 §. 81. Cum superius dictum fuerit, quod maritus jure civili non habeat jus lucrandi, colophonis loco adhuc annectere liceat: annon haec facultas lucrandi sit indulta, si nec socer nec sponsa, sed extraneus dotem constituerit? Videbatur enim dotem nec a sponsa nec ejus patre profectam, reverti non debere ad illos soluto matrimonio, sed mariti esse; in diversas hic abeunt dd. sententias. Sunt qui defendere conantur, dotem adventitiam mortua uxore ad ejus patrem pertinere. Ut Zas. *lib.* 1. *singul. resp. c.* 2. *n.* 11. et quos allegat Petr. Barbos. *ad l. post dotem* 41. *n.* 28. *solut. matr.* Alii uxoris haeredibus adjudicant Bald. nov. *de dote p.* 8. *privil.* 10. *n.* 2. Cornel. *lib.* 4. *cons.* 66. *n.* 6. Baptista. *de privil. dotal. cent.* 1. *n.* 36. Barbos. *ad d. l. n.* 38. *seqq.* Wissenb. *ad ff. p.* 1. *disp.* 48. *th.* 29. Quorum sententiam firmat *l. un.* §. 6. *c. de rei uxor. act.* Imo nec alia ratio destituit; cum enim alius pro uxore dotis nomine rem aliquam marito dederit, videtur ab ipsa uxore dos esse constituta, et hinc dotis naturam, quae est, ut finito matrimonio ad uxorem revertatur, induisse, unde nihil juris ne quidem extraneo danti competit, nisi restitutionem sibi reservaverit. Lauterbach. *de fund. dot. th.* 23.

CAPUT III.

De jure mariti in bonis paraphernalibus.

SUMMARIA

Parapherna constituuntur voluntate uxoris expressa. n. 1.
Vel tacita: n. 2.
Quae bona esse possint paraphernalia? n. 3.
Jus maritale in paraphernis est administratio. n. 4.
Quotuplex est procurator? n. 5.
Quale jus administrandi habeat universali? n. 6.
An alienare potest? n. 7.
An maritus paraphernarum sit administrator universalis? n. 8.
Maritus nomine uxoris agens an mandata opus habeat in paraphernis? n. 9.
Respondetur dissentientibus: n. 10.
Maritus jure sax. ad litem nomine uxoris movendam sine mandato aut cautione de rato non admittitur. n. 11.
An juramentum deferre possit? n. 12.
An restitutionem petere in integrum? n. 13.
An maritus alienare potest paraphernalia? n. 14.
Cogi potest ut solvat creditoribus uxoris. n. 15.
Quid si uxor timens creditores parapherna mutet in dotalia? n. 16.
An parapherna alienare possit maritus cum consensu uxoris? n. 17.
An alienata revocari aut pretium acceptum peti possit ab uxore? n. 18.
Ad quam culpam maritus administrator teneatur? n. 19.
Ad quos fructus restituendos teneatur maritus? n. 20.
An fructus consumptos uxor repetere potest a marito? n. 21.
Quid si maritus illos in communem utilitatem sed invita uxore consumpsit? n. 22.
Uxor marito administranti tenetur ad indemnitatem. n. 23.
Jure Saxon. maritus lucratur fructus paraphernorum: n. 24.
An lucratur fructus fodinae in agro paraphernali inventae? n. 25.
An exercere potest jus patronatus quod castro paraphernali annexum? n. 26.
Jus lucrandi paraphernorum fructus competit et extra Saxoniam. n. 27.
An jure Sax. maritus paraphernorum usufructuarius teneatur ad cautionem de re non deteriorunda? n. 28.
Tenetur maritus ad rationes reddendas de paraphernis. n. 29.
An uxor pro lubitu revocare possit parapherna a marito? n. 30.
Usufruct. paraphernorum marito concessus, cessat soluto matrimon. aut quando se illis reddit indignam. n. 31.
An ob adulterium uxoris parapherna maritus lucretur? n. 32.

§. 1. Quid sint parapherna, propositum *cap.* 1. §. 16. 1
Quibus pauca, quae ad explicationem juris maritalis facere videntur adjecisse, hic non poenitebit. Scilicet quod parapherna vel expressa vel tacita uxoris constituantur voluntate. In expressa non opus est rimari, quae est, si dixerit uxor: haec bona trado tibi administranda. Imo licet dixerit: omnia mea bona: subsistet illa constitutio, utut maritus fuerit inops et dotem sibi constitui exigat, quia et illa oneribus matrimonii ferundis inserviunt, et communi conjugum utilitati dicata sunt. *l. fin. c. de pact. convent.* add. *c.* 1. §. 24. Ubi notandum, quamvis uxor in constituendis paraphernis hoc agat, ut mariti efficiantur, manent nihilominus parapherna. *l.* 9. §. 3. *ff. de jur. dot.* nec tunc uxor manet naturaliter domina, ut in dote, per *d.* §. *verb. non vindicari oportet sed condici.* In dubio tamen paraphernis constitutis non censetur translatum dominium. Petr. Barbos. *in l.* 1. *p.* 1. *n.* 39. Castillo *controv. lib.* 2. *c.* 23. *n.* 31. Corduba de Lara *in l. si quis a liberis.* §. *si quis ex his. n.* 236. *ff. de liber. agnosc.*

§. 2. Tacitam voluntatem volunt colligere ex traditione et patientia administrandi, ita ut tuto praesumi possit, illa uxoris bona esse parapherna, quae uxor in domum mariti infert, aut ei tradit, et maritus non dissentiente uxore administrat, dd. in *d. l.* 9. §. 3. *ff. de jur. dot.* Collag. Jur. Arg. *ad tit. de j. o. thes.* 27. ibique Thabor *in addition.* illeque consensus uxoris vel ex sola praesentia et scientia, scil. rei ejus a marito administrari, et taciturnitate quidem satis colligi potest. *l.* 18. *ff. mandat.* Hoc tamen minus verisimile, quod quidam statuunt, illa bona, quae uxori maritus licite donat, praesumi esse paraphernalia, quidni potius praesumerentur recepitia, si donatio statim per traditionem fuerit consummata, et non appareat, quod mulier administrationem in rebus donatis denuo concesserit, aut hanc sibi maritus reservaverit. Certe 2

re licito applicentur dn. Korbmacher in diss. *de civilitate nociv. cap.* 3. §. 17. add. Menoch. *de praesumpt. lib.* 5. *praesumpt.* 41. *n.* 29. *seq.* Harppr. *d. l. n.* 61. juxta vulgatum illud: *Einen Kuss in Ehren, kan niemand wehren*, et sic cessante adulterio praesumpto, cessabit etiam facultas lucrandi quoad osculum. Zoes. *ad ff. de adult. n.* 42. Covarruv. *ad* 4. *decretal. p.* 2. *c.* 7. §. 6. *n.* 4. Menoch. *de a. j. q. cas.* 287. *n.* 8. Fachin. *l.* 11. *controvers. c.* 75. Wissenbach. *ad ff. p.* 1. *disp.* 48. th. 12.

78 §. 76. Tandem statuto etiam particulari introduci potest, ut maritus mortua uxore lucretur dotem. Id quod ita intelligendum, ut quidem non cuilibet civitati, jus statuta condendi, habenti statuere liceat jus lucrandi dotem. Etenim civitas ejusmodi tantum facultatem de illa re statuendi habet circa quam nihil jure civili invenitur dispositum. dn. Brunnemann. *ad l.* 9. *ff. de j. et j. n.* 2. Hahn. *ad Wesenbec. tit. de ll. verb. decreta.* Nihil autem statuere valet contra jus commune. Quo casu potius nullum est, statutque legi civili. Anton. de Amat. *decis.* 2. *n.* 21. Dn. Brunnem. *ad d. l.* nisi fuerit a superiori confirmatum. Hahn. *ad Wesenbec. d. l.* Mev. *ad jus lubec. in praelimin. qu.* 9. *n.* 25. Cum itaque de dote post mortem restituenda jure civili jam tum dispositum, procul dubio auctoritate superioris confirmante opus erit illis, qui de dote post mortem uxoris lucranda statuere volunt. Tale statutum est Saxonibus receptum, ubi maritus omnem dotem in rebus mobilibus constantem, post mortem uxoris lucratus, salva tantum liberis legitima. Carpzov. *p.* 3. *c.* 11. *d.* 31. *n.* 13. Schneidew. *ad tit. i. de haered. ab. intest. Inbr. de success. int. vir. et uxor. n.* 26. Matth. Coler. *p.* 2. *d.* 221.

79 §. 77. Hic jam acris oritur concertatio, an statutum, dotis lucrum deferens conjugi superstiti, sit extendendum ad sponsum? Expedita est negativa, si expressum statuto fuesit, quando jus lucrandi incipere debeat, sc. vel post consensum thalami, ut in Saxonia Carpz. *p.* 1. *c.* 19. *d.* 2. vel post benedictionem sacerdotalem, ut in Marchia dn. Brunnem. *ad Wesenbec. tit. de spons q.* 29. ibique dn. Praeses. Quid si autem terminis a quo non est expressus, sed tantum mentio fit conjugum, *Ehe-Leute?* Hanc quaestionem adeo intricatam censet Mynsing. *cent.* 6. *obs.* 88. Ut nova imperatoris decisione hic opus esse dixerit; numero enim fere pares sunt doctores tam negantes quam affirmantes, prout videre est apud Berlich. p. 3. *conclus.* 25. Trutinatis autem utriusque partis rationibus, placet mihi potius negativae adhaerere, quia statuta strictissimae sunt interpretationis, verbaque ad unguem servanda, praesertim si fuerint clara et aperta, Hartm. Pistor. *lib.* 1. *qu.* 31. *n.* 20. Idque eo magis procedit, si statutum sit juris civilis correctorium. Deinde verba statuti recipiunt interpretationem a communi loquendi usu. Barbos *lib.* 17. *c.* 49. *ex.* 7. Vincent. Caroc. *decis.* 49. *n.* 16. Licet itaque concesserim jure civili sponsam de praesenti nomine uxoris contineri, tamen in statutis non procedit, quis enim ignorat, aliam esse foeminam, quae hodie uxor, aliam quae sponsa appellatur? Sane vel actio injuriarum pateret sponsae, quam alius uxorem dixerit, plus enim licitum est conjugibus quam sponsis. Cui accedit, quod dos pro ferendis matrimonii oneribus tradatur, atqui in sponsalibus nondum sunt onera matrimonii.

§. 78. Nec jure defendi potest, quod onus matrimo- 80
nii ferendum sit tantum causa dotis constituendae impulsiva non finalis, quae potius est, ut invitentur homines per dotes largiores earumque lucra ad matrimoniorum contractum. Sane si hic esset dotis finis, non dicturus foret imperator *l. pen. c. de repud. non dotibus sed affectu matrimonia contrahuntur.* Quorsum collimat illud Horatii *lib.* 3. od. 29.

Dos est magna parentium
Virtus est metuens alterius viri
Certo foedere castitas,

Contra facilius est probare, quod onus matrimonii ferendum sit causa finalis constitutae dotis. Hinc est, quod vir, si aliunde onera matrimonii ferre nequeat et mulier dotem solvere possit, ad eam exsolvendam hac compellatur. Vid. *cap.* 1. §. 21. Item quod si vir onere matrimonii ex fructibus dotis non sustinuerit, uxor finito matrimonio dotem etiam cum fructibus repetere possit *hoc cap.* §. 38. Quapropter lucrum dotis statutarium ad sponsam non pertinere, juri conformius puto cum Carpzov. *p.* 3 *c.* 19. *d.* 1. Hahn. *ad Wesenb. tit. de spons. n.* 6. *verb. contrarium jure.* et in praxi sequendum, rejecta illa cerebrina et extra leges ficta aequitate. *l.* 12. *ff. qui et a quib. l.* 1. *c. de ll.* Hoc itaque agant sponsi dotibus opimis inhiantes, ut harum lucrum in pactis dotalibus sibi reserveant etiam in casum defunctae sponsae, per *dd. alleg.*

§. 79. Diceres, si statuta stricte interpretanda, er- 81
go conjux dotem illatam tantum lucrabitur, non item dotem tantum promissam et nondum exsolutam? Hoc est, quod plurimi contendunt, dotem promissam, non dotem esse. Vid. *cap* 1. §. 13. Verum *d. c.* §. 14. supra jamtum demonstratum est, et dotem promissam dotem esse, rem enim habere censetur etiam is, qui actionem ad rem habet *l.* 15. *ff. de r. j.* et stipulatio de dote lucranda obtinet quoque in dote promissa *l.* 9. *hoc tamen. c. de pact. conv.* Hoc enim licebat marito vel ex civilitate consummare matrimonium et non praecise urgere, ut ante consummationem dos exsolvatur, certus enim jam erat sibi dotem exsolutum iri, et quovis tempore jam compellere posse promittentem, ut tradat, promissoris quippe mora non poterat nec debebat spem dotis lucrandae intervertere, *l.* 74. *ff. de r. j.* et sic plane ex alio fundamento decidituir quaestio de lucranda dote promissa, quam decidere velle videtur ex statuti interpretatione Caroccius *decis.* 38. *n.* 15. add. Gail. *lib.* 2. *obs.* 79. Thoming. *decis.* 29. *n.* 4. Heig. *p.* 1. *qu.* 33. *n.* 9. Rauchbar. *p.* 1. *qu.* 31. *n.* 5. *seq.* Merenda. *lib.* 3. *controv.* 6. Carpzov. *p.* 3. *c.* 33. *d.* 4. qui *def. seq.* ostendit, quod et dotis promissae usuras petere possit maritus.

§. 80. Hoc jus lucrandi tam ex pacto, quam adulte- 82
rio uxoris, aut statuto promanans perdit maritus, si indigne foeminam tractaverit, quod fit vel moechando, *l.* 10. §. 1. *ff. solut. matr.* Campex. *de dot. p.* 5. *q.* 2. §. 5. Coler. *p.* 1. *decis.* 57. *n.* 66. Vel mulierem malitiose deserendo *l.* 3. *ff. de his quib. ut indig.* Nov. 22. *c.* 15. §. 2. add. *c. seq. inf.* Vel plane occidendo. Vel alimenta denegando *l. necare.* 4. *ff. de agnosc. et al lib.* Vel sine causa verberando. Hartm. Pistor. *obs.* 52. *n.* 3. Roland. a Valle *de lucr. dot. qu.* 68. beneficia enim in male meritos non cadent, *l.* 37. *ff. de minor. l. fin. c. de revoc. donat.* Nec quisquam ex dolo suo habere debet commodum. l. 1. *ff. de dol. mal.*

reales, quam personales? An et tunc sine mandato agere poterit maritus, ubi specialem cessionem producere nequit? Requirere videtur tunc a marito mandatum Trentacinq. *lib.* 2. *tit. de procurat. resolut.* 6. *n.* 10. Verum quid aliud facit, quam quod idem bis exigit? Si enim constat, marito bona uxoris administranda esse tradita, quid opus est insuper requirere, an habeat mandatum ad agendum; accedit, quod et opus habeat producere instrumentum ex quo agat, et tunc statim concurrit praesumptio mandati ex instrumento, aliud foret, si dubitatur adhuc, an jus illud, ex quo maritus actionem intentat, revera sit inter pararpherna, tunc si pactis dotalibus doceri nequeat, admitteretur tamen cautione de rato praestita, dum ex vinculo maritali semper oritur mandatum praesumptum. *l. maritus* 21. *c. de procurat.* Quod si vero de hoc constiterit, quod jus illud mulieris sit inter pararpherna, praedium que illud, quod persequi vult maritus, hac gaudeat qualitate, nec mandatum producere, nec cautionem de rato praestare tenetur, quia lex ipsa illum legitimat, scil. *l. fin. c. de pact. conc.* Umm. *de proces. judic. disput.* 9. *thes.* 7. Gail. *lib.* 1. *obs.* 133. *n.* 1. *seq.* Wurmser. *pract. for. lib.* 1. *tit.* 37. *obs.* 7. Joh. Petr. Fontanell. *de pact. nuptial. claus.* 6. *gl.* 2. *p.* 7. *n.* 55. Wibel. *de contract. mulier. c.* 3. §. 8. *n.* 72.

10 §. 10. Discedunt quidem ab hac sententia Giphan. *ad l.* 21. *c. de procur.* et Hillig. in Donell. *lib.* 18. *c.* 12. *lit. l.* quorum potissima ratio refutatione digna in eo consistit, quod maritus sine mandato et cautione de rato ideo casu praedicto admittatur, quia habet instrumenta ad causam pertinentia. Verum haec possessio instrumentorum hic non tam facit praesumi mandatum, quam paraphernorum constitutionem, illique necesse habet, non tam ad legitimandam personam quam fundandam actionem et intentionem. Dn. Brunnem. *ad d. l.* 21. *c. de procur.* Lauterbach. *disput. de caut. rati.* Non secus ac tutor non cogitur speciale mandatum producere, si nomine pupilli agit, dummodo se tutorem constitutum esse docuerit, *l.* 13. *c. de admin. tutor.* brevibus: ipsum instrumentum, quo marito bona uxoris sunt tradita, docet, maritum esse eorum administratorem atque procuratorem, non instrumenta tradita, quibus solis nolunt aliquem legitimari.

11 §. 11. Mirum videri poterat, quod jura saxonica imperent marito nomine uxoris agenti, ut curatorium exhibeat, aut caveat de rato; Carpz. *p.* 1. *c.* 1. *def.* 31. Certe tamen plus juris in paraphernis competat marito jure sax. quam civili. Est enim usufructuarius paraphernorum, Coler. *p. c. dec.* 253. *et p.* 1. *dec.* 18. *n.* 4. Maritusque dum uxorem ducit, tacite etiam bonorum muliebrium curator constituitur. Juxta *Sachsen. Spiegel. libr.* 2. *art.* 31. *et art.* 45. Verum nec curator minoris ad litem nomine hujus movendam admittitur, nisi curatorium produxerit, id quod non sola uxor, sed interventu alicujus curatoris saltem ad hunc actum constituti tradit marito, et cum hoc pacto curatorem constituit. Carpzov. *d. c. def.* 23. cujus curatorii vices civili supplet instrumentum paraphernale. Et ita quidem curator curatorio munitus agere et excipere potest, litemque dirigere non secus ac alius minoris tutor curatorve, neque ita opus erit, mandatum ad litem suscipiendam speciale producere. Prout videntur velle Jcti Helmstadienses in responso sequenti ab illis anno 1670. d. Aug. edito. *Dieweil ein Ehe-Vogt oder jeder Vormund und curator nicht principalit persona ist sondern das Weib oder Ehe Weib, dero ein curator bestellet etc. dannenhero in Sachen seiner curandin von ihm allein nichts, so zu recht bestaendig, gehandelt und geschlossen werden mag.*

§. 12. In his debitis exigendis aut re vindicanda 12
non dubitatur, quin in causa usque ad conclusionem procedere possit, suamque intentionem per instrumenta aut testes probare, quia actioni haec tacite insunt. Hoc non videbatur concedendum, ut juramentum deferat adversario, extra judicium sc. quia levi impetu hoc praestatur, et causa per temeritatem adversarii facile perditur, contrarium tamen decisum reperies in *l.* 17. §. *fin. ff. de jurejur.* At judiciale totius deferetur a procuratore marito, si enim administratori generali transactio de re dubia est licita. *l.* 12. *c. de transact.* eaque marito ideo pariter non deneganda; hinc nec juramenti judicialis delatio erit illicita, quia hic subest aliqua transactio, dummodo causa sit vere illiquida et dubia, remissio enim juris certi procuratori nunquam licita *d. l.* 12. etiamsi procurator sit cum libera Bart. *in l* 4. § 1. *ff. de re judicat.* Natta *vol.* 3. *cons.* 641. Trentacinq. *l.* 2. *d. tit. de procurat. resolut.* 7. *n.* 20. *seq.*

§. 13. An vero restitutionem nomine uxoris petere 13
poterit? Hoc aperte negatur *l.* 25. §. 1. *ff. de minor.* nisi nominatim hoc fuerit marito ab uxore concessum. Quamvis enim cognati et affines alias praesumantur habere mandatum, et ita admittantur, dummodo de rato caveant: procedere tamen hoc volunt, si causa non exigat mandatum speciale. Struv. *ad h. t. de procurat. th.* 28. Dn. Brunn. *ad d. l.* 25. *in fin.*

§. 14. Ex mandatarii seu administratoris natura 14
porro elarescit, quod marito non competat facultas alienandi, quia haec administratori interdicta. Limitationes autem superius §. 7. annexae, an et in marito administrante locum inveniant, paucis disquirendum. Primo quidem quod fructus concernit, facile concedetur, quod illos maritus alienare possit, dummodo instar alterius administratoris postea pretium refundat, non enim ideo procuratori conceditur fructus alienare, ut pretium sibi cedat, sed ut in rationes referat, de quibus postea pluribus. Secundo res, quae servando servari nequeunt, licebit pariter marito alienare, quod sana etiam dictat ratio illi, qui alterius utilitatem procurando intendit. Tertio non prohibebitur credita uxoria exigere, et debitores mulieris quietare, quibus tamen omnino consulendum, ut inquirant, an potestatem solutionem acceptandi habeat. *ob l.* 13. *de pact.* Quartum est, quod possit aliud pro alio permutare. Verum quod haec licentia sit restringenda, et ex *d. l.* 63. *in fin. de procurat.* explicanda, dictum supra §. 7. qui videri potest. Quinto solvere poterit creditoribus mulieris, quia sic conditionem ejus facit meliorem.

§. 15. An vero cogi poterit ab illis, ut satisfaciat? 15
De dote certum, quod constante matrimonio cogi nequeat maritus, ut ex illa satisfaciat creditoribus uxoriis, quia fructus dotis ad uxorem non pertinent, nec ullum actum dominii in dote in praejudicium mariti illa exercere potest, adeoque frustra procul dubio foret executio in dotem facta. vid. *cap* 2. §. 36. add. Guido Pape *decis.* 447. *n.* 1. Arism. Tepatus *synt.*

ad minimum uxor cogi non poterit, ut marito in donatis administrationem permittat, quae concessio facti est, et ex sola donatione praesumi vix poterit.

3 §. 3. Bona autem paraphernorum nomine tradi possunt omnia, quae sunt in uxoris dominio, et quidem multo facilius dari possunt nomine paraphernorum quam dotis, inde et ipsa feuda illo nomine transferri possunt, Rosenthal. *de feud. cap.* 9. *concl.* 9. *n.* 12. Dotis enim constitutio transfert jus in re, non idem in constitutione paraphernorum. Idemque procedit in fideicommiss. quae regulariter in dotem dari nequeunt. vid. *d. c.* 2. §. 16. *seqq.*

4 §. 4. Jus illud, quod marito in paraphernis competit, potissimum est licentia illa administrandi, quae ipsa administratio naturam quasi et essentiam horum bonorum constituit, quae enim natura ex etymologia verbi petitur, non est perpetua, παραφερνα, siquidem dicuntur qf. παρὰ πην φέρνην, seu ultra aut praeter dotem marito data. At quot quaeso matrimonia contrahuntur, in quibus maritus dotis nomine nihil, et paraphernorum nomine plurimum accipit. Cum ad dotis constitutionem non praecise uxor tenestur, si non fuerit ita conventum. Inde minus concinne videntur concludere illi, qui bonis marito traditis, ideo dotis nomine tradita esse praesumunt, quia parapherna non sunt, ubi dos antea nondum fuit constituta, quasi vero non potius conventio, quam etymologia paraphernorum induceret dotis constitutionem, constat enim, quam infirma ab etymologia deduci soleant argumenta. In administratione itaque maritali queritur horum bonorum essentia, qua distingui possunt a dotalibus pariter et receptitiis; neque tamen contendam est, quasi maritus cogere possit uxorem, ut sibi administrationem cedat, sed potius hoc in libero uxoris arbitrio consistit, cui administrationem demandare velit, quam si extraneo credat, erunt receptitia, si marito, sunt bona paraphernalia, *l. fin. c. de pact. conv.* seu illata.

5 §. 5. Hunc administratorem si et procuratorem aut mandatarium dixerimus, non errabimus, hactenus quidem mihi nulla inter hosce occurrit differentia. Et quoniam in dubio ex horum jure decidendum erat, quid officii incumbat marito circa parapherna, praelibasse non poeniteat, quod procurator alius sit universalis, alius particularis, seu specialis, item alius cum, alius sine libera. Procuratorem universalem dicunt eum, cui omnium bonorum administratio commissa, particularem cui certum tantum negotium expediendum incumbit, quae quidem descriptio nihil continet falsitatis, hoc tamen licebit addere, quod procurator talis dici possit non solum ratione objecti vel particularis vel universalis, sed et ratione modi administrandi. Ut universalis dicatur, cui administratio in genere concessa et simpliciter, v. g. domus, quam poterit locare vel indigenis, vel exteris, vel studiosis, vel civibus, item reficere per quemcumque fabrum velit. Particularis, cui certus tantum administrandi actus commissus, e. g. ut domum extrui curet, equum emat, juramentum actori deferat.

6 §. 6. Procurator cum libera datus, est, cui est commissa facultas omnia illa agendi, quae dominus, si praesens esset, facere posset et vellet. Inter hunc et procuratorem universalem jure civili nullam statuunt differentiam, et dicunt, quod eadem possit procurator cum libera datus Hahn. *ad Wesenbech. tit. de procuratorib.* Illius quidem licentiam proponit *l.* 63. *ff. de procur.* ibi: *procurator totorum bonorum cui res administrandae mandatae sunt, res domini neque mobiles neque immobiles sine speciali domini mandato alienare potest, nisi fructus aut aliae res, quae facile corrumpi possunt.*

7 §. 7. Alienare itaque non licebit pro lubitu procuratori, nequidem ex contractu oneroso, nisi primo, fructus ex re collectas; praesumitur enim et hoc dominus facturus, quoniam fructus non colligantur, ut conserventur, sed ut distrahantur. Secundo, res, quae facile corrumpi solent, id quod etiam tutoribus permissum, utut alienare prohibeantur, adeo quidem, ut si cessaverint in distractione earum rerum, quae tempore depereunt, suum faciant periculum *l.* 7. §. 1. *ff. de administr. tutor.* Hisce subjicienda limitatio tertia ex *l.* 58. *de procurat.* quod procurator, cui libera rerum administratio commissa, possit exigere, aliud pro alio permutare. Haec permutatio an de quavis intelligenda sit, ita, ut ad res immobiles aliasque, quae servando servari possunt, sit extendenda, dubito, si enim permutatio talis permittenda, quidni et venditio et oppignoratio permitteretur, cum nulla hic disparitas, quod tamen erit contra *d. l.* 63. itaque haec permutandi licentia restringenda erit ad res, quae servando servari nequeunt aut ad fructus. Quod si autem liquido appareat, ex illa permutatione commodum in dominum redundaturum, subsistet forte permutatio, imo quavis alienatio, tamen venditio, quam oppignoratio, arg. *l.* 26. *ff. de jur. dot.* licet enim et ignorantis et inviti meliorem reddere conditionem. *l.* 39. *ff. de n. g.* Quarta ex *l.* 59. *d. t.* ibi: *sed et quoque ei mandari videtur, ut solvat creditoribus.* ad quod enim dominus tenetur, illud facere potest procurator. Quinta ex *l. praeses* 12. *c. de transact.* ut de re dubia possit transigere.

8 §. 8. His suppositis, jam quaeritur: ad utram speciem administratorum maritum quoad parapherna referre liceat? Et puto in dubio, si administratio a muliere simpliciter credita, eum esse administratorem generalem seu universalem, praesertim cum dd. velint, procuratorem legitimum praesumi habere mandatum cum libera. Trentacinq. *lib.* 2. *de procurat. resolut.* 1 *n.* 1. Lanfranchus de Oriano. *tract. de arbit. sect.* 3. *princ. n.* 19. Natta *v.* 3. *consil.* 641. *n.* 5. 6. Atqui maritum esse procuratorem lege datum patet ex *l. fin. c. de pact. conv. verb. licentiam marito dari actiones movere etc.*

9 §. 9. Inde facile licebit ulterius concludere, quid liceat marito, si nomina aut actiones sibi paraphernorum nomine concessae sunt ab uxore. Scilicet, poterit debita exigere a debitoribus et actiones cessas contra alios movere. Quo casu an sine speciali mandato ad agendum sit admittendus, vix dubitare licet, quoniam cessio et traditio instrumenti tunc facile legitimabit maritum. dn. Brunnem. *in repetit. Wesenbec. tit. de procurat. qu.* 56. Guido Papa *decis.* 3. *in fin.* Boer. *decis.* 281. *n.* 7. Alciat. *de praesumpt. regul.* 1. *praesumpt.* 33. *n.* 1. Cardin. Mantic. *de tacit. et ambig. convent. lib.* 7. *tit.* 2. *n.* 1. Sed si in pactis mulier expresserit, *alle meine Güter, die ich jetzo besitze oder noch erlange, will ich meinem Manne zugebracht haben.* quid si jam inter illa bona dentur actiones tam

31. *solut. matr.* qui et hoc addit, quod ne quidem marius fructus impendere possit in familiae filiorumque alimenta. Quod procedit, si dos sufficiens adsit, quo casu nec a restitutione liberatur, si quid fructuum in ipsam mulierem se impendisse allegaverit; deficiente autem dote liber est a refusione, si fructus parapherna-rum consumpserit in ferendis matrimonii oneribus. Rosenth. *de feud. c.* 10. *concl.* 5. *n.* 9. Menoch. *d. lib.* 3. *praesumpt.* 9. *n.* 21. Stephan. Gratian. *l.* 1. *c.* 27. *n.* 20. *seqq.* Inde est, quod doctores asserunt, uxorem ex bonis paraphernalibus teneri marito inopi ad alimenta, arg. *l.* 1 *et auth. praeterea. c. unde vir. et ux.* Petr. Surd. *de aliment. tit.* 1. *qu.* 35. *n.* 5. adeo quidem, ut si ususfructus paraphernalis non sufficerit alimentationi, obstrictam esse mulierem venditione bonorum ad ferendas suppetias Carpz. *p.* 3. *c.* 25. *d.* 7. *n.* 3. etiam in sepulturam mariti. Carpz. *d. l. n.* 2. Gratian. *discept. for. lib.* 1. *c.* 197. *n.* 13. Guido Pap. *qu.* 439.

21 §. 21. Quaeritur si consentiente uxore omnes fructus marius in suum solius utilitatem consumpserit, an repeti possit aestimatio? De industrialibus negari hoc videntur superius citati Afflict. Grammat. quibus suffragari videtur *l.* 45. *ff. usur.* Verum dum uxor permittit, ut re ejus utatur maritus, non statim praesumenda est donasse, potius praesumitur credidisse atque mutuo dedisse. Donatio enim non praesumitur, ne quidem inter personas cognatas, nisi pietatis causa apparuerit, si accipiens fuerit egenus et dans locuples dn. Praeses *in caut. sect.* 3. *c.* 1. §. 8. Quo stante frustra disputatur, an in dubio consentiente muliere, maritus praesumatur fructus consumpsisse, nam sive defendas hoc cum Bacchovio ad Treutl. *vol.* 2. *disp.* 7. *th.* 9. *lit. b.* sive neges cum Menochio *d. praes.* 9. *n.* 19. restituere tamen perceptos tenetur maritus cum et ipsa lex administratori fructuum alienationem concedat. *l.* 63. *de procur.* ideo tamen non est immunis a restitutione. Inde vero non vereor asserere, quod uxor verbis expressis etiam constante matrimonio fructus industriales ex paraphernis perceptos aut percipiendos donare possit per *d. l.* 45. Struv. *ad tit. de donation. int. vir. et uxor. th.* 28. Wissenbach. *ad eumd. tit. th.* 6. Coler. *cons.* 26. *n.* 13. *seqq.*

22 §. 22. Quid si dissentiente uxore fructus impenderit; an tunc et illi restitutioni sunt obnoxii, qui in communem utilitatem impensi fuerunt? Ita colligendum videtur ex *l.* 17. *c. de donat. inter vir. et uxor.* subjungitque Menoch. hanc rationem, quia dissensu suo quasi revocasse videtur mulier mandatum custodiae seu administrationis *d. l.* 3. *praes.* 9. *n.* 8. quam quidem rationem non prorsus admitto, poterit enim administrandi facultas subsistere, licet dominus omnem fructuum perceptionem denegaverit, itaque sic sentiendum, quod si mulier dotata noluerit, ut quicquam fructuum maritus in communem utilitatem consumat, restituendi etiam sunt illi in communem utilitatem consumpti, lex enim hanc consumendi licentiam tantum ex praesumpta uxoris voluntate concessit, hanc praesumptionem si uxor contraria protestatione et voluntate tollit, huic merito standum. Etenim uxori est integrum, de paraphernis pro lubitu disponere Klock. *v.* 2. *cons.* 35. *n.* 36. Marito autem vicissim licet, vel acceptare administrationem vel repudiare, restringenda tamen haec omnia sunt ex §. *praeced.*

§. 23. Cum ergo ex lege civili citra uxoris expres 23
sam liberalitatem parum commodi lucretur ex paraphernis maritus, aequitas etiam ipsa suadet, ne nimiis gravetur oneribus, sed sortem pariter administratorum etiam hoc in puncto experiatur, quibus semper est indemnitas praestanda a domino. Officium enim suum nemini debet esse damnosum, *l.* 7. *ff. quemadm. testam. aper.* nec permittendum, ut quis locupletetur cum alterius incommodo *l.* 14. *ff. de condict. indeb.* Itaque si qua tributa solvit de paraphernis, deducere licet, haec enim illi incumbunt, qui fructus lucratur *l.* 4. *ff. de censib.* Deinde si sumptus in re paraphernali conservanda fecit necessarios, restituendi. Cum et malae fidei possessor eosdem repetat *l.* 5. *c. de r. v.* neque hic interest an sumptus sint modici an magni, an in rem ipsam, an in fructus percipiendos facti. *l.* 20. §. 9. *ff. mandat.* Caveat hic maritus, ne nimius sit in faciendis expensis utilibus aut voluptuariis, plus enim tunc favere solent uxori jura. *l.* 38. *ff. de r. v.* Atque haec tunc obtinent, si fructus nullos lucratur maritus, sin lucrandi licentiam vel ex statuto vel ex mulieris conventione habeat maritus, pariter aequitas suggerit, ut illum sequantur incommoda, qui habet commodum *l.* 10. *ff. de r. j.* et admittatur compensatio fructuum cum expensis, juxta *l.* 48. *ff. de r. v.*

§. 24. Hac in re statuta saxonica hautius tractant 24
maritos administratores, quibus concedunt paraphernorum usumfructum *Land Recht. l.* 1. *art.* 31. *et ar.* 45. Ruchbar. *lib.* 1. *qu.* 2. *n.* 45. Struv. *exerc.* 29. *th.* 36. Et sic omne emolumentum quod rei substantia salva capere potest maritus percipit suumque facit *l.* 7. *pr. l.* 9. *l.* 12. §. 5. *l.* 58. *pr. ff. de usufr.* Neque excipiuntur ab hac fruendi licentia partes metallicae marito allatae, quamvis enim eo jure utamur, ut lapis aliudve minerale quod foditur, si non renascitur, non sit in fructu. Castillo *de usufr. c.* 37. *n.* 18. Et sic consumptis matrimonio constante proventibus metallicis, uxori superstiti debeatur restitutio, seu aestimatio Carpz. *p.* 3. *c.* 25. *def.* 4. *et defin.* 5. ubi idem ad patrem usufructuarium applicat: usurae tamen illius pecuniae ex proventibus metallicis perceptae, in restitutione semper sunt deducendae. Berlich. *p.* 3. *concl.* 35. *n.* 21. *seqq.* Sande *decis. frisic.* 5. *tit.* 3. *def.* 2. Non secus ac si pecunia in qs. usumfructum traditur, qua usufructuarius pro lubitu uti potest, praestito tantum satisdatione de eadem sorte refundenda usufructu finito §. 2. *i. de usufr.* ad quam satisdationem pariter maritus teneretur, quia prohibitio exigendae fidejussionis tantum de dote restituenda non paraphernis loquitur, nisi aliud fuisset receptum. Carpz *p.* 2. *c.* 10. *d.* 9.

§. 25. Hoc notari meretur, si marito fuerit traditus 25
fundus paraphernalis, in quo ipse primus venam invenit metallicam, fodinasque suis impensis paravit, tum omne emolumentum, licet venae non renascantur, ad eum pertinet irrevocabiliter, juxta Struv. *de feud. ex* 6. *th.* 26. *et ex.* 12. *th.* 4. idemque in *s. j. c. exercit.* 12. *th.* 15. *seq.* Sande *d. l. defin.* 3. ibique allegatos, quam sententiam unice probare intendunt *l.* 7. §. 13. *ff. solut. matr.* ibi: *si vir in fundo mulieris dotali lapidicinas marmoreas invenerit et fundum fructuosiorem fecerit, marmor, quod caesum neque exportatum, est mariti, et impensa ei non est praestanda, quia nec in fructu est nisi tale sit, ut lapis ibi rena-*

scatur. Verum inspectis legis verbis facile in illorum concedo sententiam, si hisce lapidicinis fundus mulieris fructuosior fuerit redditus, at quomodo hoc demonstrabitur, si venae non fuerint renascentes sed regeris verba illa, *fructuosiorem fecerit*, non intelligenda de melioratione, quae durare debet etiam finito matrimonio, quod fieret, si venae forent renascentes, nam tunc et marmor caesum retineret maritus et impensas factas repetere posset; sed de melioratione tantum praesenti, hoc enim licebat marito, ut fundum dotalem ad majores fructus percipiendos meliorares, quamvis haec melioratio non duraret, dummodo per hosce fructus perceptos maritus ipsum fundum non fecerit deteriorem, quod ei non permittitur. vid. *cap.* 2. §. 49. Nihilominus ita idem concedendum sit maritus paraphernalium usufructuario dubium mihi objicit *l.* 7. §. 3. juncta *l. seq.* ibi: *neque autem usufructuarium ampliare, nec inutile detrahere posse, quamvis melius repositurus sit.* add. *l.* 61. *l.* 13. §. 7. *d. t.*

26 §. 26. Quid si pagus, cui jus patronatus annexum, foemina paraphernorum nomine marito attulit, cujus est hujus juris exercitium, e. g. pastorem praesentare? De jure communi facile erit defendere, quod penes uxorem hujus juris exercitium maneat, nisi sponte marito concedat, multo magis potior erit foeminae persona, si in praesentando minus cum marito conveniat. Quia jus omne administrandi maritale dependet a voluntate uxoris *l. fin. c. de pact. convent.* Sed si statuto jus administrandi parapherna et fructus lucrandi etiam invita muliere marito fuerit indultum, multum disputant dd. an sub fructibus tunc contineatur jus patronatus seu exercitium ejus. Sunt enim qui defendunt jus patronatus nunquam ad maritum transire, licet castrum seu pagus fuerit in dotem datus quod facit Panormitan. *ad c. cum delicta* 16. *X. de cancess. praebend.* aliique relati a Finchelth. *de jur patron. c.* 6 *n.* 5. sed non videtur sententia haec amplectenda, cum expeditum hodie satis, sit quod jus patronatus seu ejus exercitium in fructu sit. Innocent. *in c. consultationibus. de jure patronat.* et tam in conductorem universitatis, quam usufructuarium transeat. *c. ex literis de jure patronat.* D. Brunnem. *de j. eccl. lib.* 1. *c.* 8. §. 14. *seq.* Dn. Praeses *in cautelis sect.* 2. *c.* 9. §. 12. Barbos. *ad c.* 7 *n.* 4. *de jur. patron.* Quidni ergo idem exercere posset maritus, cui paraphernorum ususfructus vel statuto vel pacto mulieris competit? Rauchb *l.* 2. *qu.* 2. *n.* 43. Struv. *synt j. c. tit de r. n. th.* 59. Licet itaque uxor in praesentanda persona dissentiat aliamque praesentet, non tamen praevalere debet, uti quidem volt rot. roman. *dec.* 472. Anchoran. *cons.* 353. sed potiores habebit maritus, Koch. Curt. *de. jure patron. q.* 28. Tiraquell. *de ll. connubial gl. n.* 9. *seqq.* Cessa enim semel jura non possunt revocari, nec deterioris conditionis poterit esse maritus, quam conductor aut alius usufructuarius.

27 §. 27 Talia statuta marito in paraphernis faventia extra Saxoniam etiam alibi extant. Et fere generali consuetudine derogatum est *legi fin. c. de pact. convent.* statutaque saxonica robur suum et in alias provincias volentes extenderunt. dn. Brunnemann. *ad d. l. fin et l.* 8. *c. de pact. conv.* Colleg. Argent. *tit. de jur dot. th.* 27. Id quod confirmat responsum hujus facultatis ampliss. quod Brandenburg. an. 7. ad hujus seculi, d. 14 maj datum est hanc quaestionem: *Ob ihr aus eurer seel. Mannes Verlassenschafft nicht allein dasjenige, was ihr an Bahrschafften zu ihm gebracht, sondern auch die Landübliche Zinsen von solchen illaten zu fodern befuget seydt? Halten wir dafur, dass ein Unterscheid zu machen sey unter denjenigen, was ihr eurem seeligen Manne als Ehegeld oder als Paraphernalgüter zugebracht, von welchen ihr einige Zinsen, in dem durante matrimonio der usufructus eurem marito davon zugestand, zu fodern nicht vermoget. Und unter dem, was ihr eurem seeligen Ehe-Mann nicht zugebracht, sondern vor euch behalten, und nahmals eurem Ehe-Mann davon zu seiner Nothdurfft, vorgestrecket, von diesen sey ihr die Zinsen zu fodern, wol befugt, V. R. W.*

§. 28. Si itaque maritus habet moribus saxonicis 28
jus re paraphernali utendi fruendi, teneturne ad instar alius usufructuarii cautionem de re non deterioranda vel restituenda praestare? Jure quidem civili, si uxor pactis dotalibus usumfructum ex paraphernis marito constituerit, non tenebitur eidem cautionem hanc remittere, nec peccabit, si exigat, quia suo jure utitur, sed jure saxonico ad illam praestandam compelli nequit. Gloss. Germ. *ad art.* 24. *lib.* 2. *Land. Recht.* et Gloss. *ad art.* 26. *n.* 46. *Weichbild.* Carpzov. *p.* 2. *c.* 10. *d.* 9. *n.* 6. Quod et tunc forte jure civili observandum, si paraphena cedunt in vicem dotis, nam ubi usumfructum paraphernorum habet maritus compellere nequit uxorem, ut dotem invita constituat; ob remissam tamen illam cautionem non putet maritus sibi majorem grassandi in paraphernis licentiam competere, sed eumdem boniviri modum, quem alius usufructuarius in re utenda fruenda tenet, observabit.

§. 29. Ex jam dictis colligi poterit, quod maritus 29
praesertim jure civili ad rationes reddendas teneatur, nec inter ἀνεκλογίστους referri possit, qui enim rerum alienarum est administrator, teneturque de fructibus tam perceptis quam percipiendis, is tenetur ad inventarium et ad rationes juxta inventarium reddendas Munnoz. de Escobar *de ratiocin. c.* 3. Mey. *p.* 2. *dec.* 20. *et p.* 5. *dec.* 250. Si itaque ex rationibus jam redditis pateat, multum damni dolo culpave mariti esse illatum, dum nomina non exegit, renovationem investiturae non petiit, aliaque praestanda non praestitit, an restitutionem in integrum petere poterit uxor, marito solvendo non existente? Dictum quidem est superius, quod actus extra terminos mandati gestus e. g. alienatio rei paraphernalis, sit ipso jure nullus, ut hinc domino revocatio semper salva. vid. §. 10. sed si mandatum minus diligenter expedierit, tunc fere eo collimant jura nostra, quod negligentia procuratoris noceat domino. *l.* 10. *de procurat.* nec ei pateat remedium restitutionis utut procurator solvendo non exiterit *l.* 13. §. *fin. c. de judic.* Imputet enim sibi dominus, quod tam negligenti res suas administrandas commiserit. Verum non denegandum est hoc beneficium domino, dummodo alter contra quem cupit restitui, certet de lucro captando et dominus de damno vitando, tunc enim semper solet hujus esse melior conditio *l. fin* §. 2. *c. de codicill. l.* 8. §. 1. *ff. mandat. l.* 4. §. 1. *ff. de r. j.* add. Struv. *ad tit de procur. th.* 35. Carpz. *p.* 1. *c.* 1. *d.* 23.

§. 30. Disquirendum adhuc, an maritus retinere pos- 30

sit parapherna, et constante matrimonio repetenti uxori restitutionem denegare? Quod licentia haec marito in dote competat, satis constat ex *l.* 29. *c. de jur. dot.* Quia dominium mulieris constante matrimonio est in quiete. Quod secus in paraphernis, ibi uxor dominium exercet, inque illis nihil potest disponere maritus sine consensu uxoris, qui nudus est administrator *l. fin. c. de pact. convent.* et ad lubitum non potest disponere Menoch *consil.* 1. *n.* 71. Ast quemadmodum dominus mandatum pro lubitu revocare potest re integra, *l.* 16. *ff. de procurat.* §. 9. *i. de mandat.* Vel si res non amplius integra, praestito interesse, Mantic. *de tacit. et ambig. convent. lib.* 2. *tit.* 21. *n.* 4. Ita quid obstaret, quo minus uxor tollere et revocare posset mandatum, bonaque mariti administrationi commissa quovis tempore revocare, eaque vel sibi retinere vel alii administranda committere? Barbos *ad d. l. fin n.* 4. Tiraqu. *de ll. connubior. glos.* 8. *n.* 5. utut uxor nullam causam allegare possit, facit enim cum re sua pro lubitu *l.* 21. *c. mandat.* in qua nemo turbandus *l.* 13. §. *fin. ff. de jniur.* Eoque pertinet responsum facultatis hujus juridicae anno 1677. mense jun. datum sequenti modo *Es waere denn, dass Klaegers Ehe Frauwolte, als ihr in diesem Fall zu thung eblühret, binnen Gerihtsfrist erweisen, dass sie dem Vorgeben nach von ihrem Ehemann mit Gewalt und mit harter Bedrohung der Schlaege dazu genothiget, dass sie in seine wider nn. angestrengte Process, ihren Consens und Willen gegeben, auf welchen Fall sie billig. mit ihrem einwenden zuhoren. V. R. W.* Modo uxor pactis dotalibus non concessit marito usumfructum paraphernorum, his enim standum foret. *l.* 1. *pr. ff. de pact. l.* 5. *c. de o. et a. l.* 17. §. 3. *ff. commod.* Similemque pacto necessitatem uxori imponit statutum saxonicum, quod usumfructum paraphernorum marito concedit.

34 §. 31. Si itaque uxor usumfructum paraphernorum concessit vel statutum, non sine causa nova surgit quaestio, quando ususfructus ille cesset? Morte demum usufructuarii alias illum regulariter perire, vulgo notum est, et hac ratione mortua uxore maritus superstes nondum teneretur bona restituere. Verum sicut omnis actus omnisque contractus tacitam in se continet clausulam rebus sic stantibus *l.* 30 *pr. ff. de solut,* et ob causam data ea cessante recte revocantur, Tiraqu. *in tract. cessant. caus. cessat effect.* hinc non dubito asserere, ipso jure cessare usumfructum paraphernorum per mortem uxoris, hac enim non amplius existente, bona illa nullo modo amplius dici possunt parapherualia, paraphernis sublatis, quomodo ususfructus subsistere posset, cum non possit esse accidens sine subjecto, et non entis nullae etiam dentur affectiones. Quod si vero culpa sua se indignum fecerit maritus, citius et viventi a lhuc marito parapherna uxor auferre potest, qualis culpa est primo adulterium, quo maritus et dotem et alia omnia quae ab uxore habuit commoda, perdit. Carpz *pr. l.* 2. *qu.* 64. *n.* 40 *seqq.* Goedd. *v.* 3. *cons. marpurg.* 28. *n.* 210. Secundo denegatio alimentorum uxori debitorum Carpz. *l.* 5. *resp.* 24. *n.* 9. Vide tamen Colerum *decis,* 257. *n.* 6. Carpzov. *p.* 3. *c.* 26. *d.* 5. quibus ultimo addenda mala tractatio et nimia saevities uxori exhibita. arg. *l. fin. ff. Si a par. quis man.* arg. *l.* 2. *ff. qui sin manum.* Boer. *dec.* 244. *n.* 12. Hartm. Pistor. *obs.* 52. *n.* 3. *seqq.*

§. 32. Ultimo subjiciendum, an non interdum parapherna finito matrimonio lucretur, et retinere possit? 32
De jure quidem civili haec facultas nullo modo marito impertitur, nisi uxor sponte juri repetendi renunciaverit. Adeo ut ne quidem per adulterium jure hoc, et hisce bonis privari possit, quamvis contrarium hoc passu defendere conentur Tusc. *concl. pr.* 227. *num.* 16. *lit. a.* Damhoud. *pract. crimin. c.* 80. *num.* 24. Carer. *pract. crimin. tit. de homicid. num.* 29. Sed magis standum puto illorum sententiae, qui inde recedunt, ut Rauchbar. *p.* 1. *qu.* 47. *num.* 12. Wesenbec. *ad l. jul. de adult. n.* 19. Carpzov. *prax. crimin. qu.* 64. *n.* 22. a dote enim et donatione propter nuptias non commodum formatur argumentum ad parapherna, nec poena facile est fingenda, quae legibus non reperitur expressa. Ex jure autem saxonico priorem sententiam probare nititur Carpz. *d. qu.* 64. et Berlich. *p.* 4. *concl.* 29. *n.* 19. quibus facile quoad parapherna mobilia assentior, quippe quorum haeres est maritus uxore defuncta Heig. *p.* 2. *qu.* 15. *n.* 2. Imo dixeris, ab ultima voluntate non licet argumentari ad actum inter vivos, et quod jus mihi competit in bonis alterius eo mortuo, nondum competit eo vivo arg. *l.* 9. *c. de inoffic. testament.* Verum enim vero jus hoc mariti non ex sola ultima voluntate dependet, sed et jam tum radicatum est uxore adhuc vivente, quae invito marito nihil ex his potest alienare. Carpzov. *p.* 2. *c.* 25. *d.* 10. Quid autem de rebus immobilibus dicendum? Sane, non haec lucratur maritus uxore mortua, ergo nec eadem adulterium committente, in mobilibus enim hoc jus lucrandi ob adulterium marito concedunt, quia per adulterium aeque dissolvitur matrimonium atque per mortem.

CAPUT IV.

De jure mariti in receptitiis et gerada.

SUMMARIA.

An jure saxonico dentur receptitia? n. 1.
Datur, jus mariti in receptitiis quoad actionem movendam sine mandato uxoris. n. 2.
Removetur dubium obstans. n. 3.
Uxor rem receptitiam libere alienare potest. n. 4.
Etiam jure sax. tam immobilia. n. 5.
Quam mobilia. n. 6.
Uxor percipit fructus ex receptitiis. n. 7.
Mulier marito pecuniam mutuam tradens an gaudeat hypotheca tacita? n. 8.
An uxor ex receptitiis cogitur marito dotem constituere inopi? n. 9.
An bona uxoris potius praesumantur parapherualia quam receptitia? n. 10.
Illustratur resp. n. 11.
An mortua conjuge maritus lucrum habeat ex receptitiis? n. 12.
Maritus in gerada nil juris habet post mortem uxoris. n. 13.
Viva uxore non habet jus ususfructus in illa. n. 14.
Illam alienare nequit, et sic nec oppignorare. n. 15.

Extenditur prohibitio appignorari. n. 16.
Cognata patens gerendum non tenetur ad eas alienum. n. 17.
Marito gerenda vendi potest. n. 18.
Maritus inops lucratur quartam bonorum partem ex bonis defunctae uxoris divitis. n. 19.
Refutantur dissentientes. n. 20.
An quarta indistincte competat marito inopi si concurrunt collaterales? n. 21.
An maritus quartam partem pleno jure acquirat? n. 22.
Jure sax. maritus est uxoris haeres mobiliaris. n. 23.
Quod jus testamento adimi nequit. n. 24.
Licet omnia uxoris bona fuerint mobilia. n. 25.
Jure marchico conjux dimidiam lucratur ex bonis conjugis defunctae. n. 26.

1 §. 1. Quod jure civili receptitia uxoris bona dentur non amplius admittit dubium per *l.* 9. §. *fin. ff. de jur. dot.* dummodo quicquam bonorum habeat et non ait insigni egestate pressa. At de jure saxonico dubitari posset ubi marito in bonis uxoris competit usus-fructus. vid. *cap. praec.* §. ita quidem, ut etiam invita foemina fructus lucretur cum lex hanc potestatem marito in paraphernis tribuat, non secus ac filius patri contra dicere nequit, quo minus lucretur fructus ex peculio filii adventitio §. 2. *j. per quas person. cuique. l.* 6. *pr. cod. de bon. quae liber.* Verum his non obstantibus commode casus contingere possunt, quibus foemina etiam jure saxon. receptitia bona habeat. Primus esto, si ante matrimonium initum statim protestetur, se quaedam bona sibi velle retinere, eorumque tam proprietate quam usufructu gaudere. Poterit enim statutis per conventionem contrariam derogare cum res adhuc integra, partique jus nondum est quaesitum, poterit juri futuro renunciare, virumque mulier eo adigere, ut beneficio lucrandi renunciet, si scil. protestetur mulier: aut relinquendus mihi est usus bonorum meorum, aut tibi non nubam. Sane si protestatione illa non interposita mulier ad nuptias convolaverit jam non amplius arbitrari potest, nec cogere maritum, ut jus suum dimittat, licet bona demum constante matrimonio accipiat. Hoc saltem remedii superest tunc uxori, ut petat ab illo, a quo bona sperat, ut legem hanc illis addat; horum bonorum, quae Meviae dono, non transeat ususfructus ad maritum. Tunc quidem bona illa propria, sibi etiam quoad usumfructum reservare potest mulier, ad eundem modum, quo donator vel testator in filiumfam. quid translaturus hanc legem addere potest rei donandae, ne ususfructus rei ad patrem pertineat *nov.* 117. *c.* 1.

2 §. 2. Posita ergo differentia, consideranda sunt jura mariti in receptitiis. Quae an ulla esse possint dubitare licet, quia receptitia nomen inde naturamque suam tenent, quod plenissime eadem tam quoad usumfructum quam proprietatem uxor possideat. Hoc tamen uno ore largiuntur, doctores, quod maritus etiam quoad receptitia cautione rati praestita admittatur ad agendum, eoque restringunt *l.* 21. *c. de procurat.* in qua licet receptitiorum nulla, sed simpliciter bonorum uxoris fiat mentio, tamen ex *cap.* 2. *et* 3. satis patet, ad nulla alia, quam uxoris receptitia applicari posse. Ratione enim dotalium maritus nec procurator est, nec curator sed dominus, qui non opus habet mandato de re sua litigans. Ratione paraphernalium est legitimus administrator, quem lex ipsa a mandato et cautione rati liberat, dummodo probet, actionem illam, quam moret, inter paraphernа recenseri. Ergo *lex* 21. intelligenda erit de receptitiis, quia plures quam tres bonorum uxoris species jure civili non dantur.

§. 3. Diceres, si administratio bonorum constituit essentiam parapherнorum, ergo eo ipso dum ratione receptitiorum actionem moret, idque uxor ratihabet, transibunt haec in naturam parapherнorum: distinguendum arbitror inter administrationem litis commissam, et ipsarum rerum, seu etiam juris; posterior constituit parapherna, non aeque prior, litis commissio tantum constituit procuratorem jud cialem, qui de ipsa re seu jure disponere nequit. Hinc maritus constitutus procurator ad agendum; nequidem habet jus exigendi et accipiendi debitum. *l.* 13. *ff. de pact.* quod si vero pecuniam, ad quam solvendam debitor mulieri est condemnatus, acceperit, et non contradicente uxore expenderit, aut suum in communem familiae utilitatem et necessitatem impenderit, jam illa pecunia inciperet esse paraphernalis *l. fin. c. de pact. convent.* Dum enim uxor protestationi initio interpositae actum contrarium quod bona geri patitur a marito, illi renunciasse censetur. Inde licet maritus procurando peccaverit, et damnum intulerit ipsi foeminae, eo tamen casu non ipsi sunt tacite obligata bona mariti, quia curatoris ad litem bona hypothecae nexu non tenentur. Hahn. *ad Wesenbec. tit. quib. mod. hypoth. tac. n.* 1. *in m.* Eckold. *ad d. tit.* §. 3. 3

§. 4. Extra hoc jus non legitur marito aliud competere in receptitiis, quorum unica et libera domina est uxor, et sic jura dominii de illis pro lubitu disponere potest. Itaque rem receptitiam in quavis alienare potest, seu ignorante seu invito domino, quia frustra illius consensus expectatur, qui jus contradicendi non habet. arg. *l.* 3. *ff. de r. j.* sed quid jure saxonico de receptitiis? Immobilia quod ibi concesserit; si consensus curatoris accesserit, sola mariti contradictio alienationem non invalidabit, quia in his nullum jus, ac quidem succedendi ab intestato habet. Dan. Moller. *ad constit. sax. l.* 5. *n.* 3. Berlich. *p.* 2 *concl.* 17. *n.* 16. Carpz. *p.* 3. *c.* 23. *d.* 22. Multum quidem refraganter textus *in Land-Recht lib* 1. *art.* 31. *vers. Kein Weib mag ihres Gutes ichtwas vergeben ohne ihres Mannes Willen, dass er es durch Recht leiden darff.* Et text. *d. l.* 1. *art.* 43. *vers. Ein Weib mag auch ohne ihres Mannes Urlaub ihr Gut nicht vergeben, noch ihr Eigen verkauffen.* Verum textus hi omnino explicandi atque restringendi sunt ad parapherna, quae cipluriumum ibi frequentantur et per ipsum matrimonium contractum tacite constituuntur. Haec sane, sive mobilia sive immobilia sint, uxor alienare invito marito nequit, quia ei competit ususfructus, vid. *cap.* 2. §. atqui proprietarius neutiquam fundum sine consensu usufructuarii alienare potest. arg. *l.* 15 §. *fin. ff. de usufruct.* Carpz. *p* 2. *c.* 15. *def.* 23. et *p.* 3. *c.* 7. *def.* 6. At in immobilibus receptitiis quoniam cessat ratio prohibitionis, hinc etiam cessabit ipsa prohibitio. 4

§. 5. De mobilibus adhuc alia stringit prohibendi ratio, quod haec vel ideo alienari nequeant invito marito, quia jus succedendi ipsi competit in illis, id quod neutiquam uxor marito intervertere potest. Beneficia enim lege indulta privatus auferre nequit, alias facile marito adimi posset una, quod manu altera erat datum Carpz. *d. c.* 7. *def.* 5. Virgil. Pingitz. *qu.* 28. *n.* 12. Pantschman. *p.* 245 *m.* 12. praesertim cum argumen- 5 6

tum ab ultimis voluntatibus ad contractus negative conceptum sit validissimum Everhard. *in loc. top.* 36. *n.* 2. Verum hoc non obstante poterit uxor receptitia mobilia etiam alienare invito marito. Dum enim hic semel consensit uxori, ut haberet receptitia, eo ipso concessit, ut liberarum dispositionem circa eadem haberet. Nam natura receptitiorum haec est, ut tacite contineat libertatem administrandi et alienandi. *ad d. c.* 1. §. 17. Auserit quidem Carpz. *d. p.* 3. *c.* 7. *d.* 47. Quod uxor tum demum mobilia sua invito marito alienare possit, si concurrat necessitas aut insignis utilitas. Verum haec locum habeat, si mobilia fuerint parapherna, quae non promiscue alienari posse, facile patet ex jure, quod in re habet ipse maritus.

7 §. 6. Ex facultate libera administrandi atque disponendi sequitur, quod uxori etiam ex receptitiis competat facultas fructus percipiendi, quos ne quidem in communem utilitatem expendere tenetur. Mariti enim est, onera matrimonii ferre, non uxoris, qui si quos ex fructibus mulieris consumpserit, omnino restituere tenetur, licet hoc factum esset consensu mulieris, quoniam donatio inter conjuges non est licita, et hinc in dubio contractum censetur mutuum. Dictum quidem est, quod fructuum donatio inter conjuges sit permissa, verum industrialium, ad minimum illorum, quos uxor nondum percepit, collegit, horreoque condidit. Quae enim foret differentia, fructus collectos donare, aut pecuniam?

§. 7. Sicuti ergo datur libera facultas alienandi receptitia uxori, ita et eidem competit potestas vindicandi, aliasque circa rem receptitiam competentes actiones instituendi. Habet enim jure civili aeque personam standi in judicio, inque rem suam agendi, ut masculus *l.* 4. *c. de procurat. l.* 1. §. 5. *ff. de his qui not. infam.* Aut si ipsa agere nolit, actionem alii demandare, extraneumque procuratorem constituere potest, excluso marito. Huic eatenus jure saxonico est derogatum, ut uxor ratione receptitiorum agere non possit, nec excipere, quia standi personam in judicio saxonico non habet, hinc curatore ad litem opus habet, Carpz. *p.* 1. *c.* 1. *def.* 30.

8 §. 8. Inde jam colligere est in proclivi, quod parum juris maritus in receptitia praetendere possit, sed si quid ex illis consequi cupiat, precibus eamet armare necessum habeat. Hac ratione mulier saepe solet marito pecunias dare mutuas, in quibus creditis cauta debet esse mulier, nam si sibi non de speciali prospexerit hypotheca, inter nudos chirographarios, aliquando in concursu creditorum mariti collocabitur. Du. Brunnem. *in proc. concurs. creditor. c.* b. §. 66. et ibi magnif. dn. Praeses. *ad* §. 33. Carpzov. *p.* 1. *c.* 28. *d.* 90. Neque hoc praeter rationem. Dum enim dominio suo uti, administrationemque rerum sibi potius reservare, quam marito committere voluit, hinc etiam non potest aliter considerari, quam alius pecuniae creditor qui nulla gaudet hypotheca, nisi sibi reservaverit, aut lex expresserit.

9 §. 9. Hoc nihilominus expectandum, si uxor matrimonio viri inopis fuerit juncta, nulla expressa dote, quod tunc compelli possit, ut ex receptitiis dotem, aut si malit, parapherna constituat. vid. *cap.* 1. §. Quaeris quo actione? Nec inciditi alia, nisi imploratio officii judicis. Quod si autem expresse reconperint, ut quisque conjugum res suas sibi habeat, iisdemque separatim fruatur, subsistet quidem illa conventio, pacta enim servanda legemque dant contractui, praesertim cum sint talia, ut dotem non reddant deteriorem, sed potius meliorem, *l.* 8. 6. 14. 15. *ff. de pact. dotal.* Verum interpretanda nihilominus semper erunt, ut caute subintelligatur clausula: rebus in eodem statu manentibus, quippe quae alias de natura cujusvis actus atque contractus esse solet, dd. *in l.* 39. *ff. de solution.* Itaque si maritus, cum ita contraheret, sibi alendo sufficeret, postea vero casu inopinato ad inopiam redactus fuerit, non dubito, quin non obstantibus pactis, uxor cogi saltem possit, ut maritum alat inopem. Carpz. *p.* 3. *c.* 25. *d. c.* 7. Quia conventio regulariter ad incogitata non extenditur. *l.* 8. *c. de transact.* Du. Praes. *de jure sens. diss.* 10. *c.* 7. *n.* 2. Quam regulam in jure totissimam appellat Seraphin de Seraphin *de privil. juram. privil.* 119. *n.* 1. Et maxime inhonestum foret, conjuges semet invicem ludibrio aliorum misericordiaeque exponere, contra *l.* 22. *ff. solut. matrim.*

§. 10. Tandem cum supra c. 1. actum fuerit, utrum bona 10
uxoris marito allata potius praesumantur dotalia quam paraphernalia, liceat adhuc examinare, si dotis qualitas non inveniatur expressa, an potius paraphernalia, quam receptitia praesumantur? Equidem si bona illata altero conjugum mortuo adhuc extant, parum interest, utrum praesumas jure civili, nisi quod fructus in communem utilitatem impensos; vindicari enim tunc possunt ab uxore ejusve haeredibus, sed si res uxoris fuerit culpa mariti deperdita, vel fructus in ejus solius utilitatem consumpti, tunc multum interest, quo nomine in domo mariti res illae exiterint. Si enim dixeris et probaveris, nomine paraphernorum, in concursu creditorum facilius recipies damni refusionem ob benehcium tacitae hypothecae Carpz. *p.* 1. *c.* 28. *def.* 82. Sin constiterit esse receptitia, nudorum chirographariorum sortem uxor subire necessum habet, quare quoad praesumptionem hoc sentio, si res uxoris in domo mariti ita pateant, ut illas maritus administrare potuerit et fructus etiam pereceptos suis rationibus inseruerit, tunc praesumuntur omnino esse parapherna-les; maritus enim non tenetur ad administrationem suam legitimandam consensum uxoris expressum expectare, sed hunc semper praesumere potest, donec uxor dissensum expresserit. Quod si vero immixtio nulla atque negotiorum gestio probari possit a marito facta, tunc non paraphernalia, sed receptitia putantur, quia rerum alienarum curam aliquam gessisse semper facti est, et mandata non praesumuntur, nisi vel facto verbisve fuerint significata.

§. 11. Illustrabit plurimum ante dicta, quod inter 11
rationes decidendi pronunciavit facultas hujus loci celeberrima *d.* 11. *oct. an.* 80. hunc in modum: *ob nun zwar Klaeger deshalb cautam appellandi zu haben vermeinet*, quod omnia bona praesumantur illata, nisi specialim ab uxore praesumuntur reservata, quod probare volunt ex Mevio *ad j. lub. p.* 2. *tit.* 2. *art.* 12. *n.* 54. *So ist doch hingegen gantz bekanten Rechtens*, quod illatio bonorum ad maritum consistat in facto, talia vero quae sunt, non praesumuntur, nisi probentur Mencch. *lib.* 6. *praes.* 15. *num.* 17. *Ob Mevius auch am angezogenen Ort demselben nicht zuwider ist, wann er schreibet:* quod ex usu vulgari juris lubecensis omnia uxoris bona ad maritum illata sive dotis nomine data sint, sive ut paraphernalia habita, nisi pactis certo modo limitata sint, plane confundi ac perinde haberi ac si dotalia sint, *daraus genugsam erhellet*,

quod du. Mevius non velit omnia bona reputari pro illatis, sed si illata sint (quod sine dubio probandum) omnia in successione ejusdem conditiones censeri, *und eben dahin ziehlet auch das adacta gebrachte decretum senatus von* 26. *martii an.* 79. *denn da ist der casus erwiesen*, ubi maritus in possessione bonorum uxoris fuit, et ubi de illatione non fuit quaestio, sed tantum de reservatione, quae utique non praesumitur, nisi probetur, *in gegenwaertigem Fall aber sind Beklagte in possessione, und actores fundiren sich* in illatione, hinc cum quisque actor fundamentum suae intentionis probare debeat, nisi velit, ut reus, licet nullam possidendi causam habeat, absolvatur *l. 4. c. de edend. l. fin. c de r. v. So ist allerdings wol erkannt, und probatio illationis auferleget worden.*

12 §. 12. Num ergo vivente conjuge parum juris habet maritus in receptitiis, quaeso, nonne quid juris per illius mortem huic obvenit? Ipsa quidem natura receptitiorum nihil plane infert, nec spem ullam facit, fore, ut post mortem uxoris quicquam ex illis lucretur. Quin potius jure saxonico hoc singulare de iis notandum, quod maritus, quamvis sit haeres uxoris mobiliaris, tamen uxor illi non teneatur praecise relinquere receptitia, quia eo ipso, dum maritus permisit quaedam bona proprio mulieris arbitrio, juri suo renunciavit, sique ex potestate concessa mulier receptitia alienaverit, seu per testamentum, seu per actum inter vivos, maritus eadem revocare non potest, vid. Mev. *ad jus lub. p. 2. t. 2. art. 12. n. 55.* Non secus ac si dominus directus vassallo liberam circa feudum dispositionem permittit et ejus arbitrio plane relinquit, tunc non ambigitur, quin vassallus feudum licite sine consensu domini alienare possit, ita ut hoc alienatum revocare nequeat, alias enim contra pacta semel conventa iretur. *l. 5. c. de o. et a.* Interim tamen si uxor receptitia mobilia retinuerit, nec per testamentum aliove modo alienata deprehenduntur, capiet eadem haeres maritus; dum enim illa per expressam dispositionem alii relinquere noluit, censetur eadem reservare voluisse haeredi ab intestato, qui in mobilibus est maritus. Nam in dubio testator se juri communi conformasse censendus est, *l. 54. §. 1. loc.* Menoch. *lib. 4. praes. 202. n. 8. seq.*

13 §. 13. A receptitiis nos convertimus ad geradam jure civili quidem plane ignotam, moribus autem saxonicis frequentissimam quae sit illa, jam explicitum *cap. 1. §. 31.* Distinguere illam ibidem placuit tam a receptitiis, quam paraphernalibus. Habet enim omnino aliquid singulare, ut ad neutram speciem referri commode potuerit. An aliquid juris maritus in eadem habeat, non usque quaque expeditum. Certum est quidem, quod post mortem uxoris nihil ex gerada retineat maritus, sed ea exsolvenda sit proximae cognatae, dummodo haec marito superstiti relinquat lectum ita paratum, sicut erat cum uxor in vivis existeret, insuper mensam mappa, scamnum pulvinari, et sedile cussino instratum, Carpz. *p. 2. d. 14. def. 49. n. 4.*

14 §. 14. Viva autem muliere an usumfructum habeat, disquirere lubet? Non invenio quicquam desuper expresse cautum. De illa gerada, quam uxor aliunde vel ante matrimonium vel eo constante accepit, dici posset, quod nec usum nec usumfructum illius habeat, nisi consentiente uxore; perfecte enim jam illam haec acquisiverat et quamvis contracto matrimonio tacite consequatur maritus moribus Saxon. jus utendi fruendi in bonis uxoris, nisi ante illud contractum aliter fuerit conventum, tamen non credo sub illis bonis contineri geradam, quia haec a paraphernis species distincta est. Et interdum in ejusmodi rebus consistit, quibus nonnisi alienatis, uti frui potest maritus. Quod autem concernit geradam, quam vivo adhuc marito sperat, neque mortuo exposcit, eadem quia uti possit salva rei substantia, non ambigo. Licet enim possideri atque custodiri debeat ab ipsa uxore, Carpzov. *p. 2. c. 14. d. 30. add. c. 1. §.* Res tamen illius geradae reipsa adhuc sunt in bonis mariti, et ex illis mulieri debetur viventi quidem, ita tamen, ut pleni dominii translationem a vivo adhuc marito flagitare nequeat. Inde est, quod uxor geradam sine mariti consensu in tertium transferre nequeat, Carpzov. *d. c. 14. d. 10.* Et quamvis idem Carpz. *d. c. 14. d. 8.* asserat, quod si mulier geradam tertio donaverit, illam statim etiam tradere teneatur, nisi usumfructum sibi reservaverit. Hoc tamen intelligendum censeo de gerada, quam uxor aliunde acquisivit a matre aliave proxima cognata, et tam tum vivo adhuc marito possidet, vel supponendum de gerada quae consensu uxoris fuerit donata.

§. 15. Multo minus maritus uxore invita geradam 15
vendere atque donare poterit *l. 11. ff. de r. i.* Hartm. Pistor. *p. qu. 31. n. 7.* Carpz. *p. 2. c. 14. d. 62.* Imo nequidem oppignorare. Quicquid enim prohibitum est in termino, prohibitum quoque in via, et regulariter alienatione prohibita, prohibita quoque censetur alienandi licentia. *l. fin. c. de rebus alien. non alien.* Unde collecta facile est, quod marito, qui geradam oppignoraverit, mortuo, eandem non mulier, sed haeres mariti redimere cogatur, utut multum obstare videtur textus juris sax. *art. 24. l. 1. Land-Recht. ibi was auch dieses Dinges also versatzt waere, bey des Mannes Leibe, dasselbet der ab dem es zu recht angehoeren soll.* Unde satis patet, quod foemina geradam obligatam redimere teneatur, huic enim eadem debetur. Quae ipsa verba quosdam dd. in hanc seduxere sententiam, ut statuerent, quod mulier geradam redimere debeat, non haeres mariti, ut sunt Coler. *pr. decis. 191. num. 4.* Beust. *de matrim. p. 1. c. quib. in fin.* sed recesserunt inde Hart. Pistor. *d. qu. 30. n. 23.* Carpzov. *d. c. 14. def. 63.* ob ante dictas rationes, suamque sententiam praejudiciis simul confirmant. Non obstante textu jam allegato. Statuta enim semper ita sunt interpretanda, ut evitetur absurdum, quod omnino hic emergeret, si diceremus: maritus prohibetur geradam in praejudicium uxoris alienare, et tamen simul statueremus: maritus potest in praejudicium uxoris geradam oppignorare. Est enim vel lippis notum: quicquid non potest alienari, nec potest oppignorari. Cui accedit illud dd. effatum, quod statuta semper ita sunt explicanda, ut quam proxime accedant ad jus civile. Barbos. *lib. 17. c. 49. ax. 1.* Recte itaque facere arbitror, qui textum adversantem ita explicant, ut supponant, obligationem geradae faciam esse vel ab ipsa uxore jam defuncta, vel eadem consentiente, tunc hujus proxima cognata si geradam petierit, pretium restituere tenetur, quoniam mulier alienando et oppignorando hisce praejudicare potest, Holdbeck. *de gerada c. 7. n. 1.* Carpz. *d. c. 14. d. 67.* Coler. *p. 1. dec. 204. n. 4.*

§. 16. Quae prohibitio oppignorandi etiam tunc pro- 16
cedit quoad maritum, si hic res quasdam utensiles

uxori emerit, easque tamdiu obligaverit, donec pretium conventum fuerit exsolutum, hoc affectu, ut si paulo post maritus decesserit, non mulier, quae utensilia illa accipit, sed mariti haeredes pretium solvere teneantur. Hartm. Pist. *d. qu.* 31. *n.* 33. Quod satis colligi potest. *l.* 1. §. 4. *ff. de reb. eor. qui sub tut.* ibi. *Si minor viginti quinque annis emit praedia, ut quoad pretium solveret, essent pignori obligata venditori, non puto pignus valere, non ubi dominium quaesitum est minori, coepit non posse obligari.* Quod tamen omnino ita limitandum censui, si scil. maritus emerit exprimendo coram venditore, quod res empta debeat esse res utensilis. Nam si suo nomine vir emerit, et proposito illo, ut esset gerada, in mente retento venditori obligaverit, habet venditor jus hypothecae, arg. *l.* 7. *ff. de condict. ob caus. dator.* Nec ex intervallo, licet breviori, interjecto pignus fuerit constitutum, et antea de pretio fides fuerit habita.

17 §. 17. Multo minus ergo uxor cogi poterit, ut solvat ex gerada aes alienum, licet nomine geradae a marito contractum, Carpz. *d. c.* 14. *d.* 62. *n.* Notissimum enim est, quod obligatio sequatur personam non rem. *l.* 3. *ff. de o. et a. l.* 15. *c. de donation.* Et quamvis dixeris; jura magis favent illi, qui de damno vitando certat, quam qui lucro captando, atqui creditor certat de damno vitando. Respondeo, hoc procedet si nec tota haereditas fuerit solvendo, tunc enim actio creditori ex titulo oneroso permittitur contra donatorem titulo lucrativo possidentem dn. Brunnem. *ad d. l.* 15.

18 §. 18. Illud tamen concedunt juris marito, ut emere possit geradam. Andr. Goldb. *de gerada c.* 7. *n.* 61. Quod ex eo fluit: mulier geradam quocumque actu inter vivos alienare potest, tam donare, permutare, quam vendere, Carpzov. *d. c.* 14. *def.* 4. Si hoc, quidni licebit etiam vendere ipsi marito, quia omnis contractus et conventio inter virum et uxorem subsistit, excepta donatione, Hering. *de fidejuss. c* 6. *n.* 103. Lauterbach. *de donat. in vir. et uxor*, §. *rerum.* Carpzov. *p.* 2. *c.* 13. *d.* 22. Salycet. *in l. ult. c. de pact.* Unde porro fluit, si contractus onerosus, ubi mutuae praestationes occurrunt, subsistit inter conjuges; ergo valida etiam erit donatio remuneratoria, et poterit uxor suam geradam donare marito, si vicissim maritus uxori donaverit, Carpzov. *d. c.* 13. *d.* 2. Modo illud quod a marito jure donatum, pretium geradae exaequaverit; Andr. Goldbeck. *d. c.* 7. *m.* 4. *n.* 54. Carpzov. *d. c.* 13. *d.* 8. quam aequalitatem pretii non urgent dd. in venditione geradae. Goldb. *d. c.* 7. *m.* 4. *n.* 79. et Carpzov. *d. c.* 13. *d.* 11. Sed eamdem nihilominus ratam habent, licet sit facta minori pretio. Ratio diversitatis haec esse poterit, quia venditio non aeque inducit praesumptiones donationis, quam ipsa donatio remunerationis, aliud enim est vendere aliud donare, et licet quis ob causam donet, manet tamen ex ipso vocabulo praesumptio donationis, donec probatum fuerit contrarium. Sed ex testamento uxoris geradam maritus capere nequit, quia uxor per ultimam voluntatem transferre eamdem nequit, neque in extraneum. vid. *c.* 1. §. 31. De morgengaba quid juris teneat maritus vivente uxore, alio forsan loco explicabitur.

19 §. 19. Liceat nobis hic per compendium adhuc annectere, quidnam maritus post mortem uxoris ex ejus bonis sperare habeat? Jure civili non lucratur maritus dotem, sed tam hanc quam parsphernalia restituere post mortem uxoris tenetur, multoque minus spes est quoad receptitia, quae ne quidem vivente uxore possidet, ergo nulla qualitas bonorum uxoriorum ipso jure spem lucri afferre potest, sed qualitas personae superstitis acquirit interdum lucrum ex bonis sub quacumque veniant, vel potius constante matrimonio venerint, qualitate. Scilicet si uxor mortua fuerit locuples, maritusque superstes sit inops, tunc ex bonis demortuae accipit quartam partem bonorum existentibus tribus vel paucioribus liberis, sive hi ex communi sive priori matrimonio geniti. *nov.* 53. *c.* 6. Dn. Brunnemann. *ad tit. c. und. vir et uxor. n.* 3. Ludwel. *ad i. dissert.* 10. *th.* 5. *lit. b.* Virilem autem portionem accipit, si quatuor aut plures concurrant liberi. Sin vero liberis non existentibus concurrat cum adscendentibus et collateralibus, pariter ad portionem aliquam capiendam admittetur, licet enim in *d. novell.* non fiat horum mentio, attamen facile colligi poterit, quod multo magis Justinianus supersistem conjugem voluerit, tunc admitti, cum non magis debeantur bona adscendentibus et collateralibus, quam descendentibus. Carpzov. *p.* 3. *c.* 20. *d.* 15. Kohl. *de success. conjug. p.* 2. *n.* 65. Rittershus. *ad nov. p.* 7 *c.* 17. *n.* 11. *seqq.*

§. 20. Sunt quidem nonnulli, qui marito hoc jus 20
in bonis uxoris defunctae denegant, ob verba fin: *nov.* 117. *c.* 5. ibi: *virum enim in talibus casibus quartam secundum priorem nostram legem ex substantia mulieris capere modis omnibus prohibemus.* Verum res salva est. Agitur *in d. c.* 15. de duplici quarta, quarum unam lucratur uxor indotata mortuo marito, alteram uxor expulsa a marito; ad hunc non ad priorem casum restringenda sunt verba finalia legis hujus correctoriae, quae semper strictae solet esse interpretationis, perque eam lex praecedens, scilicet *nov.* 53. *c.* 5. non censetur mutata esse, nisi in specie expressum. Praesertim cum in dubio conjugum jura soleant esse aequalia quoad successionem, add. Hillig. *in Donell. lib.* 9. *c.* 1. *lit. n.* Kohl. *de success. conjug. n.* 70. Et maritum quoque ad successionem in bonis uxoris admitti statuunt, eamque opinionem communem dicunt Bachov. *ad tr. v.* 2. *disput.* 16. *th.* 6. *lit. d.* Gail. *lib.* 2. *obs.* 89. *n.* 5. Carpzov. *p.* 3. *c.* 7. *d.* 4. *et* 8. Berlich. *p.* 3. *c.* 9. *n.* 45. Richter. *ad auth. praeterea c. und vir et ux. n.* 5. c. 45. Brunnemann. *ad eamdem n.* 13. *seq. et ad i. exercit.* 16. *tit.* 10. *n.* 3. Neque huic juri ad petendam portionem renunciasse censetur, si ad secunda vota convolaverit, ibique amplissimam dotem fuerit consecutus, aut aliunde ipsi divitiae affluxerint, paupertas enim illa spectatur mortua uxore. Dn. Brunnemann. *ad d. auth. praeterea n.* 9. Imo si et secunda uxore mortua eadem adhuc pauperatis onera sentiat, tamen ab haeredibus prioris matrimonii portionem suam petere valet. Barry *de success. lib.* 18. *tit.* 4. *n.* 12. ita tamen, ut non sit in ipsius arbitrio, an malit petere ab haeredibus matrimonii posterioris, uti quidem putat Bachov. *d. l.* Nam per primam exactionem potest facere, ut non amplius sit pauper. Dn. Brunnem. *ad d. auth. n.* 23.

§. 21. Hoc tantum quaestionis est, an in concursu 21
adscendentium et collateralium aeque sit attendendus numerus illorum, atque in liberis concurrentibus. Et quamvis in *d. nov.* non fiat mentio collateralium atque adscendentium, quomodo cum his succedendum, unde

eadem videtur ratio, quae in liberis expressa; tamen magis eo collimant dd. quod conjux superstes indistincte quartam tunc accipiat, Grassus *qu.* 40. *seq.* Kohl. *de success. conjug. p.* 2. *n.* 66. Berry *de success. lib.* 18. *tit.* 4. *n.* 11. Hahn. *ad Wesenb. tit. unde vir et uxor. n.* 3. Dn. Brunnemann. *ad d. l. c. n.* 12. Quia hoc lucrum magis meruit conjux, quam cognatus uxoris demortuae, et hinc per hujus concursum non debet deterior fieri conditio illius, praestitit enim hactenus mutuam in ferendo onere matrimoniali et in conservandis bonis operam, a qua alieni fuerunt conjugis defunctae cognati.

22 §. 22. Hanc portionem, quam accipit maritus ex uxoris defunctae bonis, non indistincte pleno acquirit jure, sed tantum jure usufructus, si liberos habeat communes, quibus salva manet hujus portionis proprietas patre ad secunda vota convolente. Dn. Brunnemann. *in repet. Wesenb. ad tit. und. vir et uxor. qu.* 2. Struv. *exerc.* 38. *th.* 39. Ludw. *ad i. d. dissert.* 10. *th.* 5. *lit. b.* Liberis autem non extantibus, plenissimo jure suam acquirit portionem maritus. Lauterb. *ad t. ff. quis ordo in succes. observ. p.* 426. Ita enim semper caverunt jura liberis prioris matrimonii, et fraena injecerunt parenti, ne priorum liberorum immemor et coeno novae conjugis amore ebrius omnia ad illam bona transferret. Eaque propter fit, ut si liberi postea decesserint, pater hanc suam portionem usufructuariam pleno jure acquirat. Ludw. *d. th.* 5. Brunnemann. *ad i. d. exerc.* 10. *n.* 33. *tit.* 10.

23 §. 23. Huic successioni civili statutis variorum locorum derogatum ubique cognoscimus, adeo ut fere nullus sit principatus, comitatus, urbs, aut vicus, qui circa hanc successionem suis non gaudeat moribus; hi itaque probe in casu obvenienti sunt explorandi. Manca enim est juris civilis scientia et frustra illud allegatur, si statutum extat. Et quidem de jure saxon. hoc tenendum, quod maritus sit haeres uxoris mobiliaris. Rauchbar. *pr. qu.* 39. *n.* 32. Berl. *p.* 3. *concl.* 3. *n.* 6. Carpzov. *p.* 3. *c.* 23. *n.* 34. Sive bona illa fuerint dotalia, sive parapherualia, sive receptitia, sive maritus fuerit inops, sive locuples Carpz. *d. c.* 22. *def.* 24. quod jus marito adeo certum, ut nullo testamento uxoris idem interverti atque adimi possit. c. Raymundus 16. *vers. praeceptit. x. de testam. nov.* 24 22. c. 33. *ad d. §. praeced.* Est enim portio statutaria instar legitimae, indeque instar legitimae testamento nec auferri potest. Carpz. *p.* 3. *c.* 7. *def.* 1. Ernest. Cothman. *vol.* 1. *cons.* 74. Berlich. *p.* 3. *concl.* 7. *n.* 3. *seq.* Gail. *lib.* 1. *obs.* 86. *n.* 17. Hieron. Pantschm. *p.* 2. *qu.* 5. Matth. Coler. *p.* 1. *decis.* 54. *n.* 27. Nec legato vel fideicommisso gravari Carpzov. *d. c.* 7. *d.* 2. ad instar legitimae *l.* 32. *c. de inoffic. testam.* Et quamvis in ore omnium sit doctorum: provisio hominis tollit provisionem legis, arg. *l. fin. c. de pact. convent.* ibique August. Barbos. id tamen non procedit in legibus dispositionem hominis annullantibus. arg. *l.* 26. §. 4. *ff. de pact.* Quin vel ipsam regulam sua labe laborare probat dn. Brunnem. *ad d. l. n.* 8. Lex enim suo semper consistit robore, donec utraque pars juri quod lex tribuit, derogaverit, suoque beneficio legibus indulto renunciaverit. Sed et ulterius progrediuntur, et portionem statutariam, nequidem per contractum inter vivos adimi posse, asserunt, Virgil. Pingitz. *qu.* 28. *n.* 12. Carpzov. *d. c.* 7. *et* 5. *add.* §. *praeced.*

§. 24. Quidsi vero omnia uxoris bona fuerint mobilia? Admittunt tunc testamenti factionem de aliquibus, Berlich. *p.* 1. *concl.* 9. *n.* 36. Coler. *cons.* 41. *n.* 49. Et rationis loco quidem urgent: quod testandi facultas nemini sit auferenda *l.* 1. *c. de s. s. eccles.* Sed ratio haec uti est ex lege civili, ita nullum est dubium, quin vel contraria lege vel moribus tolli possit. §. 11. *i. de i. n. g. et c.* Quin etiam pactis hodie auferri potest facultas testandi, quod jure quidem civili non procedebat, moribus tamen Germaniae satis receptum, dn. Praes. *in comt. testam. sect.* 3. *c.* 8. § 20. 26. Quibus universa massa bonorum per pactum deferri potest, Barthol. Muscul. *de success. convent. membr. d.* 1. *concl.* 3. *n.* 38. *seqq.* Kohl *de pact. dotal. p.* 2. *n.* 71. Pruckmann. *vol.* 2. *cons.* 25. *n.* 24. Ludw. *d. disp.* 10. *tit. lit. b.* Quo posito, non video, quo minus statutum omnem bonorum massam superstiti conjugi deferens sit validum. Carpz. *p.* 3. *c.* 7. *d.* 8. et maritus, si omnia uxoris bona in mobilibus consistant, eadem lucretur Carpz. *d. c. def.* 4. Modo ex iis legitimam salvam habeant illi, quibus debetur. Carpzov. *d. c.* 23. *def.* 19. Virgil. Pingitzer. *qu.* 29. Coler. *p.* 2. *decis.* 286. *n.* 13. Schneidew. *ad pr. i. d. exhaer. lib. n.* 2. *lit. b.* hanc enim nonnisi expresse tollere statutum potest. Dn. Praeses *in tr. de success. dissert.* 7. *c.* 1. §. 12. Marito itaque incumbit, attente atque sollicite indagare, quae bona mobilium jure censeantur, an scil. eo pertinent praedium dotale aestimato datum, quod affirmat Carpzov. *p.* 2. *c.* 23. *d.* 26. *et* 27. an illam sortem ingrediatur pretium, pro re uxoris immobili vendita comparatum, in qua distinguit Carpz. *d. c.* 23. *def.* 30. 31. add. Hahn. *ad Wesenbec. tit. unde vir. et uxor. n.* 3.

§. 25. De statutis marchicis frequentatur hactenus 26 ejusmodi ordo inter conjuges succedendi, ut maritus superstes vocetur in dimidium partem bonorum, liberique in alteram dimidiam, ita tamen, ut maritus etiam sua inferat bona, et liberi conferant ea, quae a matre viva acceperant. Haec omnia ita collata dividuntur in duas portiones, quarum altera liberis cedit vid. Scheplitz. *in consuetud. march. p.* 3. *tit.* 3. Kohl. *de success. conjug. p.* 2. *tit. declaratio const. marchicae.* Atque has quidem portiones statutarias maritus superstes pleno jure acquirit, licet liberi adfuerint. Non tamen jure haereditario sed speciali legis beneficio Carpzov. *p.* 3. *c.* 23. *def. fin.* eodemque jure in quarta jure civili succedit maritus inops, vid. dn. Praes. *de success. conjug.* §. 22. *seqq.* unde si liberi concurrentes portionem suam repudiaverint, non accrescit eadem conjugi, sed cognatis proximis Duaren. *de jure accresc. l.* 1. *c.* 18. *in fin.* Dn. Praeses *d. l.* §. 24. Quodsi autem viderit maritus, sibi melius consuli, si bona sua retineat et successioni statutariae renunciet, liberum hoc illi, dn. Brunnemann. *quaest. Wesenbec. tit. unde vir. et ux. qu. fin.* Strauch. *ad jus Justin. dissert.* 11. *th.* 30.

DISPUTATIO DECIMA OCTAVA

DE JURE UXORIS IN BONA MARITI.

DIE AUGUST. A. O. R. ANNO MDCLXXXVI.

PRO LICENTIA

CHRISTOPH. HERRWIEG, ANCLAM. POMER.

PROSCENIUM

LECTORI CANDIDO FELICITATEM.

Etiamsi maritalis potestas latissime se extendat. Gell. *l.* 3. *noct. act. cap.* 2. Tac. *l.* 23. *annal.* ut et bona et corpus uxoris afficiat. *l.* 22. *c. de adm. tut.* non tantum quoad reverentiam, *Gen.* 3. *v.* 16. 1. *Cor.* 14. *v.* 34. *Ephes.* 5. 22. *seqq. colos.* 3. *v.* 18. *tit.* 2. 1. *Petr.* 3. *v.* 15. 6. sed etiam quoad omnis generis honesta obsequia ab uxore ipsi decenter praestanda, quae in tori genialis, foci ac coli, aliarumque rerum domesticarum, generi foemineo commissarum, cura, cum indefesso studio, ad nutum mariti procuranda praeprimis sita: ast eidem omnem uxoris, liberorum, servorum et totius familiae sustentationem annexam esse, inter omnes constat. *l.* 22. §. 8. *sol. matr. l. dotis fructus. ff. de jure dot. l. pro oneribus. c. eod. l. si filia. ff. fam. hercisc. c.* 11. *dist.* 3. Arnis. *de connub. cap.* 7. *sect.* 6. *n.* 23. Cujus in compensationem dotes receptas passim in jure videmus; per quas oneribus matrimonialibus levamen adhiberi, ac masculi ad nuptias cum foeminis ineundas invitari possunt. *arg. l.* 34. *ff. de jure dot.* Cum vero ob rerum discrimina, variosque casus, evenire facile queat, ut maritus saburra aeris alieni obrutus, facultatibus labatur, rebusque ejus ad inopiam redactis, illatae dotes male perdantur; publice vero nihilominus intersit, dotes mulieribus conservari, *l.* 1. *ff. sol. matr.* Koppen. *in usu pr. l.* 2. *obs.* 23. *n.* 10. *et l.* 2. *de jure dot.* ne fragilitate suae naturae in repentinam deducantur inopiam, *l. un.* §. 15. *c. de r. u. a.* Eapropter prudenter et aequissima ratione *uxoribus jura quaedam in bona mariti sunt indulta*. Quorum cognitio cum admodum necessaria sit, inque multas adeo se utilitates profundat, operae duxi, de hoc pro virili, et quoad ejus a tenuitate mea fieri potest, dispicere; nihilque anceps haereo, disputationem inauguralem hac de materia conscribere, ejusdemque tractationem suscipere. Enimvero parum hic novitatis vel raritatis ausim promittere: collegi tantum quae dd. passim habent, vel alias in jure se mihi inter memorandum, ita ut fit, obviam dedere. Ad quae expediunda dum me accingo, unice habeo in votis, ut aequus mihi lector obtingat, quique suum mihi candorem probet, et si qua occurrant, ea pro ingenii sui felicitate restituat, nec ita male pertinax in me virgulam censoream stringat; cum non unius hominis sit, videre simul omnia et exequi. Forte cecidi ego, cecidit qui praevit, cadet qui nos sequetur. Toleremus nos invicem. Caeterum cum nostrae scientiae perfectio et finis ultimatus sit, Jesum scire, quis suarum meditationum a salutari hoc nomine non caperet primordia? Quare enixe precamur Jesum nostrum, ut nobis jam volens ac propitius adsit, ob nominis sui sanctissimi gloriam. Illius auspicio proinde esto.

CAPUT I.

Vocabulorum evolutionem tractans.

SUMMARIA.

Vocabulorum notitia ad rerum intellectum proficit. num. 1.
De vocabulo juris remissive. n. 2.
Hujus loci acceptio. n. 3.
Ulterior explicatio. n. 4. *et* 5.
Origo vocabuli uxoris. n. 6.

Dicitur uxor quasi unxor. n. 7.
Atque hinc juno unxia. n. 8.
Non vixor. n. 9.
Acceptio verbi uxoris generalis. n. 10.
Sumitur pro uxore secundaria. n. 11.
Sponsa nomine uxoris venit. n. 12.
Quod probatur ex jure divino? n. 13.
Secundum quod et poena adulterii ordinaria punitur? num. 14.
Firmatur auctoritate juris civilis. n. 15.
Mitior tamen poena obtinet. n. 16.
Sponsa nomine uxoris venit in favorabilibus et poenalibus. n. 17.
Modo non valde odiosa et diversa ratio adsit. n. 18.
Omnia vero in sponsa de praesenti locum habent. n. 19.
Non in vidua. n. 20.
An in statutis sponsus et sponsa conjugum nomine intelligantur? n. 21.
Acceptio verbi, uxor, specialis. n. 22.
Quod nomen dignitatis est. n. 23.
Differentia inter uxorem ac concubinam. n. 24.
Barbosa quam dicat uxorem. n. 25.
Animorum conjunctio sola non sufficit. n. 26.
In v. t. non necessario requirebatur copula carnalis, quod exemplo Abisag. fulcitur. n. 27.
Quae hodie revera uxor. n. 28.
Dubium contrarium resolvitur. n. 29.
Uxor quondam fiebat per coemptiones, et usucapionem. n. 30.
In Batavia coram secretario. n. 31.
Olim duae uxorum species. n. 32.
Uxorem esse quomodo probetur, remissive. n. 33.
Synonymia ejusdem. n. 34.
An vira uxor recte dicatur, quae virago? n. 35.
Vocatur domina domestica. n. 36.
Subjicitur epicrisis. n. 37.
Gynaecocratia apud omnes fere gentes incognita. n. 38.
Ex quo tempore oriatur potestas maritalis jure divino et saxonico. n. 39.
Antiqua maritalis potestas remissive. n. 40.
Uxor marito debet reverentiam et obsequia. n. 41.
Quod temperatur. n. 42.
Per ostem sericam etc. sibi acquirit. n. 43.
Utile dominium uxori concedendum. n. 44.
Dominium uxori non concedendum. n. 45.
Mutua servitus inter conjuges. n. 46.
An mulieres excellentiores viris remissive? n. 47.
Bonorum nomine quae hic veniant. n. 48.
Res in bonis triplici modo dicitur. n. 49.
Bona fortunae hic intellig. n. 50.
Etymon vocabuli maritus. n. 51.
Quod de matrimonio dicitur locum habet in sponsalibus? n. 52.
Variae acceptiones vocis maritus. n. 53.
Dicitur operimentum oculorum. n. 54.
Defendi uxores a maritis regulariter aequitati convenit. n. 55.
Interdum tamen recte haec defendit maritum. n. 56.

1 Cum ex nominum notitia ad rerum intellectum paulatim provehamur, atque ex eorum interpretatione facilius rei ratio non fiat. Baldus *in l. si non convitii. c. de inj.* Ruland. *de commiss. p.* 1. *l.* 1. *c.* 2. *n.* 1. *seq.* Hering. *de fidejuss. c.* 2. *n.* 1. *seqq.* Stoicovius-

temur, (a quibus Jctî imbuti fuerunt. Cujac. 1. *obs.* 37. Chiflet. *l.* 1. *de fideicomm. c.* 1. Emer. Merill. *l.* 1. *obs.* 10.) qui nominis notationem studiose inquirere solebant. Cicer. *l.* 1. *offic.* Vocabuli *juris* quidem 2
varias esse significationes, ut luce meridiana clarius, ita in praesentiarum nihil opus erit deductione, ne actum agamus. Qui cupit evolvat. *l.* 11. *et* 12. *ff. de just. et jur.* Grotium *admirabilem de j. b. et p. l.* 1. *cap.* 1. Dn. Pufendorff. *de j. n. et g. l.* 1. *cap.* 1. § 20. Maurit. *de princ. jur. publ. germ. cap.* 1. *n.* 5. *et seq.* Molina *de just. et jur. tr.* 1. *disp.* 2. Lessius *de justit. et j. l.* 2. *c.* 2. *dub.* 2. Habn ad Wesenbec. *d. t. n.* 14. decem recenset acceptiones, Scotan. *exam. jur.* 3
t. de jur. Gottfried. Fibig. *elect. jur. publ. sem.* 1. *quaest.* 1. *n.* 2. *et seqq.* Nobis hic facultatem moralem per- 4
sonae ad aliquid agendum vel habendum competentem denotare nemini nos rum obscurum esse poterit. Illud 5
enim recte *juris dicitur seu facultatis moralis*, quod ex permissione legis aut hominis dependet; e contra vero istud dicitur *mere facultatis* quicquid ex sola voluntate facientis originem trahit.

His diutius non immorabor: progrediar potius ad 6
vocabuli *uxoris* originem et emphasin nativam: quae videtur ita dicta ab ungendo. Donat. *in Ter. Hecyr. act.* 1. *sc.* 2. *verb. uxor.* Calvin. et Barnab. Brisson. *in lex. hac voce* Tiraqu. *de ll. connub. l.* 1. *n.* 26. quia cum ad limen mariti accederet, priusquam ingrederetur, postes domus adipe suillo aut lupino attingebat, 7
ne quid mali inferretur. Plin. *l.* 28. *c.* 9. unde dicta uxor, quasi unxor. Brissou. *antiq.* 18. *et de ritu nupt. p.* 525. *et seq.* Ex hoc et Juno, quae praeses nuptiarum 8
habebatur, non solum iter duca, domum duca, sed et cinxia et unxia salutatur: non vero quasi vixor 9
quod seorsim vivat a suis, quod nonnulli volunt. Quicquid ejus sit, philologis hoc disceptandum relinquimus.

Sumitur autem vocabulum *uxor* generatim pro qua- 10
vis uxore etiam illegitima, sive tali, cum qua matrimonium non secundum praecepta legum contractum est. *l.* 24. *ff. de r. n. l. fin. c. de serv. fugit.* Vel etiam 11
pro secundaria, quales olim in veteri instrumento longe plures *die Kebs-Weiber*, et hodie principum ad sinistram iis manum junctae. *videsis* dn. Praesid. *exam. jur. feud. pag.* 112. *qu.* 7. Et Jocabinum de sancto Georgio *de feudis. verb. et unus n.* 1. *fol.* 104. qui explicat quare ad morganicam hoc matrimonium dicatur, et quid sit?

Deinde et pro uxore inchoata magis, quam consum- 12
mata accipitur; uti sponsa instar uxoris est Mev. *decis. summ. Trib. Wism.* 8. *decis.* 273. *n.* 5. 6. 7. Conf. Tiraquell. *in ll. connub. p.* 16. *gl.* 2. *pag.* 251.
Sicuti non infrequens est in sacro codice, quod spon- 13
sa uxor appelliteiur. Conf. *Deut.* 22. *v.* 24. *ibique theol. Matth.* 1. *v.* 20. ubi Angelus inquit: Joseph, fili David, noli timere accipe Mariam conjugem tuam etc. *Genes.* 19. *vers.* 14. *Oseae cap.* 4. *vers.* 13.
Dicto *c. Deut.* 22. dicitur, posse verum adulterium- 14
committi cum sponsa alterius: propterea merito juris divini ordinarium adulterii poenam mortis sustinet.
Neque dubitari potest jure mariti sponsam a sponso 15
adulterii accusari posse; sicut hoc ipsum generaliter declarat. *l. propter* 7. *c. de adult. ad leg. jul.* Bachov. *ad treutl.* 3. 6. 1. *c.* Berl. *p.* 4. *c.* 27. *n.* 144. *Prass. Landr. de an.* 1620. *l.* 2. *tit.* 4. *art.* 1. *in fin.* Petr. Fr. Tondut. *resol. benefic. l.* 1. *c.* 117. *n.* 14. Admit-

tunt tamen miliorem arbitrariam poenam in tali sponsa. Add. Koppen *in ns. pr. obs.* 34. *n.* 9. *pag.* 118. Generaliter ergo habetur pro uxore non modo in favorabilibus. *l.* 74. *ff. de jure dot.* sed et in delictis ac poenalibus. *l.* 3. *et* 4. *ff. de parricid. l.* 6. *et* 8. *in fin. de gradib.* Carpz. *pr. cr. q.* 56. *n.* 7. *et seqq.* Bronch. *cent.* 4. *assert.* 81. Kopp. *obs.* 172. *n.* 17.

Si vero materia sit valde odiosa, et simul subsit ratio diversitatis, regulariter sub uxoris nomine sponsa non venit. Koppen. *in usu pr. d. obs. n.* 19. Mangilius *de imputation. qu.* 185. *n.* 3.

Haec tamen omnia in sponsa de praesenti solummodo procedere, notat Bart. *in l. cum patri ff. de pact. dot.* Christian. *ad stat. Mechl. t.* 2. *art.* 12. *n.* 2. Ast non in vidua Alex. *cons.* 207. *n.* 9. *v.* 5. Card. Tusch. *pr. concl. tom.* 8. *v. concl.* 204. *n.* 10. *et seq.* Licet vidua honeste vivens virgini aequiparetur *l. inter liberos ff. ad leg. jul. de adult.* §. *item lex julia inst. de publ. jud.* In statutis municipalibus appellatione uxoris et mariti, non proprie continentur sponsa et sponsus, sed ex quadam interpretatione. *l. oratio in verb. ut suppleatur quod orationi deest. et ibi.* Bald. *ff. de spons.* Proprie tamen loquendo sponsa ab uxore, et sponsus a marito multum differunt *l.* 1. §. *et primum ff. pro dote l. sancimus c. de nupt. l. quod Servius ff. de cond. ob caus.*

Speciatim pro uxore rite pleneque ducta capitur, quae rerum humanarum ac divinarum particeps et justa dici consuevit. Wesenb. *ad* §. *pen. j. de nupt. lit. q.* Socia viri et uxor foederis ejus. Malach. 2. *v.* 14. Quo sensu nomen illud dignitatis est. Dn. Pomeresch. *in annot. ad* §. 12. *j. de nupt. p.* 93. *ubi exemplum*: non voluptatis; uti Aelius verus imper. uxori conquerenti de extraneis voluptatibus, dixisse scriptores; narrant: patere me per alias exercere cupiditates meas, uxor enim dignitatis nomen est non voluptatis. Spartian. *in Aelio vero.* Cui consonum est illud Ulpiani: inter uxorem et concubinam praeter dignitatem nihil interest. *in l. item legato* 49. §. *parvi ff. de leg* 3. ibique Gothofred. Barbos. *in v. lib. decret. tom.* 1. *pag.* 569. 1. 3. eam appellat uxorem sive conjugem, quae a viro suo est cognita; quamvis id essentiam conjugii haud quaquam absolvat. Namque an illa revera uxor dici possit, quae quidem rite ducta, non tamen copula intervenerit; et an ad hoc praecise sanguinis requiratur commistio: vid. Valerii *differ. utr. for. tit. matrim. pag.* 518. Praeter haec non sufficit animorum conjunctio in odiosis, cum prohibitae nuptiae ordinarie non puniantur ob solam animorum conjunctionem. *cap. debitum* 5. *x. de bigam.* Enim vero nec corporum conjunctionem quondam in veteri instrumento leges praecise desiderasse, facile exemplo Davidis demonstrari poterit. Cum nemo nostrum negarit, Abisag. fuisse uxorem Davidis, utut eam non cognoverit carnaliter.

Nos hic putamus eam demum esse uxorem, quae per benedictionem sacerdotalem alicui rite juncta. Praeprimis cum hodie ante eam non sit matrimonium ratum et legitimum *c. aliter* 30. *qu.* 5. quae postquam legibus consistorialibus injuncta, obligationem in conscientia inducit. Dn. Praes. *disp.* 23. *dec.* 4. *th.* 7. *vol.* 2. Nec obstat, quod ea ad legitimitatem liberorum non requiratur. Brunn. *in jure eccl. l.* 2. *c.* 16. *annot.* Dn. Praes. 6. *ad verb. succedat ut legitimus*; quippe quae non dijudicatur ex legibus ecclesiasticis, sed civilibus. Quod si autem nuptiae sint probatae, quod fit hodie per benedictionem sacerdotalem in calendariis ecclesiasticis consignatam, *durch den Trau-Brieff*, effectus legitimationis per se sequitur. Dn. Praes. *tr. de caut. contr. sect.* 3. *c.* 8. §. 1. Quomodo quondam uxores factae per solemnes coemptiones, et de earum mercatura vid. Foppius ab Azema *dissert. jur. civ. l.* 2. *c.* 11. imo per usucapionem scil. annuam; si per tres noctes non interrupta possessione detenta. vid. Hotom. *de vet. ritu nupt. cap.* 20. Aul. Gell. 3. 2. *et* 18. 6. Add. Wissenb. *l.* 23. *ff. disp.* 44 *de ritu n. th.* 8. Uxorem in Belgio posse fieri coram secretario et testibus. v. dn. Praes. ad Brunnem. *jus. eccles. cit. loc.*

Quondam duas uxorum species exstitisse, quorum aliae matresfam. dicebantur, aliae simpliciter uxores, ex Callistr. *in l. de jure ff. ad municip. praeprimis Robert. l.* 1. *sentent. jur. c.* 4. *constat.* Uxorem aliquam non esse quomodo probetur, v. Mascard. *de prob. concl.* 1429. *n.* 29. et quae praesumatur cognita a marito *id. concl.* 1414. *n.* 13.

Germanice uxorem nominent *eine Frau, Ehe-Weib*, Sax. *ein Weib.* et recte dicitur *Maennin*: cum reperiatur hoc vocabulum in germanica versione s. scripturae: licet illud nomen tantum ad imitationem ebraismi factum, alias non usitatum dicat dn. Pfeiff. *ex de lingua primaeva.* Non *vira* quia hoc vocabulum apud Latinos plane insolens: utut Drusius ex Festo Pompejo, et alii ex Varrone producant *viras*; apud auctores classicos tamen non occurrit. *Virago* autem est mulier virili animo praedita, ut sit aetatis magis et animi, quam conditionis ac sortis. Ex quo descendit illud Ovidii: *Bello metuenda Virago.* Ovidius habet *maritam* pro uxore. Appellatur et *domina. l.* 41. *ff. de leg.* 3. *l. fin.* §. *de aut. et arg. leg. l.* 19. §. 1. *ff. de ann. legat. domestica* Gisebertus *in Deut. cap.* 22. *vers.* 5. *n.* 90. *et seqq. idem in* Justin. *Harmon.* §. 2. *de injur.* habet quatenus uxor domina salutari possit. Add. Tiraquell. *de leg. connub. l.* 5. *n.* 11. *et* 3. *seqq.* Nos nomen hoc eidem non invidemus, modo in maritum ac totam familiam sibi non sumat dominium. Non enim placet mihi domus, in qua gallina cantat, gallus vero acet, Heidfeldi Sphinx *theol. pol. cap.* 17. *p.* 262. Quae gynaecocratia priscis Germanis ignorata et obscura fuit. Imo apud omnes fere gentes mariti potestatem et dominium in uxores habuerunt Georg. Schultz. *ad inst. de patr. potest. lit. a. not.* Quae maritalis potestas oritur a patre mariti ex consummatione matrimonii; si non de romano. Confer. Tabor. *in armamentario Justin. c.* 4. *th.* 5. *p.* 265. saltim divino jure, quo est maritus dominus. *Genes.* 3. *v.* 16. cujus dominii vim satis rigide expressit auctor germanicorum bibliorum de anno 1493. quae Berolini illustri bibliotheca sereniss. electoris brandenb. asservatur, his formalibus: *Dat is*: *He schall aever di heer schaven, di vaken the pynigen, ende the schlagen.* Ex saxonico, quo juris suae cum omnibus bonis ipsius tutor. *Saxon. landr. l.* 1. *c.* 3. 1. Confer. Koppen. *in usu pr. obs.* 37. *n.* 20. Sic *Genes.* 18. *v.* 12. Sara maritum vocat dominum. Conf. Sirac. 9. ibique Andr. Osiandr. *comment. lit. a.* Tiraquell. *de leg. connub. l.* 1. *n.* 14. *et* 15. De maritorum dominatione edictum extat Esth. 2. *v.* 19. Antiquam maritorum in uxores potestatem

cognoscere avidus, adeat Foppium ab Azema *dissert. jur. civ. lib.* 2. *cap.* 11. et Tiraqu. *de leg. connub. gl.*
41 8. *n.* 1. Neque maritus eamdem reverentiam debet uxori quam haec marito. Hering. *de fidejuss.* 6. 178. Uxor enim obsequia et reverentiam debet marito. *l. un.* §. *cum autem* 7. *c. de r. u. a.* Goedd. 3. *cons. Marpurg.* 28. *n.* 160. quia ille est caput in rebus conjugii et familiae; uxor autem tantum fit pars familiae maritalis. Goedd. *de jure b. et p. lib.* 2. *cap.* 5. §. 8.

42 Verum enim vero licet ita uxor quoad plurima in dominatu viri Hering. *de fidejuss.* 6. 108. ejusque in officio sit, atque ad opera mariti adstringatur. *l. sicut patronus* 48. *de r. n.* Anton. Faber. *in c. de dediti lib. def.* 11. *n.* 1. Surdus *de aliment. tit.* 1. *qu.* 32. *n.* 2. Intelligendum tamen hoc, quoad operas obsequiales, v. g. parare mensam et lectum. Surd. *d. tr. tit.* 3. *qu.* 29. *n.* 14. Conf. Ant. *de Guevarra op. hist. et pol. pag.* 140. Guttieretz. *lib.* 2. *qu.* 120. *n.* 3. et Neuenhahn. *tr. de jure viduit. sect.* 18. *lit. b.* non vero quoad operas fabriles. Alex. *cons.* 100. *supr. pr. cas. lib.* 1. Add. Joseph. Ludow. *decis.* 28. *p.* 1.

43 Abbas *in c. literis col. ult. ad fin. de testib.* Hinc si uxor per artem seriecam vel acu pingendo, aut caelatura quicquam lucri fecerit, hoc uxori proprium manebit. Marta *in ff. noviss. tom.* 3. *tit. societas c.* 21. Klock. *consil.* 70. *n.* 74. *tom.* 2. Contra nitente Mevio *ad lubec. p.* 2. *tit.* 2. *art.* 12. *n.* 141. et Heigio

44 *p.* 1. *qu.* 29. Non enim omnino est ancilla et mariti famula, sed potius cum temperamento et civili modo: melius ei utile quoddam dominium concedendum, dummodo recognoscat maritum superiorem et directum dominum Conf. Gloss. *in cap. fin. in verb. Costa c.* 33. *qu.* 4. quae forsitan elegauter referi, quod mulier non ex capite, sed ex costa Adae sit facta: ita ut nec sit famula nec domina, sed medium quoddam ac socia mariti perpetua. *c. quales* 30. *qu.* 5. *l.* 1. *ff. de*

45 *r. n.* Vultej. 1. *cons. marp.* 30. *n.* 74. Hinc non ultro et sponte hoc dominium concedendum est foeminis a maritis: quale a Justiniano Theodorae suae factum fuisse aliqui, sed nimis ruinoso fundamento jactitant; sicut recte et rite improbavit Ungepaur *in exercit. just.* 1. *qu.* 6. Exemplum uxorum, quae maritellos verberant et viris dominantur, suppeditat b. Schuppius *pag.* 365. quae ita extreme pertinax fuit *Sie wolte ihrem Mann nicht gehorchen so lange sie Margretha Jan Jansons Tochter hiesse.* Idem *v.* 294. 383. habet, *dass die Weiber das Regiment suchen,*

46 vel clam, vel vi, vel precario. Et licet inter conjuges mutuam servitutem esse dicat Fr. Marcus *decis. paral. delph. tom.* 2. *quaest.* 25. *n.* 12. non tamen ex hoc uxor potestatem et dominium in maritum habet. Quorsum pertinet illud Grotii *lib.* 2. *cap.* 5. §. 9. 2. qui dicit, uxori competere jus in corpus mariti ex lege evangelica. Caeterum an mulieres ideo fortiores, excellentiores et praestantiores viris, quia forsan ex materia digniori, scilicet ex costa viri, et vir tantum ex limo terrae; insuper Adam extra Paradisum, Eva vero in Paradiso facta, nostrum in praesenti non est inquirere: cum costa illa ex limo orta originem istam suam in Eva quoque retinuerit; hoc autem circumstantia rebus ipsis nihil, aut parum gloriae addat. Cui volupe est, adeat Chassanaei *catal. glor. mund. p.* 2. *caus.* 8.

48 Textium disputationis nostrae vocabulum est, *bona* quae hic intelliguntur mobilia et immobilia, etiam jura et actiones *l.* 23. *l.* 49. *ff. de v. s. l.* 30. §. 1. *ff. ad sct. treb. l.* 9. *ff. de leg.* 2. *l.* 72. *ff. de jure dot.* Koppen *in us. pr. obs.* 16. *n.* 7. Covarr. *op.* 1. *fol.* 25. *col.* 3. *n.* 1. Fr. Marcus *decis. tom.* 1. *q.* 322. *n.* 1. *et* 2. imo et servitutes *l.* 15. §. 8. *ff. quod vi aut clam.* quia et per servitutes actiones habemus. *t. t. si serv. vind.* Nec obst. *l.* 1. *de usuf. leg.* cum non entis nulla sint accidentia. Ita et Hotom. 6. *obs.* 25. pluribusque adhoc citatis H. comprobat. Goedd. *ad l.* 49. *de v. s. n.* 15. *dissent.* Cujac. *in not. post. pr. l. de r. d.* et quicquid praeterea bona saltim fide possidemus, Petr. Fr. Tondutus *resolut. civ. contr. lib.* 2. *c.* 50. *n.* 31. licet dominium nobis non competat. *d. l.* 49. *ibique* Wesenb. *th.* 6. *l.* 52 *de acq. dom.* Res enim quaevis latissima significatione in bo- 49
nis esse dicitur, quae detinetur, etiam commodata, deposita etc. §. *fin. inst. de interd.* Dein, res bona f. possessae *d. l.* 49. *et* 52. Denique res dominii nostri. Gifan. *in rubr. ff. de acq. domin.* 29. *et ad d. l.* 52. *cod. t. n.* 2. 3. 4. Intelligo autem tantum bona 50
fortunae, in quibus tamquam in materia propria, quam tractet, versatur ista juris civilis scientia: cum in his primarium et praecipuum justitiae munus constitutum sit. Caetera aut pertinent ad forum physicum, aut philosophorum judicio discutienda.

Pluscula hic addere sponte supersedeo, atque tendo 51
ad etymon vocis mariti. Hujus ergo originem et emphasin nativam quod concernit, dimanavit haec vox ex mare; mas autem quasi *mars* dicitur; quod effoeminatos viros esse haud deceat, sed masculos, martiales, ut sic loquar, et fortes. Calv. *in lex verb. maritus.* dicit, eum ita vocari a contractis nuptiis. *vid.* Hillig. *ad Donell. lib.* 13. *cap.* 18. *lit. l. l. et not.* Ita inter maritos, h. e. inter virum et uxorem *l.* 52. *ff. de donat. inter vir. et ux* Mariti appellatione non 52
raro venire sponsum supra jam diximus. *Add. l.* 3. *ff. de fundo dot. l. non sine c. de bon. quae lib.* 2. *c. de bon. mat.* Pet. Heig. *p.* 2. *quaest.* 28. *n.* 14. Exinde est quod dicitur: si de matrimonio quid disponatur, id quoque habere locum in sponsalibus. *l. tutor.* 15. *l. oratio* 16. *ff. de sponsal.* Ant. Natt. *cons.* 282. *n.* 1. Nicol. Boer. *decis.* 22. *n.* 33. *seqq.* Albert. Gentil. *in tr. de nupt. l.* 2. *c.* 23. *post pr.* Sumitur 53
porro vir pro marito, apud Justinum et alios; conjux, mas, masculus et dominus in jure civili. Hillig. ad Donell. *c. l.* Salutatur et maritus *operimentum oculo-* 54
rum, partim a jure quod in uxorem habet, atque ab officio illius protegendae, uti *Ruth.* 3. *v.* 9. partim ab officio uxorum in viros, ut iis subjectae sint; in cujus rei signum uxor velanda. *Genes.* 24. *v.* 65. 1. *cor.* 2. *v.* 5. *et seqq.* Add. Pineda *in prov. l.* 5. *c.* 3. *n.* 10. Licet probabilius, omnes Ebraeorum foeminas, tam virgines, quam nuptas velatas incessisse, vid. Geier *de luctu ebraeor. cap.* 11. *pag.* 241. Quicquid hujus sit, 55
jure civili tamen non obscurum propterea aequum esse defendi uxores a maritis. §. 2. *j. de injur.* Li- 56
cet aliquando aequum esse possit viros ab uxoribus defendi. *vid. Deut.* 25. *v.* 11. *ibique Giesebertum n.* 327. *et seqq.* ubi casus, si uxor accesserit ad eripiendum virum suum e manu cum percutientis, hoc ab officio mulieris nihil alienum esse: cum ad hoc unusquisque proximo suo teneatur, ut enim a periculo imminente liberet ac defendat, multo magis id con-

veniet uxori. Add. Koppen. *in us. pr. obs.* 13. *per tot.* et Giesebertus *ad* §. 2. *inst. de injur. in suo Justin. Harm.* modo hic uxor non excedat sexui statutos terminos, pudicitiae ac defensionis. Dein uxor recte agit et defendit maritum, scil. pro liberatione mariti captivi. Gilhaus. *arb. jud. crim. pag.* 232. *n.* 28. Sic quoque maritum absentem et impeditum uxor defendere potest, adeoque contra sententiam, qua mariti appellatio deserta pronunciata, restitutionem petere. Mev. *p.* 4. *decis.* 329. *et* 390.

CAPUT II.

De acquisitione juris uxorii in bonis mariti.

SUMMARIA

Jura uxoris qua methodo hic pertractanda? n. 1.
Definitio juris uxoris in bona mariti. n. 2.
Jus hoc consistit in usu, retent. et persecutione. n. 3.
De usu. n. 4.
Quem uxor jure justinianeo, jure divino et naturali habet. n. 5 6. 7. 8. *et* 9.
Bona mariti recte uxor administrat. n. 10.
Inscio marito adire libere poterit arcam nummariam. n. 11.
Quid si maritus avarus idque expresse prohibeat? n. 12. *seq.*
Recensentur casus ubi uxor invito marito quid auferre potest. n. 14. 15. *seqq.*
Quae restringuntur. n. 19.
Uxor invito marito quid auferendo peccat, et quae actio eo casu detur? n. 20.
Inter conjuges illustres non est communio bonorum. n. 25. *seqq.*
Quomodo uxor jus in bona mariti acquirat? n. 28. 29. *seqq.*
Uxor habet jus tacitae hypothecae in bona mariti. n. 32. *seqq.*
Etiam pro dotis augmento. n. 34.
Quem locum hoc in Pomerania in concursu habeat? n. 35. *seq.*
Diversitas inter augmentum pomeranicum et jure communi. n. 38. *seqq.*
Jus hypothecae ratione dotis conjunctum cum jure praelationis, et quibus creditoribus praeferatur. n. 40. 41. *seqq.*
Dutur hoc privilegium tantum liberis. n. 46. 47. *seqq.*
Nec cedi potest. n. 49. *seqq.*
Ob donationem propter nuptias jus in bona mariti acquirit uxor. n. 52.
Synonyma hujus donationis. n. 53.
An haec cum dote eadem privilegia habeat? n. 54.
Ratione ejus hypothecam uxori competere adducuntur argumenta. n. 55. 56. *et seqq.*
Rationes pro dominio. n. 59. *seq.*
Quid in foro saxon: hoc casu obtineat? n. 61.
De dotalitio ejusque synonymis. n. 62. *seq.*
Ratione hujus hypothecam cum jure praelationis habet. n. 64.
Ratio diversitatis inter hoc et donationem propter nuptias. n. 65. *seq.*
Definitio morgengabae. n. 67.
Quid circa hanc juris uxor habeat? n. 68.
Ratione paraphernalium hypothecam habet sine praelatione. n. 69. *et seqq.*
Bona paraphernalia esse, probandum. n. 72. *seqq.*
Definitio paraphernalium. n. 74.
Recensentur loca paria jura dotalibus ac paraphernalibus bonis tribuentia: n. 75.
Paraphernalia possunt fieri receptitia et quae inter haec diversitas? n. 76. *et* 77.
Quid juris uxor circa alimenta habeat? n. 78. *seqq.*
Quid in sponsalitia largitate? n. 81. *seqq.*
Et quid in dono nuptiali? n. 84. *seqq.*

Dum omne jus nostrum in acquirendo, conservando et amittendo consistit. *l. ult. ff. de legib. ibique B. Brunnem.* jura uxoris in bonis mariti eadem methodo exhibebo. Paucis vero antequam ad acquisitionem me conferam, quaenam illa jura uxoris sint, exponam. Ubi quidem in antecessum illud uxoris jus describo: quod sit facultas moralis uxori a legibus indulta circa mariti bona, illis utendi, insistendi et ea persequendi. Verba descriptionis cum obscura non sint, illis non immorabor, tantum verba tangenda, quibus jura uxoris per compendium exponuntur; quod scilicet consistant in *usu, retentione et persecutione bonorum mariti*; quae persecutio obtinet, sive maritus bona illa possideat, sive extraneus. De singulis sigillatim ac breviter. 1 2 3

Usum bonorum mariti quod concernit, dependet ille ex vinculo societatis conjugalis, ubi uxor vitae fortunarumque socia constituitur ipsa matrimonii lege: iniquum ergo foret, hanc, omnis fortunae sociam Carol. Maranta *resp.* 48. *n.* 20. *vol.* 3. quam maritus aeque charam atque se ipsum habet; ab usu bonorum maritalium velle excludere. Vid. Myler. ab Ehrenbach *in Gamologia personar. imp. illustr. c.* 1. Unde et de jure justinianeo omnium rerum promiscuum usum ad uxorem pertinere asserit Marcus Giurba *decis. regn. Sicil.* 111. *n.* 3. Sande *lib.* 2. *tit.* 3. *def.* 1. Covarr. *de matrim. part.* 2. *c.* 7. §. 1. Neostadius *de pact. ante nupt. obs. rer. judic.* 9. Mev. *ad jus lub. lib.* 1 *tit.* 3. *art.* 3. *n.* 3. Fichard. *tom.* 2. *consil.* 131. *n.* 3. Vid. *l.* 17. *c. de furt.* Bocer. *class.* 1. *disp.* 9. *th.* 1. *lit. c.* ipsamque vitae societatem eam quasi dominam facere. *excellentissimus.* Dn. Coch. *assessor. tribun. Wismar. gravissimus in prax. for. germ. p.* 2. *de act. rer. amot. p.* 149. Mylerus. *d. l. c.* 6. §. 22. Hinc est, quod nuptiae appellentur species societatis arctissimae. Hillig. *ad Donell. lib* 13. *c.* 18. *lit.* 2. *et not.* §. 1. *inst. de patr. pot. l.* 1. §. 3. *ff. de just. et jur. l.* 1. *ff. de rit. nupt.* Quod et juri divino admodum consonum esse videtur, communem conjugum efficiens fortunam. *Genes.* 1. *v.* 24. quod duos in una carne constituit, et ex duobus unum effecit corpus. Francis. de Amaya *lib.* 2. *obs. c.* 1. *n.* 19. *seqq. c. debitum. X. de bigam.* Adeoque illud ipsa naturalis aequitas ex vitae consuetudine individua et consocietate introduxit, juxta *l.* 1. *ff. de r. n.* Ne videatur vivere uxor in servitute indignissima. Quod ipsum et ethnicis haud obscurum fuit, asserentibus, societatem conjugalem omnium esse primam et antiquissimam. Arist. *in oecon. lib.* 2. *c.* 1. *et lib.* 1. *c.* 3. ubi eam societatem elementum mundi dicit et semi- 4 5 6 7

narium generis humani. Hinc refero et *Ciceronis* dictum haud inconcinnum 2. *offic. prima*, inquit, *societas in conjugio, proxima in liberis, deinde una* 8 *domus, communia omnia.* Potius mariti est, foris parta afferre; uxoris, intus, quae allata, conservare. Arist. *d. libr.* 1. *oecon. c.* 3. quae non minor virtus est quam quaerere. Wissenb. *lib. ff.* 23. *tit. de r. n.* 9 *disp.* 44. *th.* 12. Quapropter damnandi conjuges; qui cum sibi invicem corpus, animum et vitam suam credere debebant, bona committere detrectant. Videsis Columell. *in lib. fin. de re rust. in praefat.* Tiraquell. 10 *leg. connub.* 8. *n.* 8. *Lyclama* 7. *membr.* 27. Hinc tamquam fidelis adjutrix bona mariti omnemque familiam pro arbitrio et voluntate domini sive mariti recte gubernat ac administrat, nint nullam necessitatem leges imponant. *l.* 8. *cap. de pact. convent.* Add. Petr. Fr. Tondutus *in resolut. controv. civ. c.* 109.

11 Ex quibus colligo, uxorem pro lubitu posse adire aream mariti nummariam, *dass sie frey zur Casse gehen konne*, ad expendenda quaevis necessaria in universae 12 familiae emolumentum et commodum. Sed quid si maritus tam sordidus, avarus atque suspiciosus, ita ut uxoris fidei pauca vel plane nihil committat ac tradat, ex quo se ipsam, atque familiam conservare possit, et quid si maritus illud ei expressis verbis prohibuerit? resp. Arridet hoc casu nobis sententia moralistarum, affirmantium, uxorem clam tali marito pecuniam sine peccato atque illaesa conscientia auferre, inque suam vel liberorum vel familiae utilitatem impendere posse. Fagundez. *in* 7. *praecept. Decal. lib.* 7. *c.* 8. *n.* 44. 13 Nam, absque ulla ratione maritus tam acerbe ac inique tractat uxorem, in sui ipsius et bonorum detrimentum, denegando familiae necessaria, cujus tamen indigentiam et necessitatem optime novit, atque non illi suc- 14 currit; v. c. maritus denegat filiabus vestimenta, ita ut nec in publicum prodire, nec sacra adire possint, tunc si mater pro filiabus quaedam auferat, in conscientia eam securam esse existimo, neque hoc ipso 15 peccat contra obedientiam mariti debitam. Vel si ipsa uxor aegra et invalida, aut alias ad recreandum corpus interdum ad oenopolium vel cellam vinariam surreptam pecuniam mittat, extra reatum erit; cum et corpori honos sit habendus, ut respiratione aliqua et recreatione valetudini nostrae consulamus, ad quod et jam tum nomine alimentorum obligatus erat. Arnisaeus *de connub. c.* 7. *sect.* 6. *num.* 23. *l.* 22. §. 8. *ff. solut. matr. ibique Gothofr. arg. l.* 43. *ff. de verbor. signif.* Corneus *consil.* 145. *n.* 9. *vol.* 2.

16 Aut si uxor videat grave damnum familiae ipsique marito periculum imminere, pro salute mariti, et domus suae conservandae causa utique quid auferre lice- 17 bit. Quorsum refero exemplum Abigail. 1. *reg.* 25. *v.* 18. *seqq.* quae cum paratum esse malum adversus maritum tutamque domum sentiret, inscio marito et contranitente Davidi se obviam dedit, ducentosque panes et duos utres vini, et quinque sacra granorum frumenti; ex spicis igne tostis collectis, et centum ligaturas uvae passae, et ducentas massas caricarum ei puerisque ipsius attulit, hoc modo callide satis atque pru- 18 denter animam suam et mariti salvarit. Alii casus ubi uxori permissum clam marito quicquam subtrahere, 19 videri possunt apud Fagundez. *citat. loc.* Omnia hucusque dicta autem intelligo, modo uxor prius modeste marito necessitatem et indigentiam rei familiaris demonstraverit, et maritus sine justa causa ac ratione dissenserit; ipsa uxor vero in erogando modum non excedat.

E contrario uxor peccatum mortale committit, si pe- 20 cuniam et quantitatem notabilem marito ex justa ratione invito auferat et suum quid privatim faciat. Molin. *de just. disp.* 274. *tota.* 2. Lessius *lib.* 2. *cap.* 12. *de injur. fortun. dub.* 14. *n.* 82. Hillig. *lib.* 13. *cap.* 21. *lit. h.* 21 ut scil. eam chartis lusoriis perdat, vel nimis pretiosa vestimenta emat, cum ita loculos viri exhauriat; et saepe absente marito extra domum ad pulchritudinem se comat ac ornet, qualis foemina haud injuste ex sententia Euripidis in album improborum referenda. Nihil enim eam cogere foris ornatam prae se ferre faciem, nisi quid illiciti ac mali quaerat; aut si temuleotiae dedita, omnino maritus recte ac ordine facit, si ei media illa auferat atque occasionem peccandi demat. Alias vero, si conjuges sibi invicem quid surripiant, 22 vel res proprias, vel dotales, constante matrimonio, tam vindicatio quam condictio juris gentium, seu actio in factum competit, et utra volunt uti possunt. *l.* 24. *et* 25. *ff. act. rer. am. leg.* 2. *c. eod.* Meyer. *colleg. arg. h. t.* Aut si maritus cum de vita uxoris aegre de- 23 sperasset, subreptis quibusdam rebus diverti set, tunc si reconvalnerit uxor, utilis rerum amotarum actio ei non deneganda. *l.* 21. *pr. ff. d. t.* Actionem enim furti, 24 utpote tam turpem atque atrocem, jura in tales personas, adeo sibi conjunctas, ob honorem matrimonii, concedere erubescunt *l.* 2. *ff. a. r. a. l. ult. c. de furt.* Petr. Greg. Tholos. *lib.* 37. *syntagm. jur. univ. cap.* 11. *n.* 1. Damhouder. *in pr. crim. c.* 110. *n.* 41. *seq.* licet non abnuam, furtum revera inter conjuges fieri posse, sed tantum dicendum, furti actionem hic non obtinere locum. Giesebert. *in harm. Deut. c.* 5. *v.* 19. *n.* 504. Matth. Steph. *ad const. crim. art.* 165.

Verum enim vero longe alia videtur esse ratio inter 25 personas illustres atque publicas, cum reginae, uxores illustres, ducissae vel comitissae in bona regum et maritorum suorum praedictam communionem habere haud intelligentur: quo casu earum causa et conditio durior esse videtur quam privatarum uxorum: eapropter pa- 26 rum commodi sperare poterunt post maritorum mortem, nec quidquam ad illas devolvitur, sed dotalitio contentae vivere tenentur. De qua materia ex professo agit Mylerus ab Ehrenb. *in Gamologia pers. imper. illustr. cap.* 7. §. 28. *et seqq.* nisi reges vel principes 27 quaedam in amoris tesseram uxoribus illustribus donent, quod utique facere poterunt. Myler. *dict. loc.* modo non sint bona immobilia, regno incorporata, quae iis a rege donata fuere. vid. Choppin. *tr. de doman Franciae l.* 3. *tit.* 1. *n.* 6.

Quod attinet jus retentionis et persecutionis uxori quoad bona mariti competens, ne methodi leges tur- 28 bemus, capite sequenti exponendum illud erit. Hoc vero capite, quomodo uxor jus in bonis mariti acquirat, et ob quam causam, tractandum erit. Et generaliter praemitto: acquirere uxorem jus in bona mariti ex ipsa legis dispositione.

Jus vero lege acquisitum uxori, (propter communem illum usum rerum maritalium, quam non civilis 29 sed prima matrimonii lex naturalis induxit) semper praeexistentem aliquam causam habet, oriundam ex translatione bonorum uxoris in maritum. Adeoque eo 30 intuitu se primo sistit acquisitio juris in bona mari-

talia ob illatam dotem: eapropter enim amplissime uxoribus consultum voluerunt jura, Rolaud. a Valle *consil.* 9. *n.* 6. *vol.* 1. Rennem. *disp.* 6. *th.* 24. *lit. c. membr.* 2. propter obsequia quae maritis praestantur, partus periculum, ipsamque liberorum procreationem. *l. fin. c. qui pot. in pig.* per quam humana societas consistit atque conservatur. Foppius ab Azema *diss. jur. civ. l.* 1. *c.* 18. *nov.* 140. *pr.*

31 De omnibus vero privilegiis et favoribus juris huc spectantibus ex doctorum tractatibus prolixis multa hic adscribere instituti ratio prohibet: saltim adduc-
32 enda sunt praecipua ac principaliora. Habet igitur uxor jus tacitae hypothecae in omnibus mariti bonis ratione restituendae dotis. *l. un.* § *c. de r. u. a.* §. 29. *inst. de action. c.* 5. *X de pign.* Wesenb. *tit. ff. de jure dot. n.* 6. Bald. Nov. *de dote. p.* 6. *privil.* 7. Neguzant *de pign. p.* 2. *membr.* 4. *n.* 24. *seq.* Hottom. *de pign. tit.* 2. Petr. Georg. Tholos. *syntagm. jur. l.* 9. *c.* 24. *n.* 2. Mynsing. *cent.* 3. *observ.* 3. *n.* 2. *id. resp.* 43. *n.* 24. Reding. *l.* 3. *obs.* 67. Alexedo *in l.* 2. *recopil. n.* 27 *l.* 5. *tit.* B. dn. Brunnem.
33 *ad leg. un.* §. 1. *n.* 15. *c. de r. u. a.* statim a die contracti matrimonii. *l.* 1. *ff. qui pot. in pign.* Gail. 2. *obs.* 86. *n.* 3. Angel. Celsus *decis. rot. rom.* 41. *n.* 6. *et seqq.* et hodie benedictionis sacerdotalis, Berl. *p.* 2. *concl.* 30. *n.* 7. *et* 10. Schultz. *ad inst. tit. de action. lit. u.* Carpz. *p.* 2. *constit.* 24. *def.* 1. *ubi ita resp. lips. scabin. die sept.* 1630. sive ante matrimonium, sive postmodum illata fuerit. Carpz. *d. l. n.* 8. Statuta tribuentia hypotheeam demum a tempore numeratae dotis. vid. apud Giesebert. *in pericul. stat. harm. pract. l.* 2. *art.* 42. *n.* 151. a tempo e promissionis. *ibid. n.* 153. *et* 154. *seq.*

34 Et non solum pro dote ipsa, sed et augmento ejus, cum jure dotis censeatur, eique aequiparetur. *l.* 26. §. 2. *ff. de pact. dot.* Nov. 97. *c.* 2. *l.* 8. *c. de jur. dot. ibique* B. Brunn. Brunus *de augm. concl.* 5. *in pr.* sequitur enim hoc augmentum tamquam accessorium naturam dotis. Auth. *quo jure c. qui pot. in pign.* nov. 97. *c.* 3. Hic augmento privilegium praelationis denegantes vid. ap. Giesebert. *d. l. art.* 34. *n.* 403 ac creditoribus postponentes. *n.* 404. aliique privilegium personale ei tribuentes. *n.* 406. Conf. *n.*
35 407. *usque ad n.* 412. Ex consuetudine Pomeraniae certum est, dotis lucrum seu augmentum, quod vocant *die Verbesserung*, quando maritus doti datae dimidiam ejus partem addit, eamque auget, in classe privilegiatorum creditorum locum invenire, eumque ipsa dote eodem privilegio gaudere. Mev. *p.* 2. *decis.* 228. *n.* 5.
36 Modo de dote constituta constet, Faber. *in c. l.* 5. *tit.* 1. *def.* 7. Mev. *p.* 5. *decis.* 62. nec factum sit in fraudem creditorum: quod in mobilibus praesumitur, non in immobilibus, manifestam quippe substantiam re-
37 praesentantibus. Excepto casu, si maritus aere alieno augmenti tempore erat gravatus. *d. nov.* 97. *c.* 2. Rittershus. *ad nov. p.* 5. *c.* 2. *n.* 2. Ubi tamen merito observandum, longe aliud esse augmentum dotis pomeranicum, *die Verbesserung*, ab augmento dotis, uti de jure communi capitur: hic enim illud augmentum dotis appellatur, quod uxor constante matrimonio ultra dotem primitus promissam infert; quod sine dubio eodem jure gaudet cum dote. *l.* 19. *c. de donat. ant.*
38 *nupt.* Verum in Pomerania augmentum dotis est, quod quantitati illatae dotis additur a marito, et regulariter est dimidia pars constitutae dotis, ut ita, quae 4000. intulit 2000. augmenti loco a marito capiat, et ita aliquando 6000. repetat. Atque hoc augmentum cum 39
merum lucrum contineat, ex ratione juris communis eodem jure cum dote gaudere nequit, sed tantum ex moribus Pomeraniae hoc habet. vid. *annot.* dn. Praeses *ad Brunn. tr. de concurs. cred. c.* 5. §. 34. *ad verb. dos et dotalit.* Caeterum jus hypothecae, quod ratione 40
dotis in bonis mariti habet uxor, conjunctum insuper est, cum jure praelationis. *Die Eheweiber haben zu recht wegen ihres eingebrachten Ehegeldes oder Heyrath-Guthes nicht allein eine stillschweigende Verpfaendung in ihrer Ehe-Maenner Gueter, sondern auch darneben ex personali privilegio ein jus praelationis, retentionis, welches der Weiber-Recht genennet wird in const. elect. Sax. der Process-oder Gerichts-Ordnung. tit.* 43. D. Tabor *de Obstag. c.* 8.
41 §. 12. ut uxor omnibus mariti creditoribus, tam chirographariis quam hypothecariis, etiam expressam hypotheeam anteriorem habentibus, praeferatur. *d. l. fin. c. qui pot. in pign.* (Ex qua lege eapropter nonnulli probant, Justinianum fuisse uxorium seu foemineum.) *l. fin. c. de jure dot.* B. dn. Brunnem. *exerc.* 28. *ad* 29. *inst. de action. n.* 7. Osw. Hilliger. *in Donell. enucl. l.* 14. *c.* 7. *lit. G.* Meyer. *colleg. arg. lib. ff.* 25. *tit.* 2. *th.* 17. Giesebert. *in peric. stat. Harm. pr. l.* 2. *art.* 34. *n.* 366. Ob generalitatem textus. *d. l. assiduis fin. c. qui pot. in pign.* Quae sententia in 42
electoratu Brandenb. recepta. Prückm. *vol.* 1. *consil.* 47. *n.* 119. Plures pro hac sententia refert. P. Barbos. *ad p.* 6. *legis primae n.* 5. *ff. solut. matr.* Quod in regia audientia et cancellaria valentina ita servari testatur. Cresp. de Valdaura *tom.* 1. *obs.* 39. *n.* 10. Quamvis doctores communiter ad hypothecam tacitam 43
illud restringant. Jason. Zas. Gometz. *ad* §. 29. *inst. de action.* Neguzant. *de pign. p.* 5. *membr.* 2. *n.* 23. Covarruv. 1. *resol.* 7. *n.* 1. Scheplitz. *cons. br. p.* 2. *tit.* 2. *quaest.* 1. *n.* 2. *seqq.* Pomer. Stettin. *decis. de anno* 1619. *de dote.* 7. *art.* 22. secundum quod judicatum fuisse refert. Schneidew. *ad d.* §. 29. *inst. de act.* Faber. *in cod. tit. qui pot. in pign. def.* 16. Christin. *vol.* 4. *decis.* 159. *n.* 8. Gail. 2. *obs.* 25. *n.* 10. Carpz. *jur. pr. for.* 1. *const.* 28. *def.* 64. *seqq. et* 127. Graevii *conclus. pract. cam. imper. l.* 2. *conclus.* 25. 44
n. 1. Certe in foro saxon. haec restrictio expressa legitur *in constit.* 28. *verb. Allen andern Glaeubigern. juncta ordin. proc. tit.* 43. *in pr. verb. Aber gleichwohl denen.* Add. Berlich. 1. *con.* 63. *n.* 4. Schultz. *ad inst. tit. de action. lit. u.* Idem in Pomerania constitu-
tum, juxta *conclusa pomeran. tit.* 9. *Wolgast. l. ord.* 45
de anno 1637. *de proc.* 4. *art. Dufern.* 4. *n.* 3. Contrarium tamen habet Mev. *p.* 3. *decis.* 13. Et quamvis 46
hoc privilegium liberis maternam dotem petentibus competat. Carpz. *p.* 1. *const.* 28. *def.* 96. sive mater ante maritum moriatur, sive ipsi superstes fuerit. Carpz. *d. l. def.* 97. non tam jure hereditario, quam filiationis. Mev. *ad jus lubec. p.* 3. *tit.* 1. *art.* 9. *n.* 7. extraneis tamen haeredibus non datur. *l. un. c. de priv. dot.* §. 29. *inst. de action.* Jason. *in l.* 1. *ff. sol. matr. n.* 17. *et seqq.* Jac. Cujac. *in parat. c. de priv. dot.* Cum sit personalissimum; nam quod personale 47
est, personam non egreditur, *l.* 68. *l.* 196. *ff. de reg. jur.* Carpz. *p.* 1. *const.* 28. *def.* 93. et quae contra tenorem juris sunt recepta, non debent produci ad con-

decis. tit. 487. *c.* 1. *n.* 2. adeo tuti sunt coniuncti adjutorio conjuges quoad creditores suos vid. *c.* 2. §. Sed non eadem jure civili quoad parapherna obtinet decisio. Cum enim maritus fructus ex paraphernis perceptos teneatur in communem tam suam quam uxoris utilitatem impendere, tenebitur et uxoris creditoribus satisfacere, cum et hujus interesit ab horum exactione liberari.

16 §. 16. Quid si autem uxor timens exactionem eadem mutaverit in dotalia, an ita suspendetur executio? Distinguo, aut maritus fraudem muliescivit, aut non; illic bona in dotem data recte revocant creditores, in quorum praejudicium nihil est malo consilio alienandum *pr.* §. 2. *i. quib. ex caus. manumitt. non lic. l.* 6. §. 8. *l.* 6. *c. de his quae in fraud. credit.* Casu autem posteriori maritus non tenetur pati executionem in bona dotalia, dum in pari causa melior est ratio possidentis, add. *cap.* 2. §.

17 §. 17. Dum itaque maritus ex sua persona jus alienandi parapherna non habet, an licite ad alienationem procedere poterit consensu uxoris? Res haec non caret dubio, pro negativa enim facit eadem ratio prohibitionis de alienanda dote consentiente licet muliere. *Ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiae ejus convertatur. pr. i. quib. alien. lic. l. un.* §. 15. *c. de rei uxor. act.* Contra affirmativam urget commune dd. Brocardicon. qui potest alienare, potest alienanti consentire, et quod quis per alium facit, per se fecisse putandus *l.* 1. §. 2. *ff. de eo quem fact.* Verum causa utriusque pensitata, magis inclino ad castra negantium. Quam facile enim maritus blandimentis maritalibus consensum impetrabit ab uxore, quae sibi minus cavere nolit, timetque semper, ne dissensu suo bene concordans matrimonium turbetur. Accedit et hoc, quod dum maritus sollicitus est de consensu muliebri exorando, praesumitur in suam potius utilitatem alienaturus esse, alias enim mulier suo nomine alienaret, si hoc, corruet illa alienatio Mev. *ad jus lubec. lib.* 1. *tit.* 5. *a.* 19. *n.* 51. Cothm. *v.* 2. *consil.* 94. *n* 17. quia donatio aliqua subest, quae inter conjuges illicita. Interim si consensus ille juramento fuerit confirmatus aut biennio post repetitus, valebit et haec alienatio aeque ac dotis, quia paraphernorum non dantur majora privilegia, quam dotis. vid. *c.* 2. §. 52.

18 §. 18. Quod si tandem sine consensu uxoris processerit alienatio, integrum est uxori, rem a quovis possessore revocare, aut ad pretium restituendum actione mandati convenire maritum, quamvis enim maritus excedendo mandatum nulliter agat. *l.* 10. *c. de procurat. l.* 5. §. 3. *ff. mand. l.* 12. *c. eod.* Haec tamen nullitas roboratur per ratihabitionem illius, in cujus favorem actus erat nullus, *arg. l.* 13. §. 3. *ff. de act. empt.* add. Brunn. ad Wesenbec. *tit. de dol. mal qu.* 22. Imo nonne ipse maritus aeque revocare potest parapherna, ut dotem? Non, quia uxor paraphernorum domina est, etiam constante matrimonio, et sic rem alienare et revocare potest, quod secus in dote, ubi uxor nihil potest matrimonio durante. Hoc autem ex illa alienatione non videbatur consequi uxor, ut ei liceret domum mariti pecunia parapherali emptam vindicare, quia regulariter res non succedit in vicem pecuniae in singularibus, *l. non unde,* 7. *c. si cert. petat. l.* 6. *c. de r. v.* Nec obstat, quod uxor generalem hypothecam habeat in bonis mariti, et sic per consequens etiam in re empta, nam tollitur haec hypotheca, si debitor maritus satisfacere est paratus, ejus est eligere, quid dare velit, non mulieris, quid accipere.

§. 19. Administrator dum est maritus et res alie- 19
nas ex mandato administrat, curabit etiam, ne quid detrimenti parapherna patiantur, damnum quidem casu datum non ad eum, sed ad uxorem, quae domina est, pertinet, si autem culpa mariti res perierit, hujus est praestare. Hoc tantum dubium, ad quam culpam paraphernorum ratione teneatur? Sane si rem ex natura mandati decidere decet, a nulla culpa sapet eximere poterit maritus, juris enim fere expediti est quod mandatarius etiam ad culpam teneatur levissimam, quod prolixius jam dedaxit dn. d. Korbmacher *in disput jam tum laudata de civil. nociv. c.* 5. §. 31. *seq.* Atqui non video, cur mandatarius dici nequeat maritus ratione horum bonorum. Videlicet quidem in sortem curatorum referendus, qui ad levem culpam tenentur, *l.* 10. *l.* 33. *ff. de admin. tut. l.* 2 *c. arbitr. tut.* Mev. *p.* 4. *decis.* 9. Wissenbach. *ad ff. de admin. tut. th.* 10. At horum officium est necessarium, quod remissionem aliquam mereatur, sed quis maritum cogit, ut parapherna gerat? Verum amor ille mutuus, qui conjuges constringit, videtur rigorem istum aversari, suadetque potius pinguiori uti Minerva, quam omnia ad calculos revocare. Inde et ipse Justinianus maritum administratorem a communi sorte exemit, constituitque, ut dolum et diligentiam circa parapherna praestet, qualem et circa suas res habere invenitur, ne ex ejus malignitate vel desidia aliquam mulieri accidat jactura. *d. l. fin. c. de pact. convent.* add. Aurea Biccii *sect.* 4. *th.* 135. *tit.* 99. Rebhan. *in Hodoget. jur. p.* 577. *seqq.* A qua tamen sententia discedendum videtur, si maritus omnes fructus lucratur. *l.* 5. §. 1. *ff. commod.*

§. 20. Sequitur ergo jam, ut indagemus, an, et quos 20
fructus lucretur ex paraphernis? Nullos omnino lucrabitur, sed ad extantes atque consumptos restituendos teneretur; nisi ejus administratio quicquam singulare haberet *ex d. l. fin. de pact. conv.* ibi: *et usuras quidem earum circa se et uxorem expendere, pecunias autem sortis, quas exegerit servare mulieri, vel in causas, ad quas ipsa voluerit distribuere.* Inde liquet, quod fructus paraphernorum in communem conjugum utilitatem impendere possit, et inde ferre onera matrimonii. Et sic minus videntur capere legis verba, qui tradunt: fructus industriales perceptos et consumptos non restituit maritus, juxta Matth. de Afflict. *decis.* 44. *n.* 5. Grammat. *decis.* 103. *n.* 193. Thesaur. *decis. pedemont. decis.* 189. Covarruv. *de sponsal. p.* 2. *c.* 7. *n.* 2. Hoc enim verba legis non inferunt, qua conceditur marito fructus in communem matrimonii utilitatem impendere, et ab illorum restitutione tantum liberatur, unde sequitur, quocumque fructus maritus ex paraphernis percepit, vel parcipere levi culpa neglexit, vel adhuc extantes habet, vel in suam solius utilitatem impendit, illos uxori ejusve haeredibus restituere tenetur. Cothmann. *vol.* 1. *consil.* 49. *n.* 109. *seq.* Mev. *ad j. lubec. lib.* 1. *tit.* 5. *n.* 12. Joh. Petr. Surd. *lib.* 2. *cons.* 290. *n.* 3. Menoch. *lib.* 3. *praesumpt.* 9. Fontanell. *de pact. nuptial. claus.* 6. *gl.* 2. *p.* 7. §. 43. Petr. Barbos. *ad l.* 1. *p.* 2. *n.*

31. *solut. matr.* qui et hoc addit, quod ne quidem maritus fructus impendere possit in familiae filiorumque alimenta. Quod procedit, si dos sufficiens adsit, quo casu nec a restitutione liberatur, si quid fructuum in ipsam mulierem se impendisse allegaverit; deficiente autem dote liber est a refusione, si fructus paraphernorum consumpserit in ferendis matrimonii oneribus. Roseuth. *de feud. c.* 10. *concl.* 5. *n.* 9. Menoch. *d. lib.* 3. *praesumpt.* 9. *n.* 21. Stephan. Gratian. *l.* 1. *c.* 27. *n.* 20. *seqq.* Inde est, quod doctores asserunt, uxorem ex bonis paraphernalibus teneri marito inopi ad alimenta, arg. *l.* 1 *et auth. praeterea. c. unde vir. et ux.* Petr. Surd. *de aliment. tit.* 1. *qu.* 35. *n.* 5. adeo quidem, ut si ususfructus paraphernalis non sufficerit alimentationi, obstrictam esse mulierem venditione bonorum ad ferendas suppetias Carpz. *p.* 3. *c.* 25. *d.* 7. *n.* 3. etiam in sepulturam mariti. Carpz. *d. l. n.* 2. Gratian. *discept. for. lib.* 1. *c.* 197. *n.* 13. Guido Pap. *qu.* 439.

21 §. 21. Quaeritur si consentiente uxore omnes fructus maritus in suam solius utilitatem consumpserit, an repeti possit aestimatio? De industrialibus negari hoc videntur superius citati Afflict. Grammat. quibus suffragari videtur *l.* 45. *ff. usur.* Verum dum uxor permittit, ut re ejus utatur maritus, non statim praesumenda est donasse, potius praesumitur credidisse atque mutuo dedisse. Donatio enim non praesumitur, ne quidem inter personas cognatas, nisi pietatis causa apparuerit, si accipiens fuerit egenus et dans locuples dn. Praeses *in cent. sect.* 3. *c.* 1. §. 8. Quo stante frustra disputatur, an in dubio consentiente muliere, maritus praesumatur fructus consumpsisse, nam sive defendas hoc cum Bachovio ad Treutl. *vol.* 2. *disp.* 7. *th.* 9. *lit. b.* sive neges cum Menochio *d. praes.* 9. *n.* 19. restituere tamen perceptos tenetur maritus cum et ipsa lex administratori fructuum alienationem concedat. *l.* 63. *de procur.* ideo tamen non est immunis a restitutione. Inde vero non vereor asserere, quod uxor verbis expressis etiam constante matrimonio fructus industriales ex paraphernis perceptos aut percipiendos donare possit per *d. l.* 45. Struv. *ad tit. de donation. int. vir. et uxor. th.* 28. Wissenbach. *ad eumd. tit. th.* 6. Coler. *cons.* 25. *n.* 13. *seqq.*

22 §. 22. Quid si dissentiente uxore fructus impenderit; an tunc et illi restitutioni sunt obnoxii, qui in communem utilitatem impensi fuerunt? Ita colligendum videtur ex *l.* 17. *c. de donat. inter vir. et uxor.* subjungitque Menoch. hanc rationem, quia dissensu suo quasi revocasse videtur mulier mandatum custodiae seu administrationis *d. l.* 3. *praes.* 9. *n.* 8. quam quidem rationem non prorsus admitto, poterit enim administrandi facultas subsistere, licet dominus omnem fructuum perceptionem denegaverit, itaque sic sentiendum, quod si mulier dotata noluerit, ut quicquam fructuum maritus in communem utilitatem consumat, restituendi etiam sunt illi in communem utilitatem consumpti, lex enim hanc consumendi licentiam tantum ex praesumpta uxoris voluntate concessit, hanc praesumptionem si uxor contraria protestatione et voluntate tollit, huic merito standum. Etenim uxori est integrum, de paraphernis pro lubitu disponere Klock. *v.* 2. *cons.* 35. *n.* 36. Marito autem vicissim licet, vel acceptare administrationem vel repudiare, restringenda tamen haec omnia sunt ex §. *praeced.*

§. 23. Cum ergo ex lege civili citra uxoris expressam liberalitatem parum commodi lucretur ex paraphernis maritus, aequitas etiam ipsa suadet, ne nimiis gravetur oneribus, sed sortem pariter administratorum etiam hoc in puncto experiatur, quibus semper est indemnitas praestanda a domino. Officium enim suum nemini debet esse damnosum, *l.* 7. *ff. quemadm. testam. aper.* nec permittendum, ut quis locupletetur cum alterius incommodo *l.* 14. *ff. de condict. indeb.* Itaque si qua tributa solvit de paraphernis, deducere licet, haec enim illi incumbunt, qui fructus lucratur *l.* 4. *ff. de censib.* Deinde si sumptus in re paraphernali conservanda fecit necessarios, restituendi. Cum et malae fidei possessor eosdem repetat *l.* 5. *c. de r. v.* neque hic interest an sumptus sint modici an magni, an in rem ipsam, an in fructus percipiendos facti. *l.* 20. §. 9. *ff. mandat.* Caveat hic maritus, ne nimius sit in faciendis expensis utilibus aut voluptuariis, plus enim tunc favere solent uxori jura. *l.* 38. *ff. de r. v.* Atque haec tunc obtinent, si fructus nullos lucratur maritus, sin lucrandi licentiam vel ex statuto vel ex mulieris conventione habeat maritus, pariter aequitas suggerit, ut illum sequantur incommoda, qui habet commoda. *l.* 10. *ff. de r. j.* et admittatur compensatio fructuum cum expensis, juxta *l.* 48. *ff. de r. v.* 23

§. 24. Hac in re statuta saxonica hautius tractant maritos administratores, quibus concedunt paraphernorum usumfructum *Land. Recht. l.* 1. *art.* 31. *et ar.* 45. Ruchbar. *lib.* 1. *qu.* 2. *n.* 45. Struv. *excer.* 29. *th.* 36. Et sic omne emolumentum quod rei substantia salva capere potest maritus percipit suumque facit *l.* 7. *pr. l.* 9. *l.* 12. §. 5. *l.* 58. *pr. ff. de usufr.* Neque excipiuntur ab hac fruendi licentia partes metallicae marito allatae, quamvis enim eo jure utamur, ut lapis aliudve minerale quod foditur, si non renascitur, non sit in fructu. Castillo *de usufr. c.* 37. *n.* 18. Et sic consumptis matrimonio constante proventibus metallicis, uxori superstiti debeatur restitutio, seu aestimatio Carpz. *p.* 3. *c.* 25. *def.* 4. *et defin.* 5. ubi idem ad patrem usufructuarium applicat: usurae tamen illius pecuniae ex proventibus metallicis perceptae, in restitutione semper sunt deducendae. Berlich. *p.* 3. *concl.* 35. *n.* 21. *seqq.* Sande *decis. frisic.* 5. *tit.* 3. *def.* 2. Non secus ac si pecunia in qs. usumfructum traditur, qua usufructuarius pro lubitu uti potest, praestito tantum satisdatione de eadem sorte refundenda usufructu finito §. 2. *i. de usufr.* ad quam satisdationem pariter maritus teneretur, quia prohibitio exigendae fidejussionis tantum de dote restituenda non paraphernis loquitur, nisi aliud fuisset receptum. Carpz *p.* 2. *c.* 10. *d.* 9. 24

§. 25. Hoc notari meretur, si marito fuerit traditus fundus paraphernalis, in quo ipse primus venam invenit metallicam, fodinasque suis impensis paravit, tum omne emolumentum, licet venae non renascantur, ad eum pertinet irrevocabiliter, juxta Struv. *de feud. ex* 6. *th.* 26. *et ex.* 12. *th.* 4. idemque in *s. j. c. exercit.* 12. *th.* 15. *seq.* Sande *d. l. defin.* 3. ibique allegatos, quam sententiam unice probare intendunt *l.* 7. §. 13. *ff. solut. matr.* ibi: *si vir in fundo mulieris dotali lapidicinas marmoreas invenerit et fundum fructuosiorem fecerit, marmor, quod caesum neque exportatum, est mariti, et impensa ei non est praestanda, quia nec in fructu est nisi tale sit, ut lapis ibi renas-* 25

scatur. Verum inspectis legis verbis facile in illorum concedo sententiam, si hisce lapidicinis fundus mulieris fructuosior fuerit redditus, at quomodo hoc demonstrabitur, si venae non fuerint renascentes sed regeris verba illa, *fructuosiorem fecerit*, non intelligenda de melioratione, quae durare debet etiam finito matrimonio, quod fieret, si venae forent renascentes, nam tunc et marmor caesum retineret maritus et impensas factas repetere posset; sed de melioratione tantum praesenti, hoc enim licebat marito, ut fundum dotalem ad majores fructus percipiendos meliorares, quamvis haec melioratio non duraret, dummodo per hosce fructus perceptos maritus ipsum fundum non fecerit deteriorem, quod ei non permittitur. vid. *cap.* 2. §. 49. Nihilominus an idem concedendum sit maritus paraphernalium usufructuario dubium mihi objicit *l.* 7. §. 3. juncta *l. seq.* ibi: *neque autem usufructuarium ampliare, nec inutile detrahere posse, quamvis melius repositurus sit.* add. *l.* 61. *l.* 13. §. 7. *d. t.*

26 §. 26. Quid si pagus, cui jus patronatus annexum, foemina paraphernorum nomine marito attulit, cujus est hujus juris exercitium, e. g. pastorem praesentare? De jure communi facile erit defendere, quod penes uxorem hujus juris exercitium maneat, nisi sponte marito concedat, multo magis potior erit foeminae persona, si in praesentando minus cum marito conveniat. Quia jus omne administrandi maritale dependet a voluntate uxoris *l. fin. c. de pact. convent.* Sed si statuto jus administrandi parapherna et fructus lucrandi etiam invita muliere marito fuerit indultum, multum disputant dd. an sub fructibus tunc contineatur jus patronatus seu exercitium ejus. Sunt enim qui defendunt jus patronatus nunquam ad maritum transire, licet castrum seu pagus fuerit in dotem datus quod facit Panormitan. *ad c. cum delicta* 16. *X. de concess. praebend.* aliique relati a Finchelth. *de jur patron. c.* 6 *n.* 5. sed non videtur sententia haec amplectenda, cum expeditum hodie satis, sit quod jus patronatus seu ejus exercitium in fructu sit. Innocent. *in c. consultationibus. de jure patronat.* et tam in conductorem universitatis, quam usufructuarium transeat. *c. ex literis de jure patronat.* D. Brunnem. *de j. eccl. lib.* 1. *c.* 8. §. 14. *seq.* Dn. Praeses *in cautelis sect.* 2. *c.* 9. §. 12. Barbos. *ad c.* 7 *n.* 4. *de jur. patron.* Quidni ergo idem exercere posset maritus, cui paraphernorum ususfructus vel statuto vel pacto mulieris competit? Rauchb *l.* 2. *qu.* 2. *n.* 45. Struv. *synt j. c. tit de r. n. th.* 59. Licet itaque uxor in praesentanda persona dissentiat aliamque praesentet, non tamen praevalere debet, uti quidem vult rot. roman. *dec.* 472. Anchoran. *cons.* 353. sed potiores habebit maritus, Koch. Curt. *de. jure patron. q.* 28. Tiraquell. *de Il. connubial gl. n.* 9. *seqq.* Cessa enim semel jura non possunt revocari, nec deterioris conditionis poterit esse maritus, quam conductor aut alius usufructuarius.

27 §. 27 Talia statuta marito in paraphernis faventia extra Saxoniam etiam alibi extant. Et fere generali consuetudine derogatum est *legi fin. c. de pact. convent.* statutaque saxonica robur suum et in alias provincias volentes extenderunt. dn. Brunnemann. *ad d. l. fin et l.* 8. *c. de pact. conv.* Colleg. Argent. *tit. de dot. th.* 27. Id quod confirmat responsum hujus facultatis ampliss. quod Brandenburg. an. 7. ad hujus seculi, d. 14 maj datum est hanc quaestionem: *Ob ihr aus euret seel. Mannes Verlassenschafft nicht allein dasjenige, was ihr an Bahrschafften zu ihm gebracht, sondern auch die Landübliche Zinsen von solchen illaten zu fodern befuget seydt? Halten wir dafur, dass ein Unterscheid zu machen sey unter denjenigen, was ihr eurem seeligen Manne als Ehegeld oder als Paraphernalgüter zugebracht, von welchen ihr einige Zinsen, in dem durante matrimonio der ususfructus eurem marito davon zugestand, zu fodern nicht vermoget. Und unter dem, was ihr eurem seeligen Ehe-Mann nicht zugebracht, sondern vor euch behalten, und nahmals eurem Ehe-Mann davon zu seiner Nothdurfft, vorgestrecket, von diesen sey ihr die Zinsen zu fodern, wol befugt, V. R. W.*

§. 28. Si itaque maritus habet moribus saxonicis 28
jus re paraphernali utendi fruendi, teneturne ad instar alius usufructuarii cautionem de re non deteriorauda vel restituenda praestare? Jure quidem civili, si uxor pactis dotalibus usumfructum ex paraphernis marito constituerit, non tenebitur eidem cautionem hanc remittere, nec peccabit, si exigat, quia suo jure utitur, sed jure saxonico ad illam praestandam compelli nequit. Gloss. Germ. *ad art.* 24. *lib.* 2. *Land. Recht.* et Gloss. *ad art.* 26. *n.* 46. *Weichbild.* Carpzov. *p.* 2. *c.* 10. *d.* 9. *n.* 6. Quod et tunc forte jure civili observandum, si paraphernae cedunt in vicem dotis, nam ubi usumfructum paraphernorum habet maritus compellere nequit uxorem, ut dotem invita constituat; ob remissam tamen illam cautionem non putet maritus sibi majorem grassandi in paraphernis licentiam competere, sed eumdem boniviri modum, quem alius usufructuarius in re utenda fruenda tenet, observabit.

§. 29. Ex jam dictis colligi poterit, quod maritus 29
praesertim jure civili ad rationes reddendas teneatur, nec inter ἀνεκλογίζας referri possit, qui enim rerum alienarum est administrator, teneturque de fructibus tam perceptis quam percipiendis, is tenetur ad inventarium et ad rationes juxta inventarium. reddendas Munnoz. de Escobar *de ratiocin. c.* 3. Mey. *p.* 2. *dec.* 20. *et p.* 5. *dec.* 250. Si itaque ex rationibus jam redditis pateat, multum damni dolo culpave mariti esse illatum, dum nomina non exegit, renovationem investiturae non petiit, allaque praestanda non praestitit, an restitutionem in integrum petere poterit uxor, marito solvendo non existente? Dictum quidem est superius, quod actus extra terminos mandati gestus e. g. alienatio rei paraphernalis, sit ipso jure nullus, ut hinc domino revocatio semper salva. vid. §. 10. sed si mandatum minus diligenter expedierit, tunc fere eo collimant jura nostra, quod negligentia procuratoris noceat domino. *l.* 10. *de procurat.* nec ei pateat remedium restitutionis utut procurator solvendo non extiterit *l.* 13. §. *fin. c. de judic.* Imputet enim sibi dominus, quod tam negligenti res suas administrandas commiserit. Verum non denegandum est hoc beneficium domino, dummodo alter contra quem cupio restitui, certet de lucro captando et dominus de damno vitando, tunc enim semper solet hujus esse melior conditio *l. fin* §. 2. *c. de codicill. l.* 8. §. 1. *ff. mandat. l.* 4. §. 1. *ff. de r. j.* add. Struv. *ad tit de procur. th.* 35. Carpz. *p* 1. *c.* 1. *d.* 23.

§. 30. Disquirendum adhuc, an maritus retinere pos- 30

sit paraphorna, et constante matrimonio repetenti uxori restitutionem denegare? Quod licentia haec marito in dote competat, satis constat ex *l.* 29. *c. de jur. dot.* Quia dominium mulieris constante matrimonio est in quiete. Quod secus in paraphernis, ibi uxor dominium exercet, inque illis nihil potest disponere maritus sine consensu uxoris, qui nudus est administrator *l. fin. c. de pact. convent.* et ad libitum non potest disponere Menoch *consil.* 1. *n.* 71. Ast quemadmodum dominus mandatum pro lubitu revocare potest re integra, *l.* 16. *ff. de procurat.* §. 9. *i. de mandat.* Vel si res non amplius integra, praestito interesse, Mantic. *de tacit. et ambig. convent. lib.* 2. *tit.* 21. *n.* 4. Ita quid obstaret, quo minus uxor tollere et revocare posset mandatum, bonaque mariti administrationi commissa quovis tempore revocare, eaque vel sibi retinere vel alii administranda committere? Barbos *ad d. l. fin n.* 4. Tiraqu. *de ll. connubior. gloss.* 8. *n.* 5. utut uxor nullam causam allegare possit, facit enim cum re sua pro lubitu *l.* 21. *c. mandat.* in qua nemo turbandus *l.* 13. §. *fin. ff. de jniur.* Eoque pertinet responsum facultatis hujus juridicae anno 1677. mense jun. datum sequenti modo *Es waere denn, dass Klaegers Ehe Frauwolte, als ihr in diesem Fall zu thung ebühret, binnen Gerihtsfrist erweisen, dass sie dem Vorgeben nach von ihrem Ehemann mit Gewalt und mit harter Bedrohung der Schlaege dazu genothiget, dass sie in seine wider nn. angestrengte Process, ihren Consens und Willen gegeben, auf welchen Fall sie billig. mit ihrem einwenden zuhoren. V. R. W.* Modo uxor pactis dotalibus non concessit marito usumfructum paraphernorum, his enim standum foret. *l.* 1. *pr. ff. de pact. l.* 5. *c. de o. et a. l.* 17. §. 3. *ff. commod.* Similemque pacto necessitatem uxori imponit statutum saxonicum, quod usumfructum paraphernorum marito concedit.

31 §. 31. Si itaque uxor usumfructum paraphernorum concessit vel statutum, non sine causa nova surgit quaestio, quando usufructus ille cesset? Morte demum usufructuarii alias illum regulariter perire, vulgo notum est, et hac ratione mortua uxore maritus superstes nondum teneretur bona restituere. Verum sicut omnis actus omnisque contractus tacitam in se continet clausulam rebus sic stantibus *l.* 30 *pr. ff. de solut,* et ob causam data ea cessante recte revocantur, Tiraqu. *in tract. cessant. caus. cessat effect.* hinc non dubito asserere, ipso jure cessare usumfructum paraphernorum per mortem uxoris, hac enim non amplius existente, bona illa nullo modo amplius dici possunt parapherualia, paraphernis sublatis, quomodo ususfructus subsistere posset, cum non possit esse accidens sine subjecto, et non entis nullae etiam dentur affectiones. Quod si vero culpa sua se indignum fecerit maritus, citius et viventi a hac marito parapherna uxor auferre potest, qualis culpa est primo adulterium, quo maritus et dotem et alia omnia quae ab uxore habuit commoda, perdit. Carpz *pr. l.* 2. *qu.* 64. *n.* 40 *seqq.* Goedd. *v.* 3. *cons. marpurg.* 28. *n.* 210. Secundo denegatio alimentorum uxori debitorum Carpz. *l.* 5. *resp.* 24. *n.* 9. Vide tamen Colerum *decis,* 257. *n.* 6. Carpzov. *p.* 3. *c.* 26. *d.* 5. quibus ultimo addenda mala tractatio et nimia saevities uxori exhibita. arg. *l. fin. ff. Si a par. quis man.* arg. *l.* 2. *ff. qui sin manum.* Boer. *dec.* 244. *n.* 12. Hartm. Pistor. *obs.* 52. *n.* 3. *seqq.*

§. 32. Ultimo subjiciendum, an non interdum para- 32
pherna finito matrimonio lucretur, et retinere possit? De jure quidem civili haec facultas nullo modo marito impertitur, nisi uxor sponte juri repetendi renunciaverit. Adeo ut ne quidem per adulterium jure hoc, et hisce bonis privari possit, quamvis contrarium hoc passu defendere conentur Tusc. *concl. pr.* 227. *num.* 16. *lit. a.* Damhoud. *pract. crimin. c.* 80. *num.* 24. Carer. *pract. crimin. tit. de homicid. num.* 29. Sed magis standum puto illorum sententiae, qui inde recedunt, ut Rauchbar. *p.* 1. *qu.* 47. *num.* 12. Wesenbec. *ad l. jul. de adult. n.* 19. Carpzov. *prax. crimin. qu.* 64. *n.* 22. a dote enim et donatione propter nuptias non commodum formatur argumentum ad parapherna, nec poena facile est fingenda, quae legibus non reperitur expressa. Ex jure autem saxonico priorem sententiam probare nititur Carpz. *d. qu.* 64. et Berlich. *p.* 4. *concl.* 29. *n.* 19. quibus facile quoad parapherna mobilia assentior, quippe quorum haeres est maritus uxore defuncta Heig. *p.* 2. *qu.* 15. *n.* 2. Imo dixeris, ab ultima voluntate non licet argumentari ad actum inter vivos, et quod jus mihi competit in bonis alterius, eo mortuo, nondum competit eo vivo arg. *l.* 9. *c. de inoffic. testament.* Verum enim vero jus hoc mariti non ex sola ultima voluntate dependet, sed et jam tum radicatum est uxore adhuc vivente, quae invito marito nihil ex bis potest alienare. Carpzov. *p.* 2. *c.* 25. *d.* 10. Quid autem de rebus immobilibus dicendum? Sane, non haec lucratur maritus uxore mortua, ergo nec eadem adulterium committente, in mobilibus enim hoc jus lucrandi ob adulterium marito concedunt, quia per adulterium aeque dissolvitur matrimonium atque per mortem.

CAPUT IV.

De jure mariti in receptitiis et gerada.

SUMMARIA.

An jure saxonico dentur receptitia? n. 1.
Datur, jus mariti in receptitiis quoad actionem movendam sine mandato uxoris. n. 2.
Removetur dubium obstans. n. 3.
Uxor rem receptitiam libere alienare potest. n. 4.
Etiam jure sax. tam immobilia. n. 5.
Quam mobilia. n. 6.
Uxor percipit fructus ex receptitiis. n. 7.
Mulier marito pecuniam mutuam tradens an gaudeat hypotheca tacita? n. 8.
An uxor ex receptitiis cogitur marito dotem constituere inopi? n. 9.
An bona uxoris potius praesumantur paraphernalia quam receptitia? n. 10.
Illustratur resp. n. 11.
An mortua conjuge maritus lucrum habeat ex receptitiis? n. 12.
Maritus in gerada nil juris habet post mortem ux. n. 13.
Viva uxore non habet jus usufructus in illa.
Illam alienare nequit, et sic nec oppignorare.

Extenditur prohibitio oppignorandi li. n. 16.
Cognata petens gerendum non tenetur ad aes alienum. n. 17.
Marito gerenda vendi potest. n. 18.
Maritus inops lucratur quartam bonorum partem ex bonis defunctae uxoris divitis. n. 19.
Refutantur dissentientes. n. 20.
An quarta indistincte competat marito inopi si concurrunt collaterales? n. 21.
An maritus quartam partem pleno jure acquirat? n. 22.
Jure sax. maritus est uxoris haeres mobiliaris. n. 23.
Quod jus testamento adimi nequit. n. 24.
Licet omnia uxoris bona fuerint mobilia. n. 25.
Jure marchico conjux dimidium lucratur ex bonis conjugis defunctae. n. 26.

1 §. 1. Quod jure civili receptitia uxoris bona dentur non amplius admittit dubium per *l.* 9. §. *fin. ff. de jur. dot.* dummodo quicquam bonorum habeat et non sit insigni egestate pressa. At de jure saxonico dubitari posset ubi marito in bonis uxoris competit usufructus. vid. *cap. praec.* §. ita quidem, ut etiam invita foemina fructus lucretur cum lex hanc potestatem marito in paraphernis tribuat, non secus ac filius patri contra dicere nequit, quo minus lucretur fructus ex peculio filii adventitio §. 2. *j. per quas person. cuique. l.* 6. *pr. cod. de bon. quae liber.* Verum his non obstantibus commode casus contingere possunt, quibus foemina etiam jure saxon. receptitia bona habeat. Primus esto, si ante matrimonium initum statim protestetur, se quaedam bona sibi velle retinere, eorumque tam proprietate quam usufructu gaudere. Poterit enim statutis per conventionem contrariam derogare cum res adhuc integra, partique jus nondum est quaesitum, poterit juri futuro renunciare, virumque mulier eo adigere, ut beneficio lucrandi renunciet, si scil. protestetur mulier: aut relinquendus mihi est usus bonorum meorum, aut tibi non nubam. Sane si protestatione illa non interposita mulier ad nuptias convolaverit · jam non amplius arbitrari potest, nec cogere maritum, ut jus suum dimittat, licet bona demum constante matrimonio accipiat. Hoc saltem remedii superest tunc uxori, ut petat ab illo, a quo bona sperat, ut legem hanc illis addat; horum bonorum, quae Meviae dono, non transeat ususfructus ad maritum. Tunc quidem bona illa propria, sibi etiam quoad usumfructum reservare potest mulier, ad eumdem modum, quo donator vel testator in filiumfam. quid translaturus hanc legem addere potest rei donandae, ne ususfructus rei ad patrem pertineat *nov.* 117. *c.* 1.

2 §. 2. Posita ergo differentia, consideranda sunt jura mariti in receptitiis. Quae an ulla esse possint dubitare licet, quia receptitia nomen inde naturamque suam tenent, quod plenissime eadem tam quoad usumfructum quam proprietatem uxor possideat. Hoc tamen uno ore largiuntur, doctores, quod maritus etiam quoad receptitia cautione rati praestita admittatur ad agendum, eoque restringunt *l.* 21. *c. de procurat.* in qua licet receptitiorum nulla, sed simpliciter bonorum uxoris fiat mentio, tamen ex *cap.* 2. *et* 3. satis patet, ad nulla alia, quam uxoris receptitia applicari posse. Ratione enim dotalium maritus nec procurator est, nec curator sed dominus, qui non opus habet mandato de re sua litigans. Ratione paraphernalium est legitimus administrator, quem lex ipsa a mandato et cautione rati liberat, dummodo probet, actionem illam, quam moveat, inter parapherna recenseri. Ergo *lex* 21. intelligenda erit de receptitiis, quia plures quam tres bonorum uxoris species jure civili non dantur.

§. 3. Dicerem, si administratio bonorum constituit essentiam paraphernarum, ergo eo ipso dum ratione receptitiorum actionem movet, idque uxor ratihabet, transibunt haec in naturam paraphernarum: distinguendum arbitror inter administrationem litis commissam, et ipsarum rerum, seu etiam juris; posterior constituit parapherna, non aeque prior, litis commissio tantum constituit procuratorem jud cialem, qui de ipsa re seu jure disponere nequit. Hinc maritus constitutus procurator ad agendum; nequidem habet jus exigendi et accipiendi debitum. *l.* 13. *ff. de pact.* quod si vero pecuniam, ad quam solvendam debitor mulieri est condemnatus, acceperit, et non contradicente uxore expenderit, aut usuras in communem familiae utilitatem et necessitatem impenderit, jam illa pecunia inciperet esse paraphernalis *l. fin. c. de pact. convent.* Dum enim uxor protestationi initio interpositae actum contrarium quoad bona geri patitur a marito, illi renunciasse censetur. Inde licet maritus procurando peccaverit, et damnum intulerit ipsi foeminae, eo tamen casu non ipsi sunt tacite obligata bona mariti, quia curatoris ad litem bona hypothecae nexu non tenentur. Hahn. *ad Wesenbec. tit. quib. mod. hypoth. tac. n.* 1. *in m.* Eckold. *ad d. tit.* §. 3. 3

§. 4. Extra hoc jus non legitur marito aliud competere in receptitiis, quorum unica et libera domina est uxor, et sic jure dominii de illis pro lubitu disponere potest. Itaque rem receptitiam in quemvis alienare potest, seu ignorante seu invito domino, quia frustra illius consensus expectatur, qui jus contradicendi non habet. arg. *l.* 3. *ff. de r. j.* sed quid jure saxonico de receptitiis? Immobilia quod ibi concernit; si consensus curatoris accesserit, sola mariti contradictio alienationem non invalidabit, quia in his nullum jus, ne quidem succedendi ab intestato habet. Dan. Moller. *ad constit. sax. t.* 5. *n.* 3. Berlich. *p.* 2 *concl.* 17. *n.* 16. Carpz. *p.* 3. *c.* 23. *d.* 22. Multum quidem refragantur textus *in Land-Recht lib* 1. *art.* 31. *vers. Kein Weib mag ihres Gutes ichtwas vergeben ohne ihres Mannes Willen, dass er es durch Recht leiden darff.* Et texti. *d. l.* 1. *art.* 43. *vers. Ein Weib mag auch ohne ihres Mannes Urlaub ihr Gut nicht vergeben, noch ihr Eigen verkauffen.* Verum textus hi omnino explicandi atque restringendi sunt ad parapherna, quae plurimum ibi frequentantur et per ipsum matrimonium contractum tacite constituuntur. Haec sane, sive mobilia sive immobilia sint, uxor alienare invito marito nequit, quia ei competit ususfructus, vid. *cap.* 2. §. atqui proprietarius neutiquam fundum sine consensu usufructuarii alienare potest. arg. *l.* 15 §. *fin. ff. de usufruct.* Carpz. *p* 2. *c.* 15. *def.* 23. et *p.* 3. *c.* 7. *def.* 6. At in immobilibus receptitiis quoniam cessat ratio prohibitionis, hinc etiam cessabit ipsa prohibitio. 4

§. 5. De mobilibus adhuc alia stringit prohibendi ratio, quod haec vel ideo alienari nequeant invito marito, quia jus succedendi ipsi competit in illis, id quod neutiquam uxor marito intervertere potest. Beneficia enim lege indulta privatus auferre nequit, alias facile marito adimi posset una, quod manu altera erat datum Carpz. *d. c.* 7. *def.* 8. Virgil. Pingitz. *qu.* 38. *n.* 12. Pantschman. *p.* 248 *m.* 12. praesertim cum argumen- 5 6

tum ab ultimis voluntatibus ad contractus negative conceptum sit validissimum Everhard. *in loc. tap.* 36. *n.* 2. Verum hoc non obstante poterit uxor receptitia mobilia etiam alienare invito marito. Dum enim hic semel consensit uxori, ut haberet receptitia, eo ipso concessit, ut liberarum dispositionem circa eadem haberet. Nam natura receptitiorum haec est, ut tacite contineat libertatem administrandi et alienandi. *ad d. c.* 1. §. 17. Asserit quidem Carpz. *d. p.* 3. *c.* 7. *d.* 7. Quod uxor tum demum mobilia sua invito marito alienare possit, si concurrat necessitas aut insignis utilitas. Verum haec locum habent, si mobilia fuerint parapherna, quae non promiscue alienari posse, facile patet ex jure, quod in re habet ipse maritus.

7 §. 6. Ex facultate libera administrandi atque disponendi sequitur, quod uxori etiam ex receptitiis competat facultas fructus percipiendi, quos ne quidem in communem utilitatem expendere tenetur. Mariti enim est, onera matrimonii ferre, non uxoris, qui si quos ex fructibus mulieris consumpserit, omnino restituere tenetur, licet hoc factum esset consensu mulieris, quoniam donatio inter conjuges non est licita, et hinc in dubio contractum censetur mutuum. Dictum quidem est, quod fructuum donatio inter conjuges sit permissa, verum industrialium, ad minimum illorum, quos uxor nondum percepit, collegit, horreoque condidit. Quae enim foret differentia, fructus collectos donare, aut pecuniam?

§. 7. Sicuti ergo datur libera facultas alienandi receptitia uxori, ita et eidem competit potestas vindicandi, aliasque circa rem receptitiam competentes actiones instituendi. Habet enim jure civili aeque personam standi in judicio, inque rem suam agendi, ut masculus *l.* 4. *c. de procurat. l.* 1. §. 8. *ff. de his qui not. infam.* Aut si ipsa agere nolit, actionem alii demandare, extraneumque procuratorem constituere potest, exceluso marito. Huic enimvero jure saxonico est derogatum, ut uxor ratione receptitiorum agere non possit, nec excipere, quia standi personam in judicio saxonico non habet, hinc curatore ad litem opus habet, Carpz. *p.* 1. *c.* 1. *def.* 30.

8 §. 8. Inde jam colligere est in proclivi, quod parum juris maritus in receptitiis praetendere possit, sed si quid ex illis consequi cupiat, precibus semet armare necessum habeat. Hac ratione mulier saepe solet marito pecunias dare mutuas, in quibus credendis cauta debet esse mulier, nam si sibi non de speciali prospexerit hypotheca, inter nudos chirographarios, aliquando in concursu creditorum mariti collocabitur. Du. Brunnem. *in proc. concurs. creditor. c.* b. §. 66. et ibi magnif. dn. Praeses. *ad* §. 33. Carpzov. *p.* 1. *c.* 28. *d.* 90. Neque hoc praeter rationem. Dum enim dominio suo uti, administrationemque rerum sibi potius reservare, quam marito committere voluit, hinc etiam non potest aliter considerari, quam alius personae creditor qui nulla gaudet hypotheca, nisi sibi reservaverit, aut lex expresserit.

9 §. 9. Hoc nihilominus sepiendum, si uxor matrimonio viri inopis fuerit juncta, nulla expressa dote, quod tunc compelli possit, ut ex receptitiis dotem, aut si nolit, parapherna constituat. vid. *cap.* 1. §. Quaeris quo actione? Nec incidit alia, nisi imploratio officii judicis. Quod si autem expressa noverperint, ut quisque conjugum res suas sibi habeat, iisdemque separatim fruatur, subsistat quidem illa conventio, pacta enim servanda legemque dant contractui, praesertim cum sint talia, ut dotem non reddant deteriorem, sed potius meliorem, *l.* 8. 6. 14. 15. *ff. de pact. dotal.* Verum interpretanda nihilominus semper erunt, ut caute subintelligatur clausula: rebus in eodem statu manentibus, quippe quae alias de natura cujusvis actus atque contractus esse solet, dd. *in l.* 39. *ff. de solution.* Itaque si maritus, cum ita contraheret, sibi alendo sufficeret, postea vero casu inopinato ad inopiam redactus fuerit, non dubito, quin non obstantibus pactis, uxor cogi saltem possit, ut maritum alat inopem. Carpz. *p.* 3. *c.* 25. *d. c.* 7. Quia conventio regulariter ad incogitata non extenditur. *l.* 5. *c. de transact.* Dn. Praes. *de jure sens. dist.* 10. *c.* 7. *n.* 2. Quam regulam in jure tutissimam appellat Seraphin de Seraphin *de privil. juram. privil.* 119. *n.* 1. Et maxime inhonestum foret, conjuges semet invicem ludibrio aliorum misericordiaeque exponere, contra *l.* 23. *ff. solut. matrim.*

§. 10. Tandem cum supra c. 1. actum fuerit, utrum bona 10
uxoris marito allata potius praesumantur dotalia quam paraphernalia, liceat adhuc examinare, si dotis qualitas non inveniatur expressa, an potius paraphernalia, quam receptitia praesumantur? Equidem si bona illata altero conjugum mortuo adhuc extant, parum interest, utrum praesumas jure civili, nisi quod fructus in communem utilitatem impensos; vindicari enim tunc possunt ab uxore ejusve haeredibus, sed si res uxoris fuerit culpa mariti deperdita, vel fructus in ejus solius utilitatem consumpti, tunc multum interest, quo nomine in domo mariti res illae exiterint. Si enim dixeris et probaveris, nomine paraphernorum, in concursu creditorum facilius recipies damni refusionem ob beneficium tacitae hypothecae Carpz. *p.* 1. *c.* 28. *def.* 82. Sin constiterit esse receptitia, nudorum chirographariorum sortem uxor subire necessum habet, quare quod praesumptionem hoc sentio, si res uxoris in domo mariti ita pateant, ut illas maritus administrare potuerit et fructus etiam perceptos suis rationibus inseruerit, tunc praesumuntur omnino esse paraphernales; maritus enim non tenetur ad administrationem suam legitimandam consensum uxoris expressum expectare, sed hunc semper praesumere potest, donec uxor dissensum expresserit. Quod si vero immixtio nulla atque negotiorum gestio probari possit a marito facta, tunc non paraphernalia, sed receptitia putantur, quia rerum alienarum curam aliquam gessisse semper facti est, et mandata non praesumuntur, nisi vel facto verbisve fuerint significata.

§. 11. Illustrabit plurimum ante dicta, quod inter 11
rationes decidendi pronunciavit facultas hujus loci celeberrima *d.* 11. *oct. an.* 80. hanc in modum: *ob nun zwar Klaeger deshalb cautam appellandi zu haben vermeinet*, quod omnia bona praesumantur illata, nisi specialiter ab uxore praesumantur reservata, quod probare volunt ex Mevio *ad j. lub. p.* 2. *tit.* 2. *art.* 12. *n.* 54. *So ist doch hingegen gantz bekanten Rechtens*, quod illatio bonorum ad maritum consistat in facto, talia vero quae sunt, non praesumuntur, nisi probentur Mensch. *lib.* 6. *praes.* 15. *num.* 17. *Hr. Mevius auch am angezogenen Ort demselben nicht zuwider ist, wenn er schreibet:* quod ex usu vulgari juris-lubecensis omnia uxoris bona ad maritum illata sive dotis nomine data sint, sive ut parapherualia habita, nisi pactis certo modo limitata sint, plane confundi ac perire haberi ac si dotalia sint, *daraus genugsam erhel*

quod dn. Mevius non velit omnia bona reputari pro illatis, sed si illata sint (quod sine dubio probandum) omnia in successione ejusdem conditiones censeri, *und eben dahin ziehlet auch das adacta gebrachte decretum senatus von 26. martii an. 79. denn da ist der casus erwiesen*, ubi maritus in possessione bonorum uxoris fuit, et ubi de illatione non fuit quaestio, sed tantum de reservatione, quae utique non praesumitur, nisi probetur, *in gegenwaertigem Fall aber sind Beklagte in possessione, und actores fundiren sich* in illatione, hinc cum quisque actor fundamentum suae intentionis probare debeat, nisi velit, ut reus, licet nullam possidendi causam habeat, absolvatur *l. 4. c. de edend. l. fin. c de r. v. So ist allerdings wol erkannt, und probatio illationis auferleget worden.*

12 §. 12. Dum ergo vivente conjuge parum juris habet maritus in receptitiis, quaeso, nonne quid juris per illius mortem huic obvenit? Ipsa quidem natura receptitiorum nihil plane infert, nec spem ullam facit, fore, ut post mortem uxoris quicquam ex illis lucretur. Quin potius jure saxonico hoc singulare de iis notandum, quod maritus, quamvis sit haeres uxoris mobiliaris, tamen uxor illi non tenetur praecise relinquere receptitia, quia eo ipso, dum maritus permisit quaedam bona proprio mulieris arbitrio, juri suo renunciavit, sique ex potestate concessa mulier receptitia alienaverit, seu per testamentum, seu per actum inter vivos, maritus eadem revocare non potest, vid. Mev. *ad jus lub. p.* 2. *t.* 2. *art.* 12. *n.* 55. Non secus ac si dominus directus vassallo liberam circa feudum dispositionem permittit et ejus arbitrio plane relinquit, tunc non ambigitur, quin vassallus feudum licite sine consensu domini alienare possit, ita ut hoc alienatum revocare nequeat, alias enim contra pacta semel conventa iretur. *l.* 5. *c. de o. et a.* Interim tamen si uxor receptitia mobilia retinuerit, nec per testamentum aliove modo alienata deprehenduntur, capiet eadem haeres maritus; dum enim illa per expressam dispositionem alii relinquere noluit, censetur eadem reservare voluisse haeredi ab intestato, qui in mobilibus est maritus. Nam in dubio testator se juri communi conformasse censendus est, *l.* 54. §. 1. *loc.* Menoch. *lib.* 4. *praes.* 202. *n.* 8. *seq.*

13 §. 13. A receptitiis nos convertimus ad geradam jure civili quidem plane ignotam, moribus autem saxonicis frequentissimam quae sit illa, jam explicitum *cap.* 1. §. 31. Distinguere illam ibidem placuit tam a receptitiis, quam paraphernalibus. Habet enim omnino aliquid singulare, ut ad neutram speciem referri commode potuerit. An aliquid juris maritus in eadem habeat, non usque quaque expeditum. Certum est quidem, quod post mortem uxoris nihil ex gerada retineat maritus, sed ea exsolvenda sit proximae cognatae, dummodo haec marito superstiti relinquat lectum ita paratum, sicut erat cum uxor in vivis existeret, insuper mensam mappa, scamnum pulvinari, et sedile cussino instratum, Carpz. *p.* 2. *d.* 14. *def.* 49. *n.* 4.

14 §. 14. Viva autem muliere an usumfructum habeat, disquirere lubet? Non invenio quicquam desuper expresse cautum. De illa gerada, quam uxor aliunde vel ante matrimonium vel eo constante accepit, dici posset, quod nec usum nec usumfructum illius habeat, nisi consentiente uxore; perfecte enim jam illam haec acquisiverat et quamvis contracto matrimonio tacite consequatur maritus moribus Saxon. jus utendi fruendi in bonis uxoris, nisi ante illud contractum aliter fuerit conventum, tamen non credo sub illis bonis contineri geradam, quia haec a paraphernis species distincta est. Et interdum in ejusmodi rebus consistit, quibus nonnisi alienatis, uti frui potest maritus. Quod autem concernit geradam, quam vivo adhuc marito sperat, neque mortuo exposcit, eadem quin uti possit salva rei substantia, non ambigo. Licet enim possideri atque custodiri debeat ab ipsa uxore, Carpzov. *p.* 2. *c.* 14. *d.* 30. *add. c.* 1. §. Res tamen illius geradae reipsa adhuc sunt in bonis mariti, et ex illis mulieri debetur viventi quidem, ita tamen, ut pleni dominii translationem a vivo adhuc marito flagitare nequeat. Inde est, quod uxor geradam sine mariti consensu in tertium transferre nequeat, Carpzov. *d. c.* 14. *d.* 10. Et quamvis idem Carpz. *d. c.* 14. *d.* 8. asserat, quod si mulier geradam tertio donaverit, illam statim etiam tradere teneatur, nisi usumfructum sibi reservaverit. Hoc tamen intelligendum censeo de gerada, quam uxor aliunde acquisivit a matre aliave proxima cognata, et tam tum vivo adhuc marito possidet, vel supponendum de gerada quae consensu uxoris fuerit donata.

§. 15. Multo minus maritus uxore invita geradam 15
vendere atque donare poterit *l.* 11. *ff. de r. i.* Hartm. Pistor. *p. qu.* 31. *n.* 7. Carpz. *p.* 2. *c.* 14. *d.* 62. Imo nequidem oppignorare. Quicquid enim prohibitum est: in termino, prohibitum quoque in via, et regulariter alienatione prohibita, prohibita quoque censetur alienandi licentia. *l. fin. c. de rebus alien. non alien.* Unde collecta facile est, quod marito, qui geradam oppignoraverit, mortuo, eandem non mulier, sed haeres mariti redimere cogatur, utut multum obstare videtur textus juris sax. *art.* 24. *l.* 1. *Land-Recht. ibi wer auch dieses Dinges also verfahren waere, bey des Mannes Leibe, dasselbe der ab dem es zu recht angehoeren soll.* Unde satis patet, quod foemina geradam obligatam redimere teneatur, huic enim eadem debetur. Quae ipsa verba quosdam dd. in hanc seduxere sententiam, ut statuerent, quod mulier geradam redimere debeat, non haeres mariti, ut sunt Coler. *pr. decis.* 191. *num.* 4. Beust. *de matrim. p.* 1. *c. quib. in fin.* sed recesserunt inde Hart. Pistor. *d. qu.* 30. *n.* 23. Carpzov. *d. c.* 14. *def.* 63. ob ante dictas rationes, suamque sententiam praejudiciis simul confirmant. Non obstante textu jam allegato. Statuta enim semper ita sunt interpretanda, ut evitetur absurdum, quod omnino hic emergeret, si diceremus: maritus prohibetur geradam in praejudicium uxoris alienare, et tamen simul statueremus: maritus potest in praejudicium uxoris geradam oppignorare. Est enim vel lippis notum: quicquid non potest alienari, nec potest oppignorari. Cui accedit illud dd. effatum, quod statuta semper ita sunt explicanda, ut quam proxime accedant ad jus civile. Barbos. *lib.* 17. *c.* 49. *ax.* 1. Recte itaque facere arbitror, qui textum adversantem ita explicant, ut supponant, obligationem geradae factam esse vel ab ipsa uxore jam defuncta, vel eadem consentiente, tunc hujus proxima cognata si geradam petierit, pretium restituere tenetur, quoniam mulier alienando et oppignorando hisce praejudicare potest, Holdbeck. *de gerada c.* 7. *n.* 1. Carpz. *d. c.* 14. *d.* 67. Coler. *p.* 1. *dec.* 204. *n.* 4.

§. 16. Quae prohibitio oppignorandi etiam tunc pro- 16
cedit quoad maritum, si hic res quasdam utensiles

uxori emerit, easque tamdiu obligaverit, donec pretium conventum fuerit exsolutum, hoc affectu, ut si paulo post maritus decesserit, non mulier, quae utensilia illa accipit, sed mariti haeredes pretium solvere teneantur. Hartm. Pist. *d. qu.* 31. *n.* 33. Quod satis colligi potest. *l.* 1. §. 4. *ff. de reb. eor. qui sub tut.* ibi. *Si minor viginti quinque annis emit praedia, ut quoad pretium solveret, essent pignori obligata venditori, non puto pignus valere, non ubi dominium quaesitum est minori, coepit non posse obligari.* Quod tamen omnino ita limitandum censui, si scil. maritus emerit exprimendo coram venditore, quod res empta debeat esse res utensilis. Nam si suo nomine vir emerit, et proposito illo, ut esset gerada, in mente retento venditori obligaverit, habet venditor jus hypothecae, arg. *l.* 7. *ff. de condict. ob caus. dator.* Nec ex intervallo, licet breviori, interjecto pignus fuerit constitutum, et antea de pretio fides fuerit habita.

17 §. 17. Multo minus ergo uxor cogi poterit, ut solvat ex gerada aes alienum, licet nomine geradae a marito contractum, Carpz. *d. c.* 14. *d.* 62. *n.* Notissimum enim est, quod obligatio sequatur personam non rem. *l.* 3. *ff. de o. et a. l.* 15. *c. de donation.* Et quamvis dixeris; jura magis favent illi, qui de damno vitando certat, quam qui lucro captando, atqui creditor certat de damno vitando. Respondeo, hoc procedet si nec tota haereditas fuerit solvendo, tunc enim actio creditori ex titulo oneroso permittitur contra donatorem titulo lucrativo possidentem dn. Brunnem. *ad d. l.* 15.

18 §. 18. Illud tamen concedunt jurisperiti, ut emere possit geradam. Andr. Goldb. *de gerada c.* 7. *n.* 61. Quod ex eo fluit: mulier geradam quocumque actu inter vivos alienare potest, tam donare, permutare, quam vendere, Carpzov. *d. c.* 14. *def.* 4. Si hoc, quidni licebit etiam vendere ipsi marito, quia omnis contractus et conventio inter virum et uxorem subsistit, excepta donatione, Hering. *de fidejuss. c* 6. *n.* 103. Lauterbach. *de donat. in vir. et uxor*, §. *rerum.* Carpzov. *p.* 2. *c.* 13. *d.* 22. Salycet. *in l. ult. c. de pact.* Unde porro fluit, si contractus onerosus, ubi mutuae praestationes occurrunt, subsistit inter conjuges; ergo valida etiam erit donatio remuneratoria, et poterit uxor suam geradam donare marito, si vicissim maritus uxori donaverit, Carpzov. *d. c.* 13. *d.* 2. Modo illud quod a marito jure donatum, pretium geradae exaequaverit; Andr. Goldbeck. *d. c.* 7. *m.* 4. *n.* 54. Carpzov. *d. c.* 13. *d.* 8. quam aequalitatem pretii non urgent dd. in venditione geradae. Goldb. *d. c.* 7. *m.* 4. *n.* 79. et Carpzov. *d. c.* 13. *d.* 11. Sed eamdem nihilominus ratam habent, licet sit facta minori pretio. Ratio diversitatis haec esse poterit, quia venditio non aeque inducit praesumptiones donationis, quam ipsa donatio remunerationis, aliud enim est vendere aliud donare, et licet quis ob causam donet, manet tamen ex ipso vocabulo praesumptio donationis, donec probatum fuerit contrarium. Sed ex testamento uxoris geradam maritus capere nequit, quia uxor per ultimam voluntatem transferre eamdem nequit, nequidem in extraneum. vid. *c.* 1. §. 31. De morgengaba quid juris teneat maritus vivente uxore, alio forsan loco explicabitur.

19 §. 19. Liceat nobis hic per compendium adhuc annectere, quidnam maritus post mortem uxoris ex ejus bonis sperare habeat? Jure civili non lucratur maritus dotem, sed tam hanc quam paraphernalia restituere post mortem uxoris tenetur, multoque minus spes est quoad receptitia, quae ne quidem vivente uxore possidet, ergo nulla qualitas bonorum uxoriorum ipso jure spem lucri afferre potest, sed qualitas personae superstitis acquirit interdum lucrum ex bonis sub quacumque veniant, vel potius constante matrimonio venerint, qualitate. Scilicet si uxor mortua fuerit locuples, maritusque superstes sit inops, tunc ex bonis demortuae accipit quartam partem bonorum existentibus tribus vel paucioribus liberis, sive hi ex communi sive priori matrimonio geniti. *nov.* 53. *c.* 6. Dn. Brunnemann. *ad tit. c. und. vir et uxor. n.* 3. Ludwel. *ad i. dissert.* 10. *th.* 3. *lit. b.* Virilem autem portionem accipit, si quatuor aut plures concurrant liberi. Sin vero liberis non existentibus concurrat cum adscendentibus et collateralibus, pariter ad portionem aliquam capiendam admittetur, licet enim in *d. novell.* non fiat horum mentio, attamen facile colligi poterit, quod multo magis Justinianus supersistem conjugem voluerit, tunc admitti, cum non magis debeantur bona adscendentibus et collateralibus, quam descendentibus. Carpzov. *p.* 3. *c.* 20. *d.* 15. Kohl. *de success. conjug. p.* 2. *n.* 65. Rittershus. *ad nov. p.* 7 *c.* 17. *n.* 11. *seqq.*

§. 20. Sunt quidem nonnulli, qui marito hoc jus 20
in bonis uxoris defunctae denegant, ob verba fin: *nov.* 117. *c.* 5. ibi: *virum enim in talibus casibus quartam secundum priorem nostram legem ex substantia mulieris capere modis omnibus prohibemus.* Verum res salva est. Agitur *in d. c.* 15. de duplici quarta, quarum unam lucratur uxor indotata mortuo marito, alteram uxor expulsa a marito; ad hunc non ad priorem casum restringenda sunt verba finalia legis hujus correctoriae, quae semper strictae solet esse interpretationis, perque eam lex praecedens, scilicet *nov.* 53. *c.* 5. non censetur mutata esse, nisi in specie expressum. Praesertim cum in dubio conjugum jura soleant esse aequalia quoad successionem, add. Hillig. *in Donell. lib.* 9. *c.* 1. *lit. n.* Kohl. *de success. conjug. n.* 70. Et maritum quoque ad successionem in bonis uxoris admitti statuunt, eamque opinionem communem dicunt Bachov. *ad tr. v.* 2. *disput.* 16. *th.* 6. *lit. d.* Gail. *lib.* 2. *obs.* 89. *n.* 5. Carpzov. *p.* 3. *c.* 7. *d.* 4. *et* 8. Berlich. *p.* 3. *c.* 9. *n.* 45. Richter. *ad auth. praeterea c. und vir et ux. n.* 5. c. 48. Brunnemann. *ad eamdem n.* 13. *seq. et ad i. exercit.* 16. *tit.* 10. *n.* 3. Neque huic juri ad petendam portionem renunciasse censetur, si ad secunda vota convolaverit, ibique amplissimam dotem fuerit consecutus, aut aliunde ipsi divitiae affluxerint, paupertas enim illa spectatur mortua uxore. Dn. Brunnemann. *ad d. auth. praeterea n.* 9. Imo si et secunda uxore mortua eadem adhuc paupertatis onera sentiat, tamen ab haeredibus prioris matrimonii portionem suam petere valet. Barry *de success. lib.* 18. *tit.* 4. *n.* 12. ita tamen, ut non sit in ipsius arbitrio, an malit petere ab haeredibus matrimonii posterioris, uti quidem putat Bachov. *d. l.* Nam per primam exactionem potest facere, ut non amplius sit pauper. Dn. Brunnem. *ad d. auth. n.* 23.

§. 21. Hoc tantum quaestionis est, an in concursu 21
adscendentium et collateralium aequo sit attendendus numerus illorum, atque in liberis concurrentibus. Et quamvis in *d. nov.* non fiat mentio collateralium atque adscendentium, quomodo cum his succedendum, unde

matr. B. dn. Brunn. *ad l.* 2. *ff. de pact. dotal. n.* 1. vel alias conditionem dotis reddant deteriorem. *l.* 6. 4 *et* 14. *ff. d. t.* ne sexus mulieris fragilitas in perniciem substantiae earum convertatur, *pr. instit. quibus alien. lic. vel non.* omnino dicendum videtur, quod vix 5 doti renunciare ei permissum sit: etiam de jure novissimo ubi nec distractio rerum dotalium consentiente 6 uxore subsistit. *l. un.* §. 15. *c. de r. u. a.* Neque putamus hic obstare *novell.* 61. quippe quae proprie tantum loquitur de alienatione fundi obligati loco donationis propter nuptias, (de qua mox dicendum) ut sic in fundo dotali adhuc utique obtineat dispositio dicti textus *pr. inst. quib. alien. etc.* Add. *l. un.* §. *c. de* 7 *r. u. a.* Ex quo est, quod ne quidem consentiente uxore et juri suo renunciante maritus hypothecae causa uxoris praedium obligare valeat, quia illud, quod prohibitum est in termino, quoque prohibitum censetur in via. arg. *l. fin. c. de reb. alien. non alien.* Augustin. 8 Barbosa *thesaur. loc. commun. cap.* 93. *axiom.* 16. et sic quaevis diminutio juris uxorii recte prohibita intelligitur.

9 Imo de jure communi non subsistit renunciatio uxoris utut juraverit, ratam se alienationem vel oppignorationem istam habituram esse, cum adhuc talem renunciationem vanam atque nullius momenti esse, jure 10 civili indubitatum sit; partim, quia actus contra legem jurejurando non firmatur. *l. non dubium.* 5. *c. de legib. cap. non est obligatorium.* 58. *de reg. jur. in* 11 6*to.* partim, quia per hoc juramentum uxores privantur dotibus suis; quod itaque tamquam utilitati publicae adversum, (cujus interest dotes salvas et integras conservari. *l.* 1. *ff. sol. matr. l.* 2. *ff. de jure dot.*) merito improbatur.

12 Jure canonum et hodierno tamen volunt dd. hanc renunciationem subsistere, si eam religione jurisjurandi firmet uxor. *per capit. cum contingat.* 28. *X. de jurej. et c.* 2. *eod. in* 6*to.* Schneidew. *ad pr. instit. quib. alien. licet vel non* Brunn. *exercit.* 9. *tit.* 8. *n.* 14.

13 Non enim videtur quis temere ad juramentum venire,

14 re non exacte considerata. Confer. Cravett. *cons.* 192. *n.* 9. vel si uxor consensum suum et voluntatem post biennium repetierit, cum interea temporis suis deliberasse videatur; et insuper geminatio actum non raro aequiparetur juramento. Kirchovius. *tom.* 3. *consil.* 19.

15 *n.* 63. *add. n.* 65. Modo tamen, quod probe attendendum, de dote uxori ex aliis mariti bonis satisfieri possit. *nov.* 61. cap. 1. §. *in fin.* Rittershus. *in nov. p.* 3. *cap.* 9. *n.* 10. Matth. Stephan. *commen. ad d. nov.* 61. *n.* 20. *et seqq.*

16 Ast, longe aliter se res habet, si dos consistat in rebus mobilibus, quarum dominium perfecte transit in maritum, quia rerum mobilium nulla utilitas sine ven-

17 ditione; vel si res dotales immobiles aestimato in dotem traditae: aestimatio enim facit venditionem. *l.* 10.

18 §. 4. *ff. de jure dot. l. un.* §. 15. *c. de r. u. a.* Nisi forsitan mulier sibi servaverit electionem, an velit rem an pretium repetere, conf. dn. Praes. *tr. de caut. contr. sect.* 3. *cap.* 8. §. 10. *et* 11.

19 Jam de donatione propter nuptias dispiciendum, an et illi licite renunciare possit? Et videtur quod

20 sic, propter *l.* 11. *et* 21. *cod. ad sct. vellej.* Sed verior videtur sententia negativa. Cum nec hic maritus consentiente uxore res immobiles alienare seu oppignorare possit. *Nov.* 61. *cap.* 1. §. 1. *Auth. sive a me c. ad sctum. vellej.* Quae auth. utique intelligenda tam 21 de donatione propter nuptias, quam de ipsis bonis dotalibus b. dn. Brunnemann. *in comment. c. ad hanc. auth.* Hinc recte doctores colligunt, sive solemnitate 22 hujus auth. donationi propter nuptias uxorem non posse renunciare, scil. nisi post biennium consensum suum denuo repetierit ac juri suo renunciaverit, maritusque alia sufficientia bona habeat, ex quibus uxori succurri possit. Brunn. *d. loco.*

Restat ut dicamus de hypotheca, an et ei, seu juri 23 hypothecae, quod habet in omnia bona mariti, licite renunciet? Et affirmativam sententiam veram esse aestimo, quando maritus alia bona habet, ita ut in effectu debitum uxor non remittat. Quam sententiam communem dicit b. dn. Brunn. *ad l.* 11. *c. ad sctum vellej.*

Non enim hic est donatio, quia de caeteris mariti 24 bonis uxori aliunde satisfieri potest. Nec regulariter remissio pignoris donatio est *l. et si pignus* 18. *ff. quae in fraud. credit.* Neque incidit in sctum, quia 25 remissio pignoris intercessio non est. *l.* 8. *pr. ff. ad sctum vellej.* hinc nec renunciatio hypothecae est intercessio *arg. l.* 11. *et* 21. *c. d. t. add.* Brunn. *comment. cod. ad hos textus.* Quod si vero maritus non sit sol- 26 vendo et adeo inops, ut tot bona non habeat, quot sufficiunt ad restitutionem dotis, remissio hypothecae de jure communi uxori nihil nocebit. *Arg. auth. sive a me et l.* 21. *c. ad sctum vellej.* Dn. Muller. *lib.* 1. *semestr.* 43. *n.* 2. Cum marito nihil in bonis habente 27 remissio hypothecae in effectu facta sit donatio, et uxor inanem actionem habeat propter inopiam adversarii *l nam is nullam* 6. *ff. de dol. mal.* Carpzov. *jurisprudent. forens. p.* 2. *const.* 16. *def.* 14.

Caeterum quae hucusque dicta, quod uxoris renun- 28 ciatio non aliter noceat, quam si ex aliis bonis mariti ipsi satisfieri possit, hoc procedit; nisi insuper pro ipso marito intercesserit vel ejus debitum in se receperit, accedente solemni renunciatione *scti vellej. et auth. si qua mulier.* Hoc casu enim ipsa uxor ex in- 29 tercessione valide obligatur et hinc non tantum jure saxon. uti vult Carpzov. *p.* 2. *const.* 16. *def.* 12. *n.* 6. Sed et jure civili in solidum obligatur, etiamsi regressum contra maritum habere non possit. Dissentire 30 quidem videtur Zangerus *de except. p.* 3. *cap.* 11. *n.* 177. Sed rationem juris civilis nullam subjungit; quare dicendum: renunciationi junctam intercessionem 31 vel plane otiosam esse, quippe cum sola renunciatio jam tum eatenus praejudicet uxori quatenus maritus solvendo est; vel eidem effectus legitimus tribuendus, 32 quod scilicet uxorem jurato fidejubentem simpliciter obliget.

Illud praeterea notandum, quod per hanc renun- 33 ciationem juris hypothecae et praelationis *des Vorder-Rechts*, in gratiam cujusdam creditoris a muliere factam, non penitus hoc jus amittat, sed duntaxat ratione istius creditoris, in cujus favorem renunciatum: hic enim creditor tantum in locum uxoris pro hac 34 quantitate transit, in reliquis vero, sive ratione illorum, qui ab uxore causam non habent, nihilominus uxor locum suum retinet. *l.* 11. *et* 21. *c. ad sctum vellej.* Sic ergo unice non poterit uxor uti jure prae- 35 lationis et hypothecae, adversus illum creditorem in cujus gratiam renunciatio facta. Conf. Brunnemann. *ad cit. leg.* 21. *n.* 5. Quae renunciatio omnino subsi- 36

stit absque juramento; sed utut forsitan jurato renunciet uxor, non tamen videtur in gratiam omnium creditorum renunciasse. Regulatur enim juramentum secundum naturam actus. *l. ult. c. de non num. pec.* Cardin. Tusch. *concl. pract. tom. 4. lit. i. concl.* 506. *per totam.* et renunciationes sunt stricti juris. *l. si unus* 27. §. 4. *vers. ante omnia l. emptor.* 47. §. *Lucius* 1. *ff. de pact.* Riminald. *jun. consil.* 484. *n.* 32. *vol.* 5 et odiosae. Georg. Mundius a Rodach. *cons.* 28. *n.* 104. *vol.* 2. Cravetta. *cons.* 42. *n.* 2. *tom.* 1. neque ad ignota et incogitata extendendae. *l. legitimam* 8. *ff. de petit. haered.* Gail. 2. *obs.* 98. *n.* 14. *l. si mater.* 19. *ff. de inoff. testam.* Cephal. *consil.* 3. *n.* 100. *lib.* 1. Sed si uxor dolo et fraude ad renunciandum inducta, per actionem in factum, quae doti subsidiaria, restituitur hypothecae, et dabitur utilis hypothecaria contra eos in quos res alienatae. Cujac. *cons.* 18.

Vel *tacite* renunciat uxor juribus et privilegiis pro se introductis, quod ex certis signis et conjecturis colligitur, tabulas forte venditionis subscribendo. *l.* 8. §. 13. *ff. quib. mod. pign. solv.* sola autem scientia nihil praejudicat. *d. l. juncta l.* 25. *ff. de probat.* nec nuda verba urbanitatis renunciationem inducunt. Guglielm. Dunozetus. *decis. rotae rom.* 53. *n.* 14. Sic videtur uxor sibi praejudicasse, administrans bona mariti obaerati, ac fructus et mobilia retinens; quia praesumitur ei satisfactum de dote illata, donec rationem reddiderit, Angel. Celsus *decis.* 227. *n.* 8.

Solet et in controversiam venire quaestio haec subbathina: (uti tales quaestiones, quae in utramque partem fere tradi possunt, et propterea caute et diligenter tractandae, vocat Georg. Mund. a Rodach. *consil.* 27. *n.* 4. *vol.* 1.). An si mulier ab initio contraxerit matrimonium scienter cum marito obaerato, et ita scienter ac volens acceperit virum obaeratum, qui non erat solvendo, eidemque consulto dederit dotem, annon expropter privilegia sua amittat, ob tacitam renunciationem quae subesse videtur? Distinguunt hic inter casum inopinatum supervenientem inopiae, quod tunc non amittat; secus si casus praevisus et cognitus. *l. si is a quo.* §. *fin. ff. ut in possess. legat. vel fideicomm. l. fin.* §. *is hoc quoque c. de sponsal.* Quia quae scienter contrahit cum obaerato et inope, non potest eum habere aut arguere suspectum. *l. si creditores ff. de privil. cred.* Vid. Specul. *de donat. int. vir. et ux.* §. *fin. in vers. quid si mulier.* At vero nulla est ratio, quare uxor suo privilegio renunciasse videatur, cum renunciatio utique non fingenda: potius praesumitur foemina hoc fine obaerato nupsisse, quo ille ex dote res suas conclamatas et perditas, meliores reddere atque denuo patrimonium sibi acquirere possit. Conf. Barbos. *ad l. si constante n.* 24. *vers. obstat etiam ff. sol. matr.* Utut in foro saxonico contrarium statuerit Carpz. *const.* 28. *def.* 48. *et lib.* 4. *resp.* 25. Berlich. *p.* 1. *concl.* 65. *n.* 81. Sententia tamen illa ab electore Saxoniae serenissimo rejecta. *decis. elect.* 6.

Merito autem illa dotis repetitio privilegiata patitur limitationem; nisi dolo vel culpa uxoris ad inopiam pervenerit maritus, v. g. si haec prodige et luxuriose vixerit, ac bona per malam administrationem dissipaverit. Philipp. *ad decis. elect.* 6. *obs.* 4. *n.* 7. Cum stultitiae et levitati ejus damnum acceptum feratur. Georg. Mund. a Rodach. *cons.* 11. *n.* 46. *vol.* 1.

Porro tacite renunciasse videtur juri suo uxor, si jam divortium partiale impetraverit, et judicio quoque de dote constituto, ipsa volens in matrimonium et thorum conjugalem reversa fuerit. *l.* 19. *c. sol. matrim.* aut si maritus uxorem multis blandimentis et persuasionibus induxerit, ut ipsum denuo in lectum recipiat.

Donis nuptialibus quoque pari ratione renunciasse praesumitur, si certam in pactis dotalibus sibi assignatam partem ex bonis mariti accipiat. Tunc nihil amplius petere potest. Ratio est in proclivi; quia scil. pacta stricte intelligenda. Hoc modo uxor nobilis petens dotalitium, morgengabam et cibaria domestica amittit: sicuti enim vidua nobilis si petit dotem illatam, simul geradam, morgengabam et comestibilia petere nequit. Gloss. *artic* 31. *in verb. Stirbt das Weib.* ita quoque si petat dotalitium, dotem et nuptialia dona petere nequit. *constit. elect. sax.* 42. *p.* 2. *ibique* Moller. *n.* 1. nisi aliud pactum conventum.

Praescriptione uxor privilegia amittit; quae ab eo tempore currere incipit, quo mulier hanc actionem potuit instituere. *l.* 30. *vers. omnis autem. c. de jure dot. l.* 7. §. 5. *in fin. c. de praescript.* 30. *vel* 40. *annor.* (Cum non valenti agere, non currat praescriptio. *l.* 1. §. 2. *c. de annal. except.* Pacian. 1. *consil.* 148. *n.* 5. Colleg. Argent. *de usucap. th. ult.*) quadragenaria scil. contra maritum, licet iste casus vix dabilis. Contra tertium possessorem 10. vel 20. anni sufficiunt, nisi in mala fide sit constitutus; quo casu 30. anni requiruntur. *l.* 1. *et* 2. *c. si advers. cred. l.* 7. *c. de annal. exc.* Sarmient. *l.* 2. *select. interpr. c.* 9. Negusant. *membr.* 2. *de pign. p.* 6. *pr. n.* 1. Mev. *p.* 4. *decis.* 283. Dn. Brun. *ad l.* 7. *c. de praescr.* 30. *annor.*

Porro amittit uxor privilegia, *interitu omnium bonorum mariti*; *l.* 8. *pr. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* Etenim hoc casu maritus existit non solvendo, nec tenetur ipse amplius, quam facere potest, ne egeat. *l. un.* §. *cum autem c. de r. u. a.* Dn. Assessor Coch. *pr. for. germ. p.* 3. *tit. competentia pag.* 298. *seq.* Ratio consistit in reverentia conjugali, Wolffg. ad. Lauterbach. *disp. de benef. competent. th.* 19. *pag.* 23. *quae extat. in vol.* 3. contra quam foret, a muliere virum arctari, ut ne quidem salva retineat alimenta: tantum ergo marito relinquendum, quo se honeste exhibere atque egestatem declinare possit. Ex quo fluit, quod hic pactum in contrarium aut renunciatio inefficax habeatur. Mev. *in discuss. levam. inop. deb. cap.* 9. *n.* 45. *seqq.* Cessat autem hoc beneficium competentiae si ipsa uxor aeque inops sit atque egena, dotem repetens. vid. Zoes. *tit. ff. sol. matr. n.* 29. *seqq.* Parte vero bonorum tantum perempta, durat pignus in reliquo, cum causam individuam habeat. *l.* 65. *ff. de evict.* h. e. totum pro toto debito, totum pro qualibet debiti parte, et rursus quaelibet ejus pars pro toto debito tenetur; neque ostendi potest, quaenam pars pro hac debiti parte, quae vero pro alia, magis sit obligata. arg. *l.* 3. §. *fin. ff. qui pot. in pign.* Sed et necesse, ut ipsa rei substantia seu corpus pereat. *d. l.* 8. nam quae circa superficiem contingit mutatio, nullam pignoris vel hypothecae destructionem operatur *l.* 16. §. 1. *l.* 29. §. *pen. ff. de pignor. act.* Franzkius *ad tit. ff. quib. mod. pignor. solv. n.* 142. Carpz. *decis.* 12. Atque haec omnia non aliter accipimus, quam ut salva maneat ubique actio personalis. *l.* 9. §. *fin. ff. de p. obl.* vid. Hortens. *ad l.* 27. *ff. de pign.*

Delicto et culpa denique amittit privilegia uxor:

quae, si pudore suo postposito, thori genialis foedus violaverit atque adulterium commiserit, dotem, dotalitium et donationem propter nuptias, etc. amittit. *l.* 8. §. 3. *et* 6. *l.* 11. §. 1. *c. de repud. nov.* 117. *c.* 8. *auth. sed novo jure. c. eod.* Meyer. *in colleg. arg. l. ff.* 25. *tit.* 2. *th.* 16. Boeer. *de adulter. c.* 4. *n.* 30. Struv. *de fend. c.* 14. §. 13. Tiraquell *de leg. connub. l.* 1. *n.* 45. *ad fin. et gl.* 8. *n.* 238. Oldendorp. *ol. act.* 4. *act.* 26. *ad fin. remed.* 6. b. da. Brunnem. *in jur. eccles. l.* 2. *cap.* 17. §. 35. sive civiliter, Koppen *in us. pr. l.* 1. *obs.* 43. *n.* 23. sive criminaliter agatur. Boeer. *d. tr. de adulter. c.* 5. *n.* 33. Berlich. *p.* 3. *concl.* 29. Koppen. *d. l. n.* 8. Petr. Gregor. 36. *syntagm.* 6. *n.* 14. Bertaz. *cons. crim.* 20. *n.* 25. Tam jure civili, quam saxonico, Rauchb. *p.* 1. *qu.* 47. *n.* 9. Gloss. 1. *Landr. art.* 21. *et gl. penult. in Weichbild. art.* 22. Pistor. *vol.* 1. *cons.* 8. juxta quod et perdit omne lucrum omniaque jura doti adhaerentia: nam cum principalis causa non consistat, nec ea quidem quae sequuntur, locum habent. *l.* 129. §. 1. *l.* 178. *ff. de reg. jur. in 6to. cap. si diligenti.* 11. *X. de foro compet.* Matth. de Afflict. *in c. un. n.* 11. *de vaco. fratr.*

Idem in sponsalitia largitate et morgengabe *oder Musstheil. p.* 3. *constit. elect. saxon.* 26. *et p.* 2. *constit.* 21. *per. rubr.* Modest. Pistor. *d. cons.* 3. Thomasius. *decis.* 26. Add. Koppen. *in us. pr. l.* 1. *obs.* 43. *n.* 10. In paraphernalibus autem haec non procedunt, Wesenb. *h. t. ff. n.* 19. *in fin.* Boer. *decis.* 338. Zoes. *in comment. ff. ad leg. jul. de adult. coerc. n.* 30. *et* 31. Carpz. *qu.* 64. *n.* 8. Cujus sententiae asseclae longo ordine recensentur a Rauchb. *p.* 1. *qu.* 47. *n.* 11. etiamsi mulier ea submiserit administrationi mariti. *n.* 32. *d. l.* Quamvis contrarium in foro saxonico receptum esse testentur Rauchb. *d. l. n.* 11. Berlich. *p.* 4. *concl.* 29. *n.* 19. Petrus Theodericus *in colleg. crimin. disp.* 9. *th.* 3. Carpzov. *pr. crimin. p.* 2. *qu.* 64. *n.* 38. Sicut et de jure communi tantum partem ex paraphernis amittit, quanta est tertia pars dotis. *nov.* 117. *c.* 8.

Idem ventiendum videtur de donis nuptialibus, quod scil. ea amittat, si maritus tantum civiliter eam de sceleve adulterii admisso accuset, secundum opinionem communem Mynsing. *cons.* 1. *et* 43. Moller. *ad constit.* 21. *p.* 4. *n. c.* Rectius autem hoc negat Carpzov. *pr. crim. p.* 2. *qu.* 64. *n.* 19. *seqq.* Ratio; quia dona nuptialia bonis paraphernalibus annumerantur, hinc merito de iis statuendum, quod de paraphernalibus: quippe quae de jure civili propter adulterium admissum non admittuntur. Carpzov. *loc. cit.* Textus enim nullibi eorum amissionis mentionem faciunt. Boeer. *de adult. c.* 5. *n.* 35. Berlich. *p.* 4. *concl.* 29. *n.* 12. Barbosa *ad l.* 2. *in pr. ff. vol. matr. n.* 54. Idem jure canonico. Boeer. *d. l. n.* 15. Aliud de jure saxonico juxta quod maritus ob adulterium uxoris paraphernalia, et per consequens dona nuptialia lucratur, utpote quae in hoc foro dotalibus quodammodo annumerantur. Carpz. *pr. cr. qu.* 64 *n.* 28. *et seqq.*

Aliud dicendum, si non ob adulterium, sed propter stuprum dum sponsa fuit, divortium factum: nimirum, si puella se callide fingat virginem, quae tamen jam tum ab alio defloruta et vitiata, fraude vero hac detecta novus maritus impetrat divortium. Hoc enim casu maritus ex uxoris bonis nihil retinet, sed medietas seu dimidia horum donorum sponsae restituenda. Procti quoque in supr. elect. saxon. consistorio et a sabinis lipsiens. judicatum esse refert Carpz. *lib.* 2. *jurisp. consist. tit.* 11. *def.* 199. *hisce formalibus*: *So wird Er der Ehelieben hiermit von ihr losgesehlet, Er ist aber gleichwohl Beklagten ihr Einbringen, zusamt den halben Hochzeit Geschenck auf vorhergehende liquidation zu erstatten und folgen zu lassen schuldig, v. r. w.* Ratio hujus est, quia non propter adulterium, sed propter calliditatem, astutiam ac infidelitatem divortium factum. Carpzov. *pr. crim. p.* 2. *qu.* 63. *n.* 63. ubi et aliud praejudicatum habet.

Atque haec omnia lucratur maritus, utut in sententia nulla injecta mentio, quod ad maritum pertinere debeant, sufficit, quod matrimonium per adulterium dissolutum sit. *cap. plerumque. X. de donat. int. vir. et ux. gl. fin. in auth sed hodie et gl. in l. consensu. vers. si habere in* 3. *solutio. c. de repud.* Nisi mulier viri lenocinio adulterata fuerit, quia tunc frustra improbat maritus illos mores, quos ipse corrupit aut approbavit. *l. cum mulier.* 41. *ff. sol. matr.* Existimo tamen hoc casu posse magistratum in poenam admissi facinoris utrique haec bona auferre. Aut nisi quinquennium praeterlapsum, cum eo tempore marito praescripta actio. Georg. Mundius a Rodach. *cons.* 14. *n.* 21. 79. *vol.* 2.

Eundem effectum non tantum ob ipsum adulterium sequi, sed et idem fieri existimant dd. si modo uxor admittat oscula impudica, circumplicationes, tactus libidinosos, aliosque remotiores actus, *nov.* 117. *cap.* 8. Cum ex hisce indiciis suspicio adulterii admissi facile oriri, Carpzov. *pr. crim. p.* 2. *quaest.* 60. *n.* 27. *et p.* 3. *qu.* 122. *n.* 72. Mascard. *de probat. concl.* 453. *n.* 15. *seqq.* Giesebertus Deuter. *Harm. cap.* 5. *vers.* 18. *n.* 449. da. Praes. *in tr. de jure sensuum. disp.* 7. *cap.* 5. atque maritus divortium petere, seu ad interesse civile agere possit. Imo ob indicia proxima divortium locum habere posse constat ex *cap.* 12. *X. de praesumpt.* Hinc, si uxor juveni cuidam munera, vel cervicalia, strophiola et id genus alia mittat, aut unum ex ministris domini delicatius quam alios ministros tractaverit, nec praevia mariti adhortatione desistat, ex pari ratione illam jure amittere puto; quia talia inter indicia adulterii ponuntur adoctoribus. Farinac. *quaest.* 136. *n.* 125. Boeer. *de adult. cap.* 4 *n.* 61. Cothmann. *resp.* 16. *n.* 88. *et seq. vol.* 3. Boeer. *d. l. c.* 4. *n.* 74. Casus vero, in quibus uxor adultera neque civiliter neque criminaliter a marito accusari poterit, notat Kling. *in tit. inst. de nupt. c. de divort. n.* 3. *et* 4.

An divortio facto maritus adulteram adire teneatur. Vid Petr. Theodericus *de delict. disp.* 6. *th.* 3. Eam alimenta amittere testatur da. Assessor Coch. *pr for. germ. p.* 2. *in act. ver. am. pap.* 149. si quidquam marito subtrahat, ab eo convenitur actione rer. amot. vel rei vindicatione; ita ut nec beneficium competentiae uxor urgere possit, quia hoc delinquendo amittitur. *cit. loc.* Licet aliquando et hoc gravius puniri possit, si cum adulterio minarum hoc delictum concurrat, v. g. quando uxor marito res pretiosas aufert, illasque tradit moechо, post haec una cum illo se in fugam conjicit. Quo casu et moechus uti adulter nefarius, propter duplex factum capitaliter, ipsaque uxor adultera pari poena propter scelus admissum puniri possunt. Jod. Damhouder. *prax. crim. tit. de furto. cap.* 110. *n.* 44. *et seqq.*

Verumenimvero jam in portu navigamus, anchoram ergo figamus; haec de materia hac pro temporis penuria ingeniique tenuitate, levi adumbrasse penicillo, sufficiant. Si quaedam exciderint non penitius excogitata, et multis argumentis fulcita, cum haec nonnisi festinate et interrupte opera congesserimus, expectamus et expetimus aequos ac pios judices. Deo autem optimo maximo, pro clementissima studiorum directione, gratias ago immortales; ejusdem tutelae quicquid vitae, restat, submisse commendans.

SOLI DEO GLORIA.

DISPUTATIO DECIMA NONA

DE AMISSIS INSTRUMENTIS.

DIE FEBR. ANNO MDCLXXXVI.

RESPONDENTE

LUDOLPHO GEORGIO HAHN, HILDESHEIM.

QUOD FELIX FAUSTUMQUE JUBEAT JEHOVA!

CAPUT. I.

De amissis instrumentis in genere.

SUMMARIA

Ὀνοματολογία praemitti plerumque solet. n. 1.
Significationes vocum remissive. n. 2.
Quid voce instrumentorum nobis denotetur? n. 3.
Recensentur aliquot species instrumentorum. n. 4.
Quodnam dicatur publicum? n. 5.
Hoc varie iterum subdividitur. n. 6.
Ad publica referuntur calendaria ecclesiastica die Taufbücher. n. 7.
Ad haec porro referuntur articuli opificum Zunftbücher. n. 8.
Quaenam dicantur extrajudicialia? n. 9.
Ad instrumenta publica extrajud. referuntur testimonia natalitia die Geburtsbriefe. n. 10.
Eorum usus frequens. n. 11.
Haec plenam merentur fidem. n. 12.
His affinia quodammodo testimonia de benedictione sacerdotali exhibita. n. 13.
Ad haec porro referuntur literae de tyrocinio exacto, die Lehrbriefe. n. 14.
Tandem ad extrajud. referuntur quoque literae investiturae, die Lehnbriefe. n. 15.
In dubio res potius allodialis quam feudalis praesumitur. n. 16.
Serenissimi elect. Brand. edict. de an. 1683. *de tit. docendo. n.* 17.
Literae investiturae non probant, nisi a duobus paribus curiae fuerint subscriptae n. 18.
Quid moribus obtineat? n. 19.
Ratio cur parium praesentia fuerit de substantia illius actus. n. 20.
Quid si instrumentum privatum? n. 21.
Ad hanc speciem refertur chirographum. n. 22.
Huc porro refertur apocha, eine Quittung. n. 23.
Ut et varii generis literae, inter quas amatoriae, die Liebesbriefe. n. 24.
Libri mercatorum. n. 25.
Rationes a quolibet administratore reddendae. n. 26.
Contractus reg. consensu solo perficitur, nec indiget scriptura ad sui substantiam. n. 27.
Quid moribus receptum? n. 28.
Quid primo in negotiis et contractibus attendendum? n. 29.
Differunt inscriptis negotium gerere, et in scripturam redigere. n. 30.
Quando negotium in scriptis gestum dicatur? n. 31.
Quid in dubio actum censeatur? n. 32.
Amissis licet instrumentis, non tamen tollitur negotii gesti substantia. n. 33.
Rationes. n. 34.
Ne quidem ubi scriptura fuit de substantia negotii. n. 35.
Rationes. n. 36.
Respondetur ad legem obstantem. n. 37.
Creditori amissis instrumentis salvum manet debitum. n. 38.
Nec quietantia amissa obest debitori. n. 39.
Amissis pactis dotalibus die ehestifftung successio tamen inde peti poterit. n. 40.
Nec militi, ob amissum instrumentum dimissionis den Abschied, jus veteranorum adimitur. n. 41.
Amissis quoque natalibus, ingenuitas non amittitur. n. 42.
Nec actis judicialibus amissis, res gesta in dubium vocari poterit. n. 43.
Contractus pariter omnes, amissis licet instrumentis sustinentur. n. 44.
Ut et possessio. n. 45.
Hae species recensitae constituunt objectum nostri thematis. n. 46.
Subjunguntur modi amittendi instrumenta. n. 47.

cod. tit. de test. n. 12. Do Brunnemann. *ad ff. ad l.* 3. *de test.* Fiukelth. *obs.* 15. cum hoc tendat ad promovendum interesse publ. ne veritas in praejudicium alterius occultetur. Imo succurrendum illi, qui infortunio quodam viam probandi per instrumenta amisit, nè penitus jure suo excidat.

§. 4. Uti vero in omnibus negotiis testes non nisi rite examinati probant, ita et hi testes pariter sunt examinandi, a judice competente regulariter ipso.
7 *nov.* 60. *cap.* 2. Gail. 1. *obs.* 96. Carpzov. *p.* 3. *respond.* 87. *n.* 6. Hodie tamen et per delegatum seu commissarium examen institui poterit, Gail. *lib.* 1. *obs.* 96. *n.* 1. Carpzov. 3. *respond.* 87. *n.* 6. Alius vero jurisdictioni subjectus implorato judicis officio, per literas mutui compassus, in foro domicilii examinandus, et hinc inde articuli transmitti poterunt. Du. Lauterbach. *tit. de test. n.* 2. Conf. Besold. voce *Compas Briefe.* Et quidem examinandi in persona regulariter
8 Rutger. Ruland. *tr. de fideic. p.* 2. *lib.* 2. *cap.* 15. *n.* 3. cum maxime intersit, testem coram, viva voce, deponere, quo judex ex vultu, voce, trepidatione, et modo loquendi ac deponendi colligat, quantum fidei ei tribuendum Covarr. *l.* 2. *var. resol. cap.* 13. *n.* 6. Conf. Nellus *tr. de test. n.* 90. Joach. a Beust. *in rubr. ad* 31. *ff. admon. n.* 212. animi enim index est vultus. Valent. Voltz. *ad ff. ad legem cornel. de sicar. cap.* 4. *n.* 2. Confer. *disp. inaug. de physiognomia habita sub*
9 Praesid. magnif. du. praesidis *cap.* 1. §. 5. Et quidem regulariter in loco judicii *l.* 3. §. 3. *ff. de test.* Nisi testes in dignitate vel officio publico sint constituti, quo casu provocare poterunt ad beneficium egregiarum personarum, ut domi examinentur. *l.* 15. *ff. de jurejur. cap.* 8. *X. h. t.* Zoes. *h. t. n.* 12. Gail. *l.* 1. *obs.* 96. *n.* 1. Carpzov. 3. *resp.* 87. *n.* 6.

10 §. 5. Antequam vero examen ipsum instituatur, praecedere solet juramentum, quo de veritate dicenda testes constringuntur *l.* 3. *l.* 18. *c. h. t. cap.* 5. *X. eod.* cum omnis demum vis et efficacia testimonii ex juramento dependeat, *cap.* 39. *X. h. t.* Carpzov. *l.* 3. *resp.* 93. *n.* 5. Et testi demum ex quo juravit, creditur *l.* 9. *c. h. t. cap.* 5. *X. de testib.* Mynsing. *cent.* 2. *obs.* 13. Conf. du. Eichel *in disput. de jurament. tam in gen. quam in spec. th.* 24. a quo nec clerici eximi poterunt, cum et hi affectibus, saepe nonnunquam indulgeant genio. Coler. *p.* 1. *decis.* 24. *n.* 7. Joh. de Lugo *disp.* 37. *sect.* 14. *n.* 166. nec quicquam iis praesidii erit in *auth. sed judex c. de episc. et cler. ad quam resp.* B. du. Hahn. *in obser. ad Wesenb. tit. de test. n.* 5. ubi ita et in facultate juridica anno 1647. responsum asserit.

11 §. 6. Examinandi vero sunt testes super articulis ipsius negotii controversi, ab actore vel reo productis, casu super notitia instrumentorum amissorum, et super casu fatali, vid. Rittersh. *part.* 9. *c.* 22. *n.* 38. Examinantur autem clam, seorsim, vid. Rittershus. *in jure justin. p.* 9. *cap.* 22. *n.* 37. ubi simul judex omnium circumstantiarum, loci, ac temporis habebit rationem: Gail. *lib.* 1. *obs.* 95. *n.* 8. Rittershus. *cit. loc. n.* 38. Extra hos vero articulos testis non meretur fidem. Wehm. *h. t. n.* 4. *cap.* 29. *X. h.*

12 §. 7. Probabunt vero testes instrumenta casu sorte fortuna amissa. v. g. depopulatione, militum impetu, incendio, ruina, naufragio, Joseph. Mascard. *concl.* 87. §. 13. Matthias de Afflict. *decis. neapol.* 13. *n.* 10. Seraphin. de Seraphin. *tr. de privil. jurám. pr.* 37 *n.* 7. Prosp. Farinac. *fragm. crim. voce amissio n.* 21. Vincent. Honded. *vol.* 1. *consil.* 19. *n.* 19. Nec tantum casum amissionis probabunt, sed et hanc absque culpa amittentis contigisse, quod nisi probetur, culpam praecessisse amissionem praesumitur, et hoc casu, qui culpae reus est, ad damnum resarciendum tenebitur. *l. si creditor* 8. *l. si nulla* 8. *c. de pignorat. act.* Probandum pariter per hos testes instrumentum, de quo modo lis mota, eo tempore fuisse in loco tali, ubi iste casus contigerit, Seraphin de Seraphin. *tr. cit. pr.* 37. *n.* 9. Joseph. Mascard. *concl.* 87. *n.* 9. *et* 824. *n.* 1.

§. 8. Uti vero in omni testium examine eo inprimis judici allaborandum, ut testes scientiae, assertique sui causam ac rationem reddant, Rittershus. *in jure just. p.* 9. *cap.* 22. idem et hic probe attendendum. Testis enim scientiae suae causam non reddens nil probat, Ludwel. Gilhauf. *in arb. jud. cap. de test. n.* 124. cum dictum testis a ratione dependeat. Mascard. *de probat. concl* 1376. *n.* 58. Farinac. *quaest.* 70. *n.* 8. Caspar Klock. *consil.* 39. *vol.* 1. *n.* 314. Imo testis, qui scientiae rationem non reddit, non ut homo, sed ut pecus deponere dicitur, Seraphin de Seraphin. *cit. tr. pr.* 33. *n.* 20. nam ex ratione demum testium certitudo dijudicanda. Certi vero quic- 13
quam testis nihil asserere potest, nisi quod sensibus demum percepit, imo illud tandem testis scire dicitur, quod scit per sensum corporis. Barth. *ad l.* 1. *n.* 7. *ff. de interrogat. act.* Philipp. Decius *p.* 1. *consil.* 189. *n.* 6. Leonhard. Lessius *de just. et jur. lib.* 2. *cap.* 30. *dub.* 4. *n.* 34. Unde et testis super amissione instrumentorum productus, seu de casu, quo instrumenta perierint, seu de contentis deponat, rationem asserti sensualem reddere debet, per illum enim sensum corporis rationem reddit, quo actus de quo controversia agitur, percipitur. Rudolph. Volckmar. *tr. de test. cent.* 3. *concl.* 34. *n.* 33. Conf. du. Praeses. *tr. de jure sensuum proem. n.* 31.

§. 9. Testimonium vero de visu, de quo hic testes 14
deponunt, est illud quod dicitur certissimum, et omnium optimum. Casp. Klock. *vol.* 2. *consil.* 29. *n.* 239. Mascard. *de probat. proem. qu.* 8. *n.* 7. Rutger. Ruland. *tr. de fideicomm. p.* 2. *lib.* 3. *cap.* 11. *n.* 3. et probatio ad oculum omnem aliam vincit probationem, Anth. de Rosell. *tr. de success. ab intestat. n.* 1. Imo haec praevalet omni generi probationis, Christ. Besold. *vol.* 1. *consil.* 83. *n.* 35. *et* 37. Matth. de Afflictis *decis. neap.* 23. *n.* 6. Et omnium probationum dicitur superlativa. Baldus *in l. contra negantem c. de probat.* oculus enim non mentitur. Praetmann. *vol.* 1. *consil.* 38. *n.* 81. Asserere vero hi testes de visu nihil debent, nisi quod ipsi viderint. *c. testes* 15. *caus.* 3. *qu.* 9. Nellus a Sanct. Geminiano *tract. de test. n.* 235. Tyndar. *tr. de test. cap.* 5. *n.* 4. nec reprobandum ejus testimonium, si testis dixerit, scio, quia praesens fui. Usus enim multa nobis praesentibus fieri soleant, quae nec sentimus, nec oculis percipimus, praesentia tamen arguit intelligentiam. Et hinc, qui se praesentem fuisse dicit, tacite se rem sensu accommodo percepisse innuit. Felinus *d. c. cap. cum causa n.* 5.

§. 10. Quaeritur autem, si quis injuria temporum 15
in probanda amissione destituatur testibus de visu,

quomodo ei consulatur? Respondetur; eo casu confugiendum esse ad testimonium de auditu. Hoc autem duplex dicitur, vel de auditu proprio vel alieno. Illud omnino plenam merebitur fidem, Jacob. Menoch. *de a. i. q. l.* 2. *cas.* 475. Johann. Crotus *tr. de testib. n.* 99. et dn. Praeses *tr. de jure sensuum diss.* 11. *cap.* 2. *n.* 6. 7. 8. 9. Unde et testi de contentis instrumenti amissi deponenti crediter, si dicat, se subdivisse praelegi aliquando documenta. Hoc vero reg. est nullum dn. Brunnemann. *ad l.* 18. *cod. de test.* Rittersh. *in jure justin. p.* 9. *cap.* 22. *n.* 38. Unde testis, qui dicit se audivisse casu fortuito periisse instrumenta, nihil probat. Et utut incendium aedium viderit, non tamen fidem merebitur, quod simul instrumenta sint combusta.

16 §. 11. Fallit tamen hoc, quoties versamur in factis antiquis, hominumque memoriam excedentibus, de quo modo formata erat quaestio. In antiquis enim testes de auditu admittuntur, nam expedit reip. ne veritas in praejudicium aliorum occultetur. Illa vero in jure antiqua hominumque memoriam excedere dicuntur, ubi centum annorum intercessit lapsus, cum ulterius homo vivere non censeatur *l.* 76. *ff. de jud. l. an usufr.* 56. *ff. de usufr. l.* 8. *ff. de usufr. legat.* Camill. Borell. *tom.* 2. *tit.* 13. *n.* 31. Farin. *qu.* 96. *n.* 142. Cum vero terminus vitae humanae vix ulterius extendatur, haec vero probatione indigeant, utique hoc testimonium de auditu alieno optime hoc casu sibi vindicabit locum, Robert. Marant *spec. aur. l.* 6. *de test. prod. n.* 18. Conf. dn. Brunnemann. *ad Wes. qu.* 16. *tit. de finib. reg.* Et hoc casu testimonium de auditu alieno, plenam merebitur fidem, cum ob antiquitatem, probatio per visum substitui nequeat. Hinc admittenda probatio per auditum Mascard. *concl.* 395. *n.* 4. Accedit quod in facto antiquo lex levioribus probationibus sit contenta, quae alioquin non sufficerent, *arg. l.* 5. §. 6. *ff. de re milit.* Anth. de Petra *tr. de antiquitate temp. p.* 1. *membr. ult. n.* 30. Utrum vero hoc testimonium de auditu alieno in antiquis simpliciter probet, an vero concurrat necesse sit, vel fama, aliaque adminicula, controvertunt dd. sed brevitatis gratia me remitto ad magnif. dn. Praesidem *tract. de jure sens. diss.* 3. *n.* 18. *et diss.* 3. *c.* 3. *n.* 12. et Aym. Cravettam *tr. de antiquitate temp. membr. ult. n.* 12. *et p.* 1. *membr. ult. n.* 8. ubi fusius haec pertractantur.

17 §. 12. Quod si vero contigerit, testes hosce in aetate decrepita esse constitutos, vel sentico laborare morbo ita ut vitae quandoq; imminent periculum eo casu ei, qui instrumenta amisit, optime consulitur, si confugiat ad examen testium ad perpetuam rei memoriam, utpote quod specialis modus est conservandi probationes, easdem perpetuandi, et ab interitu vindicandi *cap. signif.* 48. *X. de test.* utriusque enim interest, tam actoris quam rei, ne sibi suisque successoribus rerum gestarum memoria et probationis facultas adimatur *c. Albericus* 34. *X. de testib.* ubi me remitto ad dn. Praesidis *tract. de jure sensuum disseri.* 8. *c.* 11. *n.* 24. Confer. dn. d. Ursinus, hujus viadrinae prof. extraord. et syndic. civit. Francof. *in diss. de exam. test. ad perpet. rei memor.* Et tantum de testibus, per quos probanda amissio instrumentorum.

§. 13. Quod si vero quis in probanda amissione testibus destituatur, hic in subsidium ad juramentum erit admittendus, *l. ult. c. de fide instrum.* Guido Papa *decis.* 244. Boer. *decis.* 415. *n.* 7. Pruckmann. *vol.* 2. *consil.* 18. *n.* 27. cum juramentum sit probatio subsidiaria *c.* 2. *X. de probat.* quo judex recurrere poterit, quoties alia probatio ad eruendam veritatem non suppetit. *c.* 2. *X. de probat.* Aymo Cravetta *consil.* 187. *n.* 17. modo tamen semiplene fuerit probata amissio *l.* 3. *c. de jurej.* alioqui non defertur, sed a tali sententia liceret appellare Carpzov. *lit.* 12. *art.* 2. *n.* 16. Ut autem hoc fiat, judex, antequam reus ad juramentum admittatur, nisi jam pro amissione conjecturae et praesumptiones existant probabiles, ea exigere poterit, ex quibus amissio fiat verisimilis, dn. Mevius *p.* 3. *decis.* 284. Matth. de Afflict. *decis.* 330. *n.* 3. Mascard. *concl.* 909. *n.* 7. Berlich. *dec.* 9. *n.* 9. quo ita in supplementum, deinceps judex juramentum deferre possit, Mevius *p.* 3. *decis.* 284. de quibus colligendis judex sit sollicitus, Mascard. *de probat. concl.* 88. *n.* 1. 18

Et ex his circumstantiis judex verisimilitudinem facti colligere poterit, Mevius *p.* 3. *decis.* 10. Mascard. *de prob. concl.* 88. *n.* 18. Ubi tamen parti adversae permissum, allegatae amissionis falsitatem demonstrare. Mev. *p.* 3. *dec.* 284. Quodsi tamen nihil adhuc fuerit probatum, judex ex officio juramentum deferre non poterit, Mevius *p.* 3. *decis.* 284. Secus si fecerit, justa appellandi causa erit, dn. Mev. *cit. loc.* 19

§. 14. Utrum autem semiplene fuerit probatum, cognoscit judex, quippe cujus arbitrium hic multum posse, evincit Menoch. *a. i. q. l.* 2. *c.* 2. *cas.* 70. Hujus enim est aestimare, an adsint sufficientia requisita, ut in supplementum juramentum deferri possit, *l.* 3. *c. de jurej.* etiam post causae conclusionem Boer. *cl.* 6. *dec.* 18. *th.* 77. antea enim judex scire non potuit, utrum semiplene probatum, quin imo judici nunquam concluditur b. dn. Brunn. *in proc. civ. cap.* 23. *n.* 30. *et* 32. vel per interlocutoriam sententiam, Merckelbach. *ad consil. Floch.* 50. Carpz. *tit.* 12. *art.* 2. *n.* 14. Praeterea, antequam quis hoc casu ad juramentum admittatur, requiritur, ut sit persona honesta et fide digna dn. Brunn. *ad ff. ad l.* 6. *tit. eodem.* Seraphin de Seraphin. *tr. de juram. p.* 137. *n. ult.* Sinistrae enim opinionis homo, adeoque de perjurio suspectus, a juramento repellitur *c. ille* 22. *qu.* 5. Conf. Balduinus *tract. de casibus conscientiae l.* 2. *cas.* 8. §. 6. Amesius *de conscientia l.* 4. *c.* 22. §. 38. et parti adversae modicum inferatur praejudicium Mev. *p.* 7. *dec.* 284. Berlich. *decis.* 9. *n.* 4. 20

§. 15. His ita concurrentibus, judex ex officio partibus petentibus defert juramentum Berlich. *p.* 1. *concl.* 53. *n.* 4. Gail. *l.* 1. *obs.* 106. *n.* 1. *et* 2. quo asserit, se instrumentum non possidere, nec scire ubi vel apud quem existant, sed revera per casus fortuitos, aliosque modos, absque tamen culpa sua amissa *l. cum quidam* 21. §. *sin autem dicat c. de fide instrument. nov.* 73. *c.* 7. Menoch. *a. j. q. cent.* 5. *cas.* 499. *n.* 76. Confer. Fulv. Pac. *de probat. l.* 1. *c.* 64. ubi integram hujus juramenti formulam recenset, atque ita teste Berlichio *dec.* 9. *scabini lipsienses anno* 1610. pronunciarunt, et pariter hoc praejudicio confirmat dn. Mev. *p.* 3. *dec.* 10. 21

CAPUT III.

De remediis supplendi amissionem instrumentorum.

SUMMARIA

Amissis instrumentis quoties alia remedia suppetunt nemo absolvendus. n. 1.
Remedium primum quo amittenti consulitur, est transsumptio ex protocollo. n. 2.
Requisita. n. 3.
Nec infrequens hoc casu est pactum, ut stetur copiis vidimatae. n. 4.
Requisita. n. 5.
Majoris fidei gratia transsumptio fieri poterit a comite palatino. n. 5.
Remedium tertium est archivum. n. 6.
Requisita. n. 7.
Ulterius testibus ei succurritur. n. 8.
Quid ab iis probandum? n. 9.
Facit huc quoque juramentum litis decisorium. n. 10.
Qu. utrum praestito hoc juramento propter nova reperta instrumenta causa possit retractari? n. 11.
Tandem ad confessionem confugiendum. n. 12.
Illa quotuplex? n. 13.
In subsidium poterit quoque amissio obligationis ex inventario tutoris probari. n. 14.
Subjungitur demum cautela alia. n. 15.

1 §. 1. Quamvis autem de amissis instrumentis constet, non tamen absolvendus alter, si aliunde intentionem suam probare valeat, Mevius *p.* 3. *decis.* 284. Satis valida enim remedia hoc casu undique ipsi prodita, quibus ne quis praeter meritum suo destituatur jure, ipsi succurritur. Inter haec autem primo loco recensenda erit transumptio, beneficio cujus ex protocollo notarii instrumentum reassumitur, et denuo rite conficitur, quam transumptionem vulgo reassumptionem, Jcti Itali termino alias barbaro reexpeditionem vocant, vid. Jacob. Bornitius *tr. de instrum. l.* 5. *c.* 6. Est autem protocollum (quod alii quasi πρῶτον κώλον dictum volunt, quasi primam incisionem seu membrum) prima scriptura notarii, in qua negotii gesti annotatio breviter memoriae causa consignata, ut postea inde solemne conficiatur instrumentum Joseph. Mascard. *vol.* 3. *concl.* 1250. *n.* 6. August. Berous. *vol.* 2. *consil.* 1. *n.* 5. Pariter enim huic protocollo ex quo instrumenta desumuntur, est habenda fides. Zoes. *tit. de instrum. n.* 5. Dn. Struv. *h. t.*

2 §. 2. Quod si itaque contingat, instrumenta fortuna amissa, semper eo casu recurri solet ad protocollum, tamquam primam rei gestae annotationem, Rutger. Ruland. *tr. de fideicomm. p.* 2. *l.* 5. *c.* 37. *n.* 2. ejusque non tantum inspectio, sed et transumptio peti solet, et hanc adjuvandam instrumenti fidem, praxin esse, testis est dn. Brunn. *in proc. civ. c.* 19. *n.* 7. ubi notarius ex hac causa illud secundum formam vel substantiam protocolli, in publicam redigere formam cogi poterit, Rutger Ruland. *p.* 2. *l.* 5 *c.* 37. *n.* 2. modo tantum protocollum legitimis suis requisitis, quae ad ejus integritatem requiruntur, non destituatur, hoc est, modo rite confectum, non cancellatum, nec defectuosum, aut ullo modo imperfectum, dn. Praeses *tr. de jure sens. disp.* 1. *c.* 1. *n.* 67. Dn. Mev. *p.* 1. *decis.* 119. Joseph. Mascard. *concl.* 1250. *n.* 26. Hoc enim si fuerit vitiosum, pariter inde desumptum erit nullum, non enim hoc majorem meretur fidem, quam illud ex quo desumptum, Mascard. *de probat. concl.* 1250. *n.* 30. Paris de Puteo *tr. de reassumpt. rubr.* 8. *n.* 45.

§. 3. Ut vero huic instrumento ex protocollo de- 3
sumpto fides habeatur, aliquot requisita concurrant, necesse est, et (1.) cognitio causae seu jussus judicis, vid. Rutger. Ruland. *p.* 2. *l.* 5. *c.* 20. *n.* 1. *et* 21. *n.* 1. *et* 7. Aymo Cravetta *consil.* 592. *n.* 1. Pacian. *de probat. l.* 1. *c.* 62. (2.) Ut transumptio fiat per notarium, hujus enim est ex protocollo instrumenta reassumere, atque in authenticum redigere instrumentum, Menoch. *a. j. q. l.* 2. *cas.* 287. *n.* 17. 18. 19. (3.) Ut inde in publicam redigatur formam, omnibus adhibitis solemnitatibus et clausulis consuetis, nec non subscriptione notarii et consignatione suppleatur, vid. Mynsing. *cent.* 6. *observ.* 73. *n.* 4. Rutger. Ruland. *tract. de commiss. l.* 5. *c.* 37. *n.* 6. *et* 4. Jacob. Bornit. *tract. de instrum. l.* 11. *c.* 25. *et cap.* 3. Matt. de Afflict. *decis.* 6. Quae autem sint illae solemnitates, quae formam instrumentorum absolvunt, prolixe recenset dn. Hahn. *in observ. ad Wesenbec. n.* 5. Lauterb. *h. t.*

§. 4. Non infrequens nec inutile quoque hoc casu 4
est pactum, quo inter paciscentes conveniri solet, ut in casum amissionis instrumentorum, stetur copiae vidimatae, *Solte auch diese obligation oder original durch Raub, Krieg, Brand, oder sonst auff einige Weise von Handen kommen, so soll einer vidimirten Copey eben solche autoritaet executive agendi Krafft diesem ertheilet seyn als wann die originalia selbst producirt waeren.* Quo casu tamen utile, ut partes paciscentes aliquot copias vidimatas sibi comparent, quibus in casum amissionis originalis uti possint, et haec cautela fundata videtur *in l.* 1. *et l.* 4. *c. de fide instrum.* vid. dn. Praeses *tr. de cautel. contract. sect.* 1. *c.* 6. *n.* 10. Hoc autem pactum admitti poterit, modo copia sit vidimata; alia enim non admittitur, cum incertum sit an cum originali collata, adeoque suspecta, *e. ult. x. de fide instrum.* Gilhaus. *c.* 6. *de instrum. n.* 32. Non autem eo tendit hoc pactum, ut scriptura privata habeat vim publici instrumenti, hoc enim in potestate partium non est *l. si forte* 8. *ff. de castrens. pec.* Sed ut plenam fidem inter paciscentes saltem obtineat ex conventione, utpote quae facultatem probandi extendere vel restringere potest, Fulv. Pacian. *l.* 1. *c.* 5. *n.* 15. Mascard. *de probat. concl.* 1249. Carpz. *p.* 1. *c.* 13. *def.* 38. Petrus Heigius *p.* 2. *q.* 3. *n.* 14.

§. 5. Ut autem transumpta plenam mereantur fi- 5
dem, exemplatio caute instituatur necesse est, alioquin enim nulla. Solet autem haec fieri a notario, cui tamquam personae juratae hoc casu habenda fides. Panorm. *ad cap. ult. de fid. instrum.* Vel (2.) auctoritate judiciali exemplatio fieri solet, id quod praxis ibique recepit, ut originalibus judici oblatis petatur, copia vidimata inde desumpta, originale restitui du-

Praeses *tr. de caut. contr. sect.* 1. *c.* 6. *n.* 10. Et has copias auctoritate judiciali vidimatas etiam in camera mereri fidem, testis est Blumius *in proc. cam. tit.* 63. *n.* 39. copiae autem a notario vidimatae ibi non creditur. Blumius. *cit. loc. n.* 37. Ante omnia autem judex hoc casu probe inspiciat originalia, an forte illa sint vitiosa, aut alius defectus solemnitatum adsit. *c. ult. x. de fide instrument.* Ruland. *p.* 2. *l.* 5. *c.* 21. *n.* 9. alias enim pariter et transumptum foret vitiosum et nullum, Paris de Puteo *tract. reass. rub.* 1. *n.* 5. Wissenbach. *th.* 24. *tit. de instrum.* et ne fraus committatur in describendo Peretz. *ad codic. h. t. n. ult.* Matth. de Afflict. *decis.* 345. *n.* 4. Utrobique ut transumptio sese recte habeat exigitur, ut fiat citatis partibus quarum interest, seu contra quas aliquando exemplum producendum Joseph. Mascard. *vol.* 2. *concl.* 712. *n.* 12. Gonzalez. Tellez. *ad cap. ult. x. de fide instrument.* Christinaeus *vol.* 2. *decis.* 78. *n.* 6. quod hoc effectu obtinet, quo copiae plena habeatur fides et sigilla recognoscantur; Rutger. Ruland. *p.* 2. *l.* 5. *c.* 33. alioquin enim, si haec partium citatio omissa, transumptum semiplene tantum probabit, dn. Brunnem. *in proc. c.* 19. *n.* 8. *et ad ff. ad l.* 2. *de fide instrum.* Covarruv. *pr. qu.* 21. *n.* 5. Mynsing. *c.* 5. *observ.* 7. accedit quod ad omnem actum, ex quo quis laedi possit citandus *l. nam ita* 39. *ff. de adopt.* ita ut nec judicis sine ea sufficiat auctoritas, dec. *consil.* 36. *n.* 2. *et* 42. Gylm. *decis. cam.* 40. *n.* 73. *et* 77. quamvis ubi periculum imminet, omitti possit dn. Brunnem. *in proces. c.* 19. *n.* 7. (3.) Requiritur, ut integrum negotium fideliter, nullis mutatis vel additis de substantialibus transumatur, Mascard. *concl.* 1250. *n.* 5. et fiat iisdem cyphris et interlineaturis, uti haec in originali conspiciuntur, Mascard. *concl.* 712. Mynsing. *cent.* 6. *obs.* 73. et prout verba jacent Guido Papa *decis.* 2. *n.* 2. et quidem de verbo ad verbum, cum nullum ibi verbum sine virtute operandi, imo quaevis hic debet attendi syllaba; vid. Rutger. Ruland. *p.* 2. *l.* 5. *c.* 36. *n.* 4. Cardin. Tusch. *concl.* 374. *sub voce trans mpt.* Wehner. *Observ. pract. sub voce schrifftliche Uhrkunden, jungat.* Meischner. *dec.* 4. *n.* 90. *et* 97. ubi requisita transumptionis uberius tradit *n.* 33. Scaccia *tract. de judic. l.* 2. *c.* 11. *n.* 525. Besold. *in th. pract. voce Copey.* Berlich. *decis.* 60. dn. Richt. *decis.* 32. *n. ult.* Et haec si concurrant, transumptum tantum probat, quantum originale; Decian. *consil.* 36. Meischner. *decis.* 4. *n.* 9. Dn. Struv. *exerc.* 28. *th.* 31. atque in verum originale transit. Jac. Bornit. *tr. de instrum. l.* 2. *c.* 27. Tusch. *concl.* 101. *et* 102.

6 §. 6. Majoris quoque fidei gratia haec exemplatio peti poterit a comite palatino, quippe cujus copiae hoc casu tanta auctoritas, ac si a statu quopiam imperii vidimata esset. Ita enim diploma ab imperatore Leopoldo invictiss. dn. Praesidi 1672. clementissime concessum, refert, *zu dem thun und geben wir offt gedachten die besondere Gnade und Freyheit, dass er von allerhand Privilegien und Freyheiten, Uhrkunden, Brieffen und Schrifften, wie die den Nahmen haben mögen, da er von jemand derohalben ersuchet würde, ein oder mehr Transumt zu machen, dieselbe vidimiren, und unter seinen auffgedruckten oder anhangenden insiegel authentisiren solle oder möge, welche transumten und vidimirungen auch allenthalben in und ausserhalb Gerichts vollenkommener Glaube gegeben werden soll, allermassen, als ob sie von einen Fürsten, Praelaten oder ander Stand des H. R. R. vidimiret und authentisiret waeren.* Quo casu tamen a comite palat. originalia probe pariter inspicienda, et quae judici in exemplatione attendenda, eadem et hic observanda, nec tantum sigillo, sed et manu sua, concordare copiam cum originali, attestari debet. Georg. Mund. a Rodach. *tr. de com. palat. c.* 3. *n.* 33.

§. 7. Alterum remedium, quo amissis instrumentis 7
pateat refugium, est archivum, quod jus archivi competit principibus se statibus imperii, sive iis cui regalia concessa, inter quae et hoc refertur. Spreng. *in jure publ. p.* 207. Myler. *tr. de princ. ac statib. imp. p.* 2. *l.* 5. *c.* 7. *n.* 11. Rutg. Rul. *p.* 2. *l.* 5. *c.* 5. *n.* 4. Conf. Gener. dn. de Seckend. *in Teutschen Fürsten-Staat.* Est autem archivum locus publicus, ubi monumenta literaria, ne sc. probationes rerum gestarum in futurum necessariae pereant, asservantur atque deponuntur, ut ex iis hoc vel illud factum esse probari possit, et lis forte orta eo citius definiatur, vid. dn. Ahasv. Fritsch. *tr. de jure archivi c.* 6. Menoch. *consil.* 1261. *n.* 2. unde ad faciliorem negotii gesti probationem in casum amissionis instrumentorum, instrumenta antea ei illata, denuo petuntur et extrahuntur. Gaudet enim inter alia archivum hoc jure singulari, quod scriptura inde extracta et desumpta plenam et publicam faciat fidem, Coler. *p.* 3. *decis c.* 1. *n.* 53. Köppen. *decis.* 49. *n.* 11. Bornit. *dict. tract. l.* 2. *c.* 8. Ahasv. Fritsch. *d. tr. c.* 6. Knipsch. *de jure civ. imp. l.* 2. *c.* 12. *n.* 115. cum finis ejus sit probatio, ac rei gestae fides, Ahasv. Fritsch. *d. c.* 6. Besold. *th. pract. voce archiv.* eorumque testimonia testibus praevalere dicuntur *l.* 10. *ff. d. probat.* nec non pro scribente plenissime probant, Ruland. *part.* 2. *l.* 5. *c.* 4. Ludolph. Schrader. *consil.* 5. *vol.* 1. ita ut nulla alia indigeant probatione extrinseca vel sigilli recognitione. Rosenthal. *de feud. cap.* 12. *concius.* 14. *n.* 51. Modo tamen integra inde extrahatur scriptura, et antea cum suis clausulis et requisitis formalibus archivo illata, Mascard. *conclus.* 711. *n.* 70. *et* 414. *n.* 6. Trentacinqu. *l.* 2. *tit. de fide instrum. resol.* 8. Nicol. de Passer. *lib.* 1. *quaest.* 1. et hoc publica auctoritate sit constitutum, in quod nonnisi authenticae scripturae sint reconditae. Mascard. *concl. d.* 212. *n.* 64. Ut autem archivum sua constet fide atque auctoritate publica, multa hic dd. tradunt requisita, et de ijs nimium quantum inter se contendunt. Alii enim quinque requirunt; et quidem (1.) Ut 7
ei archivarius sit praefectus, de cujus officio vid. Generos. dn. de Seckendorff. *in Teutschen Fürsten-Staat. p.* 2. *c.* 6. *n.* 15. (2.) Ut scriptura relata sit inter authentica etc. alii tria, inter quos est Joachim a Beust. *ad l. admonendi. n.* 839. alii septem vid. Ruland. *p.* 2. *l.* 5. *c.* 8. Verum superflua potius quam necessaria esse haec requisita asserimus, et nobis ad publicam archivi fidem conciliandam sufficiat unicum illud requisitum, nempe jus superioritatis sive regalium, et ut archivum in loco publico, et non suspecto probe custodiatur ab illo, qui jure archivi gaudent, ut, nisi forte consuetudo plura requisita exigat, dn. Ahasverus Fritsch. *tr. de jure archivi c.* 3. cum ll. hic nihil sit determinatum, unde hic multum

arbitrio judicis tribuimus, Fritsch. *cap.* 6. et hanc amplectitur Carol. Molin. *ad consuet. paris.* §. 5. *n.* 26. quem sequitur Rutger. Ruland. *c.* 8. *n.* 4. Urgent quidem dissentientes dd. hic in contrarium Auth. adhaec *c. de fide instrum.* unde et requisita modo allata colligunt, verum resp. ita quidem obtinuisse jure romano, moribus autem haec non attendi dn. Fritsch. *c.* 2. et ad singula requisita contraria satis respondet Rutger. Ruland. *c.* 8. *n.* 4. et dn. Fritsch. *c.* 3. ad quem b. l. ablego, quin potius statuimus, ex sola consuetudine hisce documentis haberi fidem, ad quam probandam sufficit scripturam in archivo repertam, quo ipso frustra de aliis requisitis erimus solliciti. Ruland. *p.* 2. *l.* 5. *c.* 8. *q.* 8. Solent autem ad hanc extractionem documentorum ex archivo partes quarum interest citari, quo videant ea extrahi, et ita omnis fraudis absit suspicio. Fr. Marci. *dec. p.* 70. *n.* 4. Menoch. *l.* 2. *cent.* 2. *obs.* 157. Tusch. *voce notar. concl.* 79. Rol. a Valle *consil.* 75. *n.* 4. Ruland. *c.* 24. *n.* 12.

8 §. 8. Occasione hujus qu. utrum et exempla in archivo recondita *Copeyen*, ex vi archivi eandem probandi fidem recipiant? Ubi dd. diversas fovent opiniones, affirmant id alii, inter quos Schrader. *consil.* 5. *n* 25. Trentacinq. *de fide instrum. resol.* 8. Mascard. *concl.* 8. *n.* 2. Zahn. *Ignograph. munic.* 58. *n.* 2. Philipp. Knipschild. *c.* 12. *n.* 12. Carpzov. *p.* 1. *c.* 17. *def.* 38. Coler. *de process. exec. p.* 3. *c.* 1. et hi fundamentum quaerunt in *auth. adhaec c. de fide instrum.* reddunt et hanc rationem, quod exempla reperta inter scripturam publicam ejusdem praesumantur naturae. Verum rectius ab hisce recedere alios et negativam amplecti statuo, cum solus locus seu nuda custodia ad fidem archivo conciliandam parum amplius possit conferre. vid. dn. Struv. *exercit.* 28. *th.* 21. dn. Absaverus Fritsch. *tract. de jure archivi. cap.* 7. *n.* 44. dn. Praeses. *in praelect. ad lanf. tit. de fide instrum.* dn. Brunnemmann. *ad ff. eod.* Hann. *Vol.* 2. *disp.* 5. Mindanus *de process. l.* 2. *c.* 48. Decian. *in auth. cit.* Molina *de jure et just.* §. 5. *n.* 48. quod tamen accipiendum de nudis exemplis, quae nec fidem faciunt Fritsch. *d. tr. c.* 7. Rutger. Ruland. *p.* 2. *l.* 5. *c.* 9. *n.* 12. et haec non probare, recte monet Pruckmann. *consil.* 45 *n.* 17. *et* 18. Fallit tamen (1) hoc, quoties copiae ex archivo extractae sunt antiquae; Ruland. *p.* 2. *l.* 5. *c.* 8. Carolus Molin *consil.* 5. *n.* 26. Dn. Fritsch. *tr. de jure archivi. c.* 7. *n.* 44. antiquitas enim auget non minuit fidem, Agnio Cravetta *tr. de antiqu. tem. late et passim.* imo ipsa antiquitas scripturae fidem conciliat per ea, quae de praesumtione ex antiquitate temporis colligit Mascard. *concl.* 188. et passim Cravetta *de antiqu temp.* et haec pariter omnia solemniter per acta facit praesumi *l.* 30. *ff. ubi* dd. *de. v. s.* Haec autem exempla, utut privata, publicam tamen, accedente antiquitate temporis, naturam assumunt, Rutger *p.* 2. *l.* 5. *c.* 8. *n.* 7. Fallit (2.) quoties copiae in archivo repertae secretarii vel alius ex cancellaria manu conscriptae et registratae, Berlich. *decis.* 100. Dn. Brunnemmann. *ad ff. tit. de fide instrum. ad l.* 2. *et* 3. haec enim, quae apud acta sive in judicio fiunt, omnem solemnitatem excedunt, Wesembec. *h. t.* modo tamen jussu et auctoritate judicialis fuerit conscripta. (3.) Fallit si exempla ex archivo petita consensu partium approbata, vid. dn. Brunnemmann. *in process. c.* 19. *n.* 10. vel si adversarius contra haec exempla non opposuerit Besold. *thes. pract. contin. voc. videmus.* In dubio tamen scripturae in archivo repertae moribus habentur pro authenticis, nisi probetur contrarium Klock *de contribut. c.* 19. *n.* 46. Et haec exempla in archivo reperta, eandem probandi vim habent, quam ipsa habent originalia, Molin. *ad const. par.* §. 8. *n.* 25. etiamsi originalis scriptura haberi nequeat, Ruland. *p.* 2. *l.* 6. *c.* 8. *n.* 12. Myler. *de princ. et stat. imp. c.* 47. Menoch. *l.* 2. *praes.* 80. §. 2. Mynsing. *c.* 6. *obs.* 75. Carpz. *part.* 3. *dec.* 231. *n.* 7.

§. 9. Ulterius amissis forte fortuna instrumentis, 9
ammittenti succurritur testibus, cum testes aeque ac instrumenta fidem faciant *l. in exercendis.* 15. *c. de fide instrum.* aeque enim et parem cum instrumentis probandi vim atque efficaciam habent *l.* 15. *c. h. t.* et a testibus ad instrumenta valet argumentum, Wesenbec. *ad l.* 1. *c. h. t. n.* 8. Probata igitur amissione, probandus est quoque tenor sive contenta instrumentorum, alia enim est probatio amissionis, alia tenoris, unde iis, qui casu amiserunt instrumenta, negotium per testes probare damnumque ita ex amissione imminens effugere licet. *l.* 18. *c. de test.* Matth. de Afflict. *decis.* 274. *et decis.* 302. *n.* 3. Hi autem testes rem ita gestam haud ignorare debent, Gilhausen. *arb. judic. p.* 3. *cap.* 6. *n.* 3 Peretz. *ad cod. h. t. n.* 28. Eorum enim, qui rem gestam ignorarunt, amissorum instrumentorum testimonia exhibita, nihil ad probationem veritatis prodesse potèrunt, Jacob. Bornit. *tr. de instrum. l.* 5. *cap.* 4. Mascard. *concl.* 909. Ubi tamen distinguendum, an scriptura consensu partium facilioris saltem probationis gratia accesserit, adeoque non fuerit de substantia negotii gesti, an vero scriptura fuerit de substantia negotii; priori casu opus non est, probare amissionem, sed sufficit probare rei gestae veritatem cum rei veritas sine scriptura de ea confecta probari quoque possit, Ludovicus Molin. *tr. de jure et just. tom.* 2. *tract.* 2. *disp.* 448. Wesenbec *ad cod.* et testes deponere, de simplici saltem negotii gesti veritate, quod huic fuerint praesentes Afflict. *decis.* 224. *n.* 4. alias autem probatio hoc casu necessaria non est Wesembec *ad l.* 5. *c. h. t. n.* 20. negotium enim eo casu etiam absque instrumentis subsistisset, Sichard. *ad l. debitores.* 3. 4. 5. 6. 7. *de fide instrum.* Afflict. *dec.* 274. *n.* 6. Quod si autem negotium in scriptis gestum adeoque instrumentum fuerit de substantia ipsius negotii, multa sunt probanda, antequam tenor eorum probetur, Molin. *tr. de just. et jur. tom.* 2. *tr.* 2. *disp.* 448. fraudibus enim alioqui daretur ansa, et quilibet se amisisse instrumenta dicere posset, ut tandem testibus, quicquid demum vellet, probaret. Lud. Molin. *tom.* 2. *tr.* 2. *disp.* 448. Wesenbec. *ad tit cod. n.* 10. Nec sufficit quoslibet hoc casu admitti testes, sed requirantur hic testes fide digni, periti atque idonei, qui probe sciant, aut quae ad essentiam instrumentorum requirantur, eaque sine omni vitio et rasura fuisse, ita ut nulla ex parte fides eorum vacillarit, probare possint, Molin *tom.* 2. *tr.* 2. *disp.* 448. Afflict. *dec.* 302. *n.* 8. Peritiam autem eorum probare non est necesse, sed judicis arbitrio hoc committitur, Gilken. *in l.* 1. *n. hic* 9. Camill. Borell. *tom.* 2. *decis. collect. tit.* 5. *n.* 34. Mascard. *de probat. concl.* 88 *et* 904. Wesenbec. *consil.* 72. Trentacinq. *l.* 2. *resolut.* 4. Besold. *consil.*

246. Sufficient autem hic testes minimum duo, per quos contenta probantur. *l.* 12. *ff. de testib. l.* 18. *c. de test.* Dn. Brunnemannus ibid. Nec sufficit, si testes dicant se credere haec contineri in instrumentis, sed affirmative eos loqui oportet, Mascard. *de probat. concl.* 908. *n.* 12 Ludov. Gilhaus. *p.* 1. *c.* 6. *de probat.* Matth. de Afflict. *decis.* 324. *n.* 2. Et si testes non fuerint tales, quales modo explicavimus, hoc casu non probant; Gilhausen. *arb. jud. p.* 1. *c.* 6. *de probat.* Ludov. Molina *tr. de jur. et test. tom.* 2. *tr.* 2. *disp.* 448. Afflict. *Dec.* 264. Mascard. *concl.* 609. *n.* 7. vel saltim semiplene, ut in supplementum juramentum ei, qui instrumenta admisit, possit deferri. Molin. *d. l.*

10 §. 10 Probare autem hoc casu debent testes instrumentum confectum, dn. Brunnem. *ad l.* 18. *c. h. t.* Jacob. Bornit. *tr. de instrum. l.* 5. *c.* 4. et hoc omnibus numeris fuisse absolutum atque completum, nec non habuisse omnia illa requisita, quae ad publicum ac solenne instrumentum requiruntur, de quibus Praxim. *in. c. ult. X. de fide instrum.* non enim instrumentum dici poterit, nisi substantialia adsint. Afflict. *dec.* 274. *n.* 4. Wesenbec. *ad l.* 3. *c. h. t. n.* 6. 11. Scripturam vitiis ac defectibus carnisse, Zoesius. *in auth. si quis c. ediend.* et signum a notario fuisse appositum, hujus enim omisso totum vitiat instrumentum Carpzov. *part.* 1. *c.* 17. *def.* 38. *n.* 11. et ab eo subscriptum fuisse, uti et de loco, anno, et mense, cum haec sint de substantia instrumenti. Afflict. *decis.* 392. *n.* 11. Ruland. *part.* 2. *l.* 3. *c.* 35. Pacian. *de probat. l.* 1. *cap.* 168. *n.* 162. Molin *cit. loc.* Imo de omnibus hi testes sunt examinandi, quae sunt de essentia ac substantia ipsius instrumenti Molin. *cit. loc.*

11 De his autem, quae moribus ac consuetudine instrumentis annectuntur, non per se ad ejus substantiam faciunt, uti est invocatio nom. div. ut deponant, haud necesse est. Molin. *c. l.* Confer. dn. Hahn. *in observ. ad Wesenb. tit. de fide instrum.* Jacob. Bornit. *tract. de instrument. l.* 3. *c.* 4. et alii dd. Praeter haec probandum, hoc instrumentum ita confectum, esse amissum, M. Cala *de modo artic. p.* 288. *n.* 282. Dn. Brunnemanns. *ad l.* 18. *cod. de test.* Guido Papa *decis.* 7. et quo loco amissum, Molin. *cit. loc.* (3.) Scripturam sive instrumentum hujus falsae argumenti, cui praesentes fuerint, et per sensum corporeum hoc vel ita gestum apprehenderint. Sichard. *ad l.* 18. *cod. de testam.* Si vero instrumentum fuerit ab altero laceratum, de contentis credibus juramento emittentis. *l. si quando c. unde vid.* Wesenb. *ad l.* 5. *c. h. t.* Mevius *part.* 4. *decis* 13. *n.* 2. Dn. Brunnem. *ad ff. h. t.* Molin. *cit. loc.* Gilhaus. *p.* 1. *c.* 6. Mascard. *concl.* 610.

12 §. 11. Quod si autem neque testes ad probandam negotii veritatem seu instrumentorum tenorem in promptu sint, nemini vero in causa propria habentur fides, *l.* 11. §. 1. *de interdict. cap.* 6. *X. de jurejur.* tandem ad juramentum confugere solent, quippe quod ultimum remedium expediendarum litium, *l.* 1. *ff. de jurejur.* et deficientibus quibuscunque aliis probationibus defertur, *l.* 12. *l.* 17. *l.* 15. *pr. ff. h. t.* cum aliter res remotis arbitris gesta, vix probari possit, Pommeresch. *ad* §. 11. *j. de act.* Nec fragile hodie expediendarum litium momentum situm est in delatione juramenti. Quamdiu enim ulla conscientiae vis atque divini cultus religio, quam tamen perpetuam esse oportebat, tamdiu juramento sua manebit vis atque efficacia; unde et Gentilium nonnemo, nullum inquit vinculum ad obstringendam fidem arctius majores voluere ipso juramento et teste Apostolo ad *Hebr.* 6. *v.* 16. Omnis controversiae finis est juramentum. Imo est hoc remedium litium expediendarum, quo variis litium tricis et probationum subterfugiis eo citius quis sese extricare poterit, et quod quavis deficiente probatione cedit loco probationis, c. *fin. X. de probat.* Menoch. *part.* 2. *praes.* 16. Est autem hoc juramentum litis decisorium, quo quis directo litis decidendae causa intentionem suam veram esse, asserit, sive quod pars parti litis decidendae causa in judicio defert. Carpzov. *tit.* 2 *art.* 2. *n.* 2. Lauterbach. *h. t.* Locum vero hoc juramentum habet in omnibus causis civilibus. *l.* 13. §. 1. *l.* 34. Struvius *th.* 40. Caute tamen hoc deferendum, cum sit magni praejudicii, et is cui defertur judex constituatur in causa propria. Vincent. Carocius *tract. de juramento litis decisorio. p.* 58. *n.* 2. Setserus *tract. de juramento. l.* 4. *cap.* 2. *num.* 6. imo qui defert, censetur verum judicare illud, quod per adversarium juratum *l. qui jurasse* §. 1. *ff. h. t.* Mev. *p.* 3. *decis.* 281. *n.* 2.

§. 12. Deferunt vero hoc juramentum omnes, quibus de negotio controverso transigere licebit, arg. *l.* 26. §. *fin. h. tit.* Continet enim hoc speciem transactionis, et illud inprimis intenditur, ut a lite discedatur vel jus nostrum remittatur Zoes. *n.* 23. *h. t.* tam actor quam reus, super exceptionibus suis probandis Color. *decis.* 122. *n.* 10. Berlich. *decis.* 297. Struv. *th.* 32. modo tamen judicis hic accedat auctoritas, ejusque per sententiam approbatio *l.* 12. §. 1. *cod. de r. c.* Vincent. Carocius *d. tract. quaest.* 1. antea enim delatio juramenti valida non est, dn. Brunnem. *ad l.* 1. *c. de r. c.* et deferens prius juret de calumnia, ne frivole hoc deferatur. *l.* 34. §. 4. *l.* 51. *h. l.* 9. *c. h. t.* Obrecht. *tract. de juramento calumn. cap.* 10. *n.* 31. Setserus *d. tract. l.* 4. *cap.* 5. Joachim. a Beust. *ad l. admon. n.* 19. etiamsi deferens fuerit infamis aut perjurus, cum relationis impedimentum non statim impediat delationem, *l.* 11. §. *fin. ff. rerum amot.* Franzk. *h. t. n.* 118. Dn. Brunnemann. *in proc. c.* 23. *num.* 4. Praestandum vero hoc juramentum ea forma, qua delatum *l.* 3. §. *fin.* cum sit modus transactionis, cui formam sive modum praescribere licet Zoes. *n.* 36. *et* 56. Quod si vero partes in certa aliqua forma praescribenda, forte dissentiant, judex horum supplebit vicem, Carpzov. *proces. tit.* 3. *art.* 2. Et hujus juramenti hic insignis demum effectus, quod rei controversae finem imponat, Boer. *dec.* 30. *n.* 3. *et* 2. et hoc praestito legitime dicatur probatum *l.* 5. §. 2. *l.* 11. §. 3. *h. t.* Confer. dn. Eichel *in disp. de juram. tam in gen. quam in specie.*

§. 13. Occasione hujus elegans haec posset moveri 13
quaestio; utrum causa jurejurando ita decisa, ob nova denuo reperta instrumenta posset retractari atque de novo examinari? Et quamvis hoc affirmet Carpzov. *p.* 1. *c.* 20. *def.* 4. *n.* 1. et dn. Lauterbach. *h. t.* nihilominus tamen negativa potius hic tenenda, cum habeat vim transactionis; uti autem ille propter instrumenta denuo reperta non rescinditur *l.* 16. *l.* 19. *cod. h. t. arg. l.* 4. *c. de r. j.* Sebastian Oddo *tract. de restit. in integr. quaest.* 74. *art.* 2. *n.* 3. ita nec haec, magnif. dn. Eichel *in cit. disp. th.* 26. Ungepaun. *exerc.* 15. *quaest.*

2. Setserus *l.* 4. *c.* 2. *n.* 6. Accedit quod vis omnis atque efficacia hujus juramenti, pendeat a delatione *l.* 3. §. *hic. ff. h. t.* Struv. *h. t. th.* 5. cui pactum atque tacitae haec subest conditio ut jurante adversario a lite discedatur, ut eapropter hoc casu obstet pactum atque conventum Zas. *n.* 49. *h. t.* aequum autem omnino est stare ejusmodi conventioni, quae delationi tacite annexa, neque ferendum, ut quis impugnet, quod ipse approbavit; quae enim semel conventione determinata, sub specie repertorum instrumentorum, praesertim accedente jurisjurandi religione, rescindi iniquum est, *l. sub praetextu.* 19. *et* 29. *cod. de transact.* imo imputet sibi aliter, quod causae suae eventum alterius conscientiae commiserit, et eidem jusjurandum detulerit dn. Praeses *ad* §. 11. *inst. de act.* Setserus *l.* 4. *c.* 7. *n.* 33. cum pactione atque delatione quis jus suum deterius reddere possit dn. Brunnem. *ad l.* 1. *c. de r. c. pen. c. de pact.* Et hoc ita verum, ut ne quidem sub praetextu perjurii, utut quis illud in continenti per evidentiores probationes docere vellet, rescindatur, nec hic admittatur, *l.* 1. *c. h. t.* Zoes. 5. *n.* 49. Frantz. *h. t. n.* 169. Dn. Eichel *in cit. disput. th.* 26. *h. t.* hoc enim praestito de causa ejusque veritate ulterius non quaeritur, sed id saltem, an fuerit juratum, Setserus *l.* 4. *c.* 7. *n.* 557. *et n.* 28. Harpprecht. *ad* §. 11. *j. de act. num.* 13. Boer. *decis.* 305. *n.* 2. *et* 3. imo nec a tali sententia licebit appellare *l.* 12. §. 3. *cod. h. t.* Borch. *tract. de juram. c. ult.* Dn. Struv. *h. t. th.* 51. Brunnem. *ad l.* 1. *c. h. t.* tantum enim hoc juramentum habet vim, ut et tollat beneficium appellationis, Marantа *in spec. aur. p.* 6. *n.* 321. Vincent. Carocius *p.* 137. Schneidew. *ad* §. 11. *j. de act.* Harpprecht. *cit. loc.* confer. Scaevia *tract. de appellat.* interim tamen perjurium non manet impunitum, utut facultas retractandi juramentum, non concedatur Harpprecht. *ad* §. 11. *j. de act. n.* 16. *et* 19. Brunneman. *ex. ad inst.* 26. *ad* §. 11. aliud obtinet in juramento necessario, *l.* 31. *h. t.* ubi causa propter nova reperta instrumenta retractari poterit, Carpz. *p.* 1. *c.* 15. *def.* 5.

13 §. 15. Tandem et confessio casum amissionis instrumentorum supplere poterit, nulla enim fortior est probatio ipsa confessione *l. cum te c. de transact.* quae omnibus aliis ferme praevalet probationibus *l.* 1. *c. de conf.* et dicitur probatio liquidissima, Ummius *in proces. disp.* 13. *th.* 8. *et* 35. imo majorem haec continet certitudinem, quam alia omnia probationum genera Pacian. *de probat. l.* 1. *c.* 11. *n.* 15. Est autem haec confessio, vel judicialis, vel extrajudicialis. Illa probet plene *l. unic. c. de conf.* Joachim a Beust. *ad l. admon. n.* 904. requirit tamen partium praesentiam *l. certum* 6. *ff. de confess.* Mascard. *concl.* 347. *l. procurator* 16. §. *si quis h. t.* uti enim judicatum non subsistit nisi inter praesentes, ita nec haec confessio *l. de unoquoque* 47. *de re jud.* Dn. Hahn. *in observ. ad Wesenbec. tit. de confess. num.* 5. Zoes. *eod. n.* 4. et modo facta fuerit coram judice competente *l. un. c. h. t.* Benedict. de Capra *tract. de notorio membr.* 1. *num.* 36. Borell. *tit. de conf. dec.* 128. Boer. *dec.* 90. *n.* 304. Ruland. *p.* 4. *l.* 8. *c.* 10. *n.* 22. Nec non ex certa scientia sive certa causa, alioqui enim nulla, Perez. *h. tit. n.* 6. et modo sit profecta a majore XXV annis, Perez. *n.* 11. Minori enim hic salva restitutio *l.* 6. *ff. h. t.* §. *pen.* imo et ipsa sit certa; judicatum enim oportet esse certum, Zoes. *h. t. n.* 4. ut error facti absit, non enim fatetur, qui errat *l.* 7. *ff. de juris et facti ign.* error autem juris hic non excusat *l.* 6. *ff. h. t.* Et haec si concurrant, confessus habetur pro judicato *l.* 1. *ff. h. t.* et in confessum nullae aliae sunt judicis partes, quam ut condemnet *l.* 2. §. *fin. ff. ad l. aquil.* nec ulteriori probatione opus Ummius *proc. disp.* 6. *th.* 8. cum haec pro veritate habeatur *l.* 1. *c. h. t. cap.* 2. *X. eod.* quoad confitentem, scil. tertio enim non praejudicat confessio, ex vulgato illo asserto *l.* 28. *ff. de sc. vellej.* Berlich. *p.* 1. *dec.* 39. Pacian. *l.* 1. *c.* 38. *n.* 18. eumque facit haberi pro judicato, Mascard. *concl.* 345. *num.* 16. Hartm. Pistor. *obl.* 39. Et hoc constitutum propter auctoritatem et praesentiam ipsius magistratus, utpote quae omnem doli suspicionem excludit Blum. *in process. cam. tit.* 69. *num.* 51.

§. 15. Extrajudicialis vero confessio tantae auctoritatis non est, ut probet plene, nec hic confessus pro judicato habetur, cum confessio illa non praesumantur facta animo deliberato; communiter tamen haec probat semiplene *c. ult. pr. X. de success. ab intest. l.* 58. §. *ult. ff. de aedil. edict.* Mascard. *concl.* 348. *num.* 7. Carpzov. *proc. tit.* 13. *art.* 3. *n.* 9. Nec hanc partium praesentiam requirere contra Zoes. asserimus, aut enim haec fit in scriptis, aut viva voce; illo casu uti scriptura privata plene contra scribentem probat, Struv. *exerc.* 28. *th.* 24. ita pariter et haec contra confitentem interpretanda, probat, praesumitur enim animo deliberato facta, Menoch. *l.* 2. *pr.* 6. Mascard. *concl. n.* 347. 169. Dn. Brunnem. *in proc. h. t. n.* 1. Si vero viva voce facta confessio, pariter valida est ac subsistit, modo duobus testibus probari possit dn. Hahn. *in obs. ad h. t. n.* 5. Carpz. *p.* 3. *t.* 7. *resp.* 67. et sic plene aequiparatur Brunn. *in proc. h. t. n.* 4.

§. 16. Nec hoc silentio praetereundum, amissis forte 14
fortuna instrumentis, instrumentum obligationis a tutore, vel quovis creditore alio pariter ex inventario probari posse, *l. fam.* 57. *ff. de adm. tut.* Notum enim est, tutorem antequam delatam suscipiat tutelam, ad inventarium teneri, ita ut ante confectum inventarium, pupilli nomine nihil rite gerat *l. fin.* §. 1. *c. arbit. tut.* Et quicquid antea gesserit, id ipso jure nullum sit Anton. Faber. *in cod. l.* 4. *c.* 25. *def.* 1. Mynsing. *cent.* 2. *observ.* 37. Id tamen non aliter admittimus, quam si inventarium illud solemniter fuerit confectum, scilicet coram notario et duobus testibus, et omnia bona pupilli, jura, ut et nomina, clare, ac distincte, ei fuerint inserta Paul. Montan. *tract. tut. c.* 32. *reg.* 5. *n.* 1. idem ipsis injungitur *ref. polit. de anno* 1548. *et* 1577. *tit.* 32. §. *dass Er nach befohlner Verwaltung von allen Schutzbrieffen, etc. ein inventarium mache.* Conf. Natta *consil.* 174. *n.* 145. Rol. a Valle *tract. de invent. p.* 3. *n.* 2. Joh. Heser. *tract. de rat. redd. loc.* 6. *n.* 43. Wissenb. *disp.* 51. *th.* 1. Et ita si fuerit confectum omnino faciet ad probanda nomina inventarium, ut cum effectu debitores inde obligentur dn. Struv. *exerc.* 31. *th.* 36. Dn. Brunnem. *ad l.* 57. *ff. de adm. tut.* Dn. Hahn. *eod. n.* 4. Ratio vero hujus consistit in favore pupilli, ut et solemnitate ipsius inventarii, pro quo praesumitur Aymo Cravetta *consil.* 218. *n.* 3. Fulv. Pac. *l.* 1. *c.* 46. *n.* 24. *et* Joh. Heeser. *loc. cit.* Alii hoc casu id consilii suppeditant, ut creditor blandis ad debitorem missis literis, solutionis eum admo- 15

nent, qui si litteris acceptatis tacuerit, haec acceptatio sine protestatione facta inducit confessionem debiti, uti ex *l.* 16. *ff. ad sc. maced.* colligere solent dd.

Atque haec sunt, quae pro ratione instituti de hac solemni eaque frequentissima materia, pro ingenii tenuitate, in praesenti exhibere potui, quae si minus accurate sint proposita, aut forte in hac sublimi materia lapsus sim, veniam facile eo nomine a b. l. me impetraturum confido. Interim Deo t. m. cujus ope adjutus id laboris sum auspicatus, pro concessis hactenus viribus, immortales persolvo gratias, eumdemque supplex veneror, ut uti hactenus, ita et in posterum studiis meis benedicat, quo cedant in sui nominis gloriam, cui sit laus, honor atque gloria sempiterna.

TANTUM.

DISPUTATIO VIGESIMA

DE COMMUNIONE APPELLATIONIS,

AD DIEM 12. AUGUSTI MDCLXXXVII.

PRO LICENTIA

ELIAS AUGUSTUS STRYKIUS, LENZTENSIS MARCH.

CAPUT I.

De appellationum commodis et incommodis.

SUMMARIA

Justitia observanda in judiciis. n. 1.
Princeps eam administrare debet. n. 3.
Qui aliquando id facit per judices. n. 5.
Pro his licet adsit praesumptio. n. 6.
Quandoque tamen male judicant. n. 8.
Idque vel ex malitia. n. 9.
Vel ex imperitia. n. 10.
Hinc pluribus committenda causae cognitio. n. 11.
Et inventa appellatio. n. 13.
Quae suspendit sententiam. n. 15.
Et certo modo extinguit. n. 16.
Devolvit causam ad superiorem. n. 17.
Et reducit ad terminos l. c. n. 18.
Unde idem observandus processus qui in prima erat instantia. n. 19.
Et omnia ea licent, quae licebant post l. c. n. 20.
Beneficium l. per hanc. *n.* 22.
Appellatio licet concessa ob utilitatem publicam. n. 25.
Plurimi tamen ea abutuntur. n. 29.
Quapropter varia inventa remedia. n. 32.
Fatalia. n. 34.
Quae strictissime observanda. n. 35.
Iis neglectis deserta est appellatio. n. 36.
Non possunt prorogari. n. 38.
Juramentum calumniae. n. 40.
Obtinuit jam de jure civili. n. 41.
Etiam in appellationibus. n. 42.
Certa pecunia deponenda. n. 44.
Haec remedia non sufficerunt. n. 46.
Cum vitium lateat in ipso processu. n. 47.
Appellatur ab iniquitate sententiae. n. 48.
Quod quidem appellantes adhuc prae se ferunt. n. 49.
Nihil minus tamen intendunt. n. 50.
Cum non nisi propriam accusent negligentiam. n. 52.
Notatur formula pronunciandi in appellat. usitata. num. 54.
Judex debet judicare secundum acta. n. 55.
Fatuus est ultra petita judicans. n. 56.
Totae ita perduntur instantiae. n. 57.
Unde varia incommoda. n. 59.
Abolenda igitur l. per hanc. *n.* 61.
Quod etiam vult rec. imp. nov. n. 62.
Litigantes causam accurate instruere debent in prim. inst. n. 63.
Memoria labilis est. n. 67.
Tunc conceditur restitutio in integrum. n. 69.
Quae petenda coram judice inferiori. n. 71.
Causae continentia non dividenda. n. 72.
Judicium finiendum, ubi est coeptum. n. 73.
Transitus ad materiam. n. 74.
Communio appellationis quid sit? n. 75.

Nihil in judiciis, nisi justitiam, locum habere debere, 1
rectissime jam olim monuerunt imperatores Diocletianus et Maximianus in *l.* 6. §. 1. *c. de appellat.* Quippe 2
qua nihil inter homines exstitit robustius aut pulchrius, quodve placare magis conciliareve sit Deum ac imperatorem. *nov.* 30. *c.* 6. §. 1. *add. nov.* 69. *pr. nov.* 163. *pr.*

Hanc exercere, proprium principum est officium *l.* 3
3. *pr. ff. de offic. praefect. vigil. c.* 23. *c.* 23. *qu.* 5. utpote quibus omnium hominum a Deo injuncta est sollicitudo. *nov.* 133. *pr.* Verum cum impossibile sit, 4
ut princeps ubique praesens fasces suas explicare valeat, Nic. Myl. ab Ehrenb. *de stat. imp. c.* 41. §. 1. ipseque aliis rebus intentus momenta causae non adeo accurate attendere possit, ne ipsius occupationibus, quibus pro utilitate mundi a singulorum nonnunquam avocatur negotiis, litigantium defraudari videantur commoda, *l.* 32. *c. de appell.* constituti ubivis locorum 5

judices, qui implorantibus justitiam redderent. Jac. Lampad. *de rep. rom. Germ. p.* 3. *c.* 15. §. 12. Gabriel. Alvarez. de Velasc. *in judic. perfect. r.* 1. *c.* 3. §. 7.

6 Hi licet justitiam nemini credantur denegaturi; *l.* 2.
7 *c. de off. civil. jud.* Dav. Mev. *p.* 1. *decis.* 1. *n.* 14. Octav. Glorit. *resp.* 9. *num.* 13. Unde et in jure passim boni viri audiunt, *l.* 4. §. 1. *ff. fam. ercisc. l.* 18. *ff. judic. solv.* 137. §. 2. *ff. de verb. oblig. l.* 17. §. 5. *ff. de injur.* Conf. dn. Casp. Ziegler. *in dicast.*
8 *diss. praelim.* §. 8. Longe aliter tamen quandoque evenire, experientia sumus edocti, adeo ut injuriarum inde saepius nascatur occasio, unde jura debeant provenire, contra *l.* 6. *pr. c. und. vid. l.* 2. *c. de indict. viduit. toll.* cum malitia et imperitia judicantium litigantibus haud raro impedimento sint, quo minus suum consequi valeant.

9 Malitia quidem, dum vel muneribus corrupti *l.* 7. *c. quando provoc. non est necess. l.* 2 *c. de poen. jud. qui mal. judic.* vel ambitione depravati judices *l.* 4. *pr. ff. de decret. ab ord. fac. l.* 12. *c. de trans-*
10 *act.* aliter quam fas erat pronunciant. Imperitia vero, dum jurium ac constitutionum non satis guari, voluntate magis, quam legitima auctoritate lites dirimunt, *l.* 2. §. 17. *c. de vet. jur. enucl.* et cum ipsi nosse non valeant, quod justum est, aliunde emendicare necessum habent judicandi honestatem *nov.* 82. *pr.*

11 Crediderunt itaque leges, cum vix sit, ut a pluribus ventilatae rei clarior non evadat veritas *l.* 32. *c. de fideicomm.* Casp. Anton. Thesaur. *dec.* 246. Flam.
12 Paris. *de resign. benef. l.* 11. *qu.* 11. *n.* 3. alterius censurae primi judicis sententiam esse submittendam
13 *l.* 1. *pr. ff. de appell.* Laur. Ursell. *concl. legal. concl.* 128. *n.* 2. et huic judicantis veneno, tamquam theriacam quandam, inter alia remedia opposuerunt appellationem. Paul. Aemil. Verall. *p.* 2. *dec.* 271. *n.* 2. Joh. Bapt. Marchesan. *commiss. cur. rom. p.* 1. *commiss.* 27. Thom. Anell. *alleg. jur. alleg.* 5. *n.* 9. Dn. Moller. *semestr. l.* 4. *c.* 33. *n.* 5. Vincent. Caroc. *de remed. contr. praejud. sentent. except.* 44. *n.* 2.
14 qua a judice inferiore gradatim ad superiorem a sententia lata ob ejus iniquitatem provocatur. Ddres *ad tit. ff. et c. de appell.*

15 Quod remedium simulac legitime interpositum est, priorem sententiam suspendit *l.* 32. §. 3. *c. de appell.* Joh. Bapt. Bilocta *dec. benevent. dec.* 33. *n.* 3. Franc. Merlin. Pignatell. *controv. for. c.* 93. *n.* 4. Hieron. Magon. *dec. lucens.* 92. *n.* 8. Laur. Ursell. *concl. legal. concl.* 128. *num.* 14. Gars. Mastrill. *dec. sicil. dec.* 19. *n.* 1. Stephan. Gratian. *dec. march.* 9. *n.* 1.
16 Claud. cantiuncula *cons.* 27. *n.* 136. Ac quantum ad praesens tempus, omnes juris effectus, quos sententia producere poterat, extinguit. Octav. Cacher. Osasch. *dec. pedemont. d.* 131. *n.* 9. Vincent. de Franch. *dec.* 370. *n.* 14. Joh. Bapt. Bilocta. *dec.* 21. *n.* 13. Ant. Faber. *in cod. l.* 7. *tit.* 20. *def.* 13. *et tit.* 26. *def.* 8. Andr. Gail. *l.* 1. *obs.* 144. *n.* 2. Ant. Capyc. *dec. neapol.* 202. *n.* 8. Didac. Covarr. *pract. qu. c.* 23 *n.* 1.
17 Et dum ad alium, superiorem scil. judicem, devolvit causam. *l.* 32. §. 1. *c. de appell.* eam reducit ad ter-
18 minos litis contestatae. Christ. de Castelliono *cons.* 34. *n.* 2. Thom. Anell. *alleg. jur. alleg.* 26. *n.* 64. Barnab. Cornazzan. *dec. lucens. dec.* 51. *n.* 2. Mar. Muta *dec. sicil. dec.* 12. *n.* 5. Dav. Mev. *p.* 4. *dec.* 5. *n.* 13.

Unde, observato tamen eodem processu, qui in prima 19
erat instantia, Marc. Anton. Camuncul. *dec. bonon. dec.* 4. *n.* 4. Thom. Corleval. *de judic. p.* 1. *disp.* 2. *n.* 947. omnia ea in appellationis instantia admittantur, 20
quae in prima instantia, post litem contestatam, non erant prohibita. Joh. Melch. Clezel. ab Almensh. *de appell. c.* 6. *n.* 19. Benedict. Carpzov. *p.* 1. *c.* 21. *d.* 10. *n.* 1. Hartmann. Pistor. *p.* 4. *q.* 23. *n.* 2. Alvar. Valasc. *dec. lusit. consult.* 91. *n.* 4. Guilielm. Cassador. *dec. rom. dec.* 12. *n.* 1. Arism. Tepat. *compend. decis. tit.* 254. *c.* 14. cum appellatio conservet 21
appellantem in primaevo statu, ac perinde sit, ac si nunquam fuisset sententia lata. Franc. Marci *dec. Delphin. part.* 2. *dec.* 121. *n.* 5. Laur. Ursel. *concl. legal. concl.* 129. *n.* 1. Stephan. Gratian. *disc. forens. l.* 1. *c.* 40. *n.* 48. Joh. Petr. Sard. *dec.* 335. *n.* 13. Vinc. de Franchis *dec.* 370. *n.* 17.

Et cum haud raro accidat, ut vel partes litigantes 22
jurium quorundam pro se facientium obliviscantur, vel judex primae instantiae per incuriam nonnulla praetermittat, adhuc amplius appellantibus consultum voluit imperator Justinianus, concedendo illis, per vul- 23
gatissimam illam *l. per hanc* 4. *c. de temp. appell.* quam communiter rosam inter spinas appellare consueverunt, *beneficium nondum deducta deducendi, et nondum probata probandi.* Quae materia cum spe- 24
cialem ac uberiorem, quam instituti ratio permittit, requirat discussionem, sufficiat b. l. remisisse tam in genere ad ddres. *ad tit. ff. c. et X. de appellat.* quam in specie ad Matthaeum Metthesilanum et Petrum de Bellapertica prolixius *ad hanc l.* 4. commentantes.

Licet autem appellatio praeprimis concessa sit sua- 25
dente id utilitate ac necessitate publica, Martin. Monter. a Cueva *dec. Arrag. dec.* 14. *n.* 78. Petr. Royz. Maur. *dec. lithuan. dec.* 2. *n.* 44. Casp. Anton. Thesaur. *dec.* 246. *n.* 3. Ita ut sit querela iniquitatis, 26
Christ. de Castelliono *cons.* 34. *n.* 14. Pompej. Limp. *repet. jur. vol.* 6. *fol.* 342. *n.* 88. Innocentiae ac op- 27
pressorum praesidium, Marc. Anton. Natta *l.* 1. *cons.* 17. *n.* 1. Non iniquitatis defensio, aut indignantium 28
occasio, Georg. Mund. a Rodach. *vol.* 1. *cons.* 12. *n.* 202. Andr. Gail. *l.* 1. *observ.* 152. *num.* 9. Evenit 29
tamen, ut quam plurimi saluberrimo hoc beneficio abutantur, Ben. Carpz. *p.* 1. *dec.* 51. *n.* 1. idque fru- 30
strandi tantum causa interponant, *l.* 41. *pr. ff. de usur.* Ant. Fab. *in cod. l.* 3. *tit.* 7. *def.* 40. *n.* 5. *et l.* 7. *tit.* 26. *def.* 41. *n.* 2. quo lites in infinitum appellando 31
extrahant, adversarium sumptibus ac expensis divexent, ut, ad fortunam redactus extremam, a lite tandem decedat desperabundus. Joh. Melch. Clezel. *de appell. c.* 1. *n.* 32. *seqq.*

Coeperunt hoc advertere tandem legumlatores, quam- 32
obrem indulgentiam istam, qua erga litigatores appellantes hucusque in legibus suis erant usi, minuendam nonnihil, ac facultatem appellandi quibuscumque modis constringendam censuerunt. Inventa hanc ob 33
causam varia remedia, quae tam jure civili, quam postea constitutionibus imperii nostri appellantium libidini sunt opposita, quibus, cum tam bona, quam ipsam etiam litigantium animam concernant, frivolis appellationibus obviam iri posse creditum est.

Introducta itaque solennis illa appellationis tem- 34
pora, fatalia vulgo dicta, David. Mev. *p.* 2. *dec.* 8. Adeo stricte ab appellantibus observanda, ut vel mi- 35

nimus eorum neglectus totam appellationem reddat desertam, Caesar. Barz. *dec. bonon. dec.* 32. *n.* 1. Alphons. Manzaned. *p.* 2. *tom.* 2. *dec rot. rom. dec.* 364. *n.* 1. Franc. Mantic. *dec. rot. rom.* 92. *n.* 3.
36 Deserta vero appellatione fingitur, ac si nunquam esse appellatum, Paul. Aemil. Verall. *dec. Apost. p.* 3. *dec.* 177. Thom. Gramm. *dec. Neapol. dec.* 13. *n.* 1. Caes.
37 Barz. *dec.* 77. *n.* 2. Nicol. Intrigliol. *cons.* 8. *n.* 40. Cum non appellasse, aut appellasse quidem, sed appellationem deseruisse, paria sint. Bened. Carpz. *p.* 1. *c.* 16. *def.* 9. *n.* 5. Ant. Fab. *in cod. l.* 7. *tit.* 27. *def.* 14. *n.* 1. David. Mev. *p.* 7. *dec.* 53. *n.* 3. Et haec fatalia nec a partibus prorogari possunt, nec a
38 judice, Andr. Gal. *l.* 1. *obs.* 139. *n.* 6. Jaffred. Lanfranc. Balb. *dec.* 475. Ant. de Gamma *dec. lusit. dec.*
39 389. Et deserta a solo principe, non autem a partibus resuscitari possunt. Marc. Ant. de Amat. *dec.* Matth. de Afflict. *dec.* 78. *n.* 2. Garc. Mastr. *dec.* 166. *n.* 11. Steph. Gratian. *disc. forens. l.* 3. *c.* 72. *n.* 34.
40 Introductum quoque per *rec. imp. noviss. de a.* 1654 §. *sumahlen aber.* 118. juramentum calumniae, de non frivole appellando, in principio statim tam ab appellante quam ab ejus advocato praestando, et sic, quae plane in desuetudinem abierat *l. rem. non novam* 14.
41 §. 1. *c. de judic.* in usum est revocata. Quamvis autem
42 hoc juramentum jam de jure civili per *l.* 2. *c. de jurejur. propr. calumn.* introductum sit, ac in appellationibus etiam habuerit usum; *c. pen. pr. de jur. calumn. in* 6*to.* Anton. del Re *de jur. calumn. cap.* 19. *n.* 81. Jerem. Setzer. *de jur. l.* 3. *c.* 4. *n.* 27. Joh. Brunn. *ad d. l.* 2. *c. de jurejur. propt. calum. n.* 8.
43 Nisi tamen a partibus, aut a judice, quod tamen per quam rarissime contingebat, exigeretur, censebatur remissum *c.* 1. §. *propter de jur. calumn. in* 6*to. l.* 34. §. *ff. de jurejur.* Andr. Gail. *lib.* 1. *obs.* 85. *n.* 2.
44 Deponenda quoque tantum in omnibus judiciis certa quaedam pecuniae summa in casum succumbentiae, antequam appellationi interpositae deferatur; quam et serenissimus noster elector in speciali edicto superio-
45 ri *an. d.* 24. *martii* 1686. exegit; ut de aliis remediis, quae in diversis provinciis superiorum prudentia effrenae appellantium libidini opponere voluit, in
46 praesenti taceam. Utut autem omnia haec remedia satis gravia ac magna appareant, illorum tamen effectus longe infra hominum fuit expectationem, cum aeque hodie adhuc, uti antea et magno cumulo et frivolis saepissime ex causis appellari videamus, ut hinc desperata fere videatur, res appellantium prohibere aut
47 coercere velle temeritatem. Rationem vero, cur haec remedia sperato hucusque caruerint effectu, in ignorato appellationum fomento rectissime ponit dn. Ludolph. Hugo *tr. de abus. appell. toll.* simulque demonstrat, ingens adhuc in ipso appellationis processu latere vitium, quo errores ac abusus invecti sint maximi, adeo quidem, ut si finem et rationem introducturum appellationum consideremus, a vero earum instituto nostri fori usum, quam longissime recessisse deprehendamus.
48 Etenim appellationes iniquitatis querelam continent. *l.* 1. *pr. ff. de appell. l.* 17. *ff. de minor.* ubi per errorem vel gratiam cognitoris oppressa putatur justi-
49 tia. *l.* 29. *c. de appell.* Quod gravamen licet adhuc unice appellantes praetendant, cum de nulla alia re quam de injuria judicis prioris conquerantur, quem, salvo tamen ipsius honore, de quo quam solemnissime protestantur, male judicasse dicunt, quapropter se coactos superioris implorare auxilium, quo is melius ipsis administret justitiam, nihil minus tamen 50
illos intendere, quam ut judicem priorem iniquitatis convincant, ipse appellationis processus satis superque ostendit.

Sic enim statim ab initio solemnis illa exauditur 51
vox: *nondum deducta deducam, nondum probata probabo.* Ex quibus verbis suspicio oritur, litigantes 52
sive appellantes non tam iniquitatem judicis, quam propriam velle accusare negligentiam. Si enim satis 53
argumentorum ad fidem judici priori faciendam attulissent in prima instantia, novis jam rationibus ac argumentis causam obtinere non allaborarent. Et hinc 54
si judex superior ex novis hisce causis sententiam reformet, valde suspectam illam pronunciandi formulam esse apparet, *dass vom Richter erster instantz ubel gesprochen und wol davon appelliret.* Nihil enim in 55
putari poterat priori judici, qui secundum acta et probata judicare debebat, *l.* 6. §. 1. *ff. de offic. praesid.* Camill. Borell. *summ. decis. p.* 1. *tit.* 42. *n.* 68. Thom. Trivisan. *l.* 2. *dec.* 23. *n.* 9. Borgn. Cavalcant. *decis. fori fiviz. p.* 1. *decis.* 25. *n.* 5. ita, ut ultra petita ju- 56
dicans, fatuus fuisset reputatus. *l.* 17. *c. de fideicom. l.* 18. *ff. de commun. divid.* Alvar. Valasc. *consult.* 145. *n.* 8.

Taceam totas instantias, non primam tantum aut 57
secundam, sed et reliquas si ultra secundam adhuc aliquae concedantur, perdi ita et illudi. Etenim si pri- 58
mam non potest declinare instantiam, dicis tantum gratia aliquid saltem litigantem proponere notum est, caeteris et quidem praecipuis fortassis capitibus in appellationis judicium dilatis. Unde non tantum, quod 59
ipsi una prohibitum erat via, alia consequitur, contra *l.* 11. *c. de haered. inst.* Bened. Carpzov. *p.* 3. *c.* 7. *d.* 5. *n.* 4. Joseph. de Sesse *decis. arrag.* 28. *n.* 11. sed 60
etiam ex negligentia sua reportat commodum ac lucrum, contra *l.* 12. *ff. de furt.*

Abolendam itaque *legem illam decantatissimam per hanc* 4. *c. de tempor. appell.* utpote fini et instituto 61
appellationum plane contrariantem non tantum, sed et corruptelam judiciorum ac temeritatis litigantium fomentum, imo statui reipubl. nostrae germanicae penitus repugnantem, non sine ratione statuit dn. Hugo *d. tr. de abus. appellat. toll. c.* 6. 7. 8. *et* 9. Quo etiam 62
collimare videtur *recess. imp. noviss. de anno* 1654. §. *es sollen und mogen* 75. quamquam omnimoda necessitate appellantes adstringere non sit ausus, quod ex verbis, quibus utitur, patet, vocabulo *sollen* necessitatem importante, altero *mogen* omnia appellantium reliquente arbitrio.

Caeterum si rem exactius consideremus, nihil quic 63
quam damni inde in litigantes redundare apparebit. Etenim si coram judice primae instantiae causam ac- 64
curate proposuerint, pleneque jura sua deduxerint, quod consilium Andr. Gail. *l.* 1. *obs.* 128. *n.* 4. subministrat, nisi apertissime de judicis inferioris iniquitate ac injustitia constiterit, appellatione non erit opus, et si forte altera pars praeter spem appellaverit, 65
altera statim ad acta prioris instantiae submittere, ac ita processui appellationis, alias admodum longo poterit imponere finem. David. Mevius *p.* 3. *dec.* 414. *et p.* 8. *dec.* 201. Johann. Brunnemann. *in proc. civ. c.* 28.

n. 75. *et ad l. fin. c. de appell. n.* 11. Anton. Faber. *in cod. l.* 7. *tit. de appell. def.* 15. Oswald. Billiger. *in Donell. lib.* 28. 7. *lit. c.*

66 Cum autem, uti quidem saepissime evenire potest, in prima instantia quorumdam ad obtinendam causam facientium aliquis fuerit oblitus, memoria enim homi-
67 nis labilis est, *l.* 44. *pr. ff. de acquir. poss. l.* 2. §. 14. *c. d. v. j. e.* omniumque habere memoriam, solius di-
68 vinae, non mortalis est constantiae aut roboris, *constit. dedit nobis* §. 13. *de confirm. digest.* aut nonnulla post conclusionem in causa, quae probabiliter litigans
69 ignorare poterat, in ipsius venerint notitiam, aliud praesto est remedium, restitutionis scilicet in integrum:
70 appellatio enim iniquitatis sententiae querelam, *l.* 1. *ff. de appellat.* in integrum vero restitutio erroris proprii veniae petitionem, vel adversarii circumventionis allegationem continet. *l.* 17. *pr. ff. de minor.* Sfort. Odd. *de restit. in integr. p.* 1. *qu.* 1. *art.* 6.

71 Ex quo, cum beneficium illud in integrum restitutionis, contra omissa in prima instantia, coram judice inferiora petendum sit, uti tradunt. Gabr. Mudaeus *in l.* 2. *c. ubi et apud quem.* Sfort. Odd. *d. tr. p.* 1.
72 *qu.* 32. *art.* 16. *n.* 126. et hoc resultabit commodum, quod legibus satisfiat, quae volunt, causae continentiam non esse dividendam. *l.* 10. *c. de judic.* Thom. Carleval. *de judic. p.* 1. *disput.* 2. *n.* 899. Alex. Trentacinqu. *var. resol. l.* 3. *tit. de judic. resul.* 3. *n.* 1. Andr. Gail. *l.* 1. *obs.* 32. *n.* 11. Ludov. Peguera *decis. catal.* 224. judicium que ibi finiendum, ubi illud coe- 73
ptum. *l.* 39. *ff. de judic.* Mar. Giurb. *dec. sicil. dec.* 23. *n.* 1. Stephan. Gratian. *discept. forens. tom.* 3. *c.* 906. *n.* 3. Matth. de Afflict. *dec.* 254. *n.* 3.

Ne autem in his justo longior sim, sufficiat haec 74
de commodo appellationis, ejusque abusu, ac modo eum tollendi attuliase. Transeundum nunc ad specialia hujus 75
dissertationis, scilicet ad ipsam appellationis communionem, quam describimus, participationem beneficii, ex interposita ab altero appellatione, legum auctoritate alteri indultam. Haec vero cum satis perspicua sit descriptio, ejusdemque ulterior explanatio, ex illis, quae inferius de lucenda, appareat, eo lectorem remitto, ubi distinctis capitibus tractatum videbit, quomodo beneficium appellationis non tantum appellanti, sed etiam ejus consortibus, parti adversae, et denique tertio, plane extraneo, legum auctoritate communicetur.

CAPUT II.

De communione appellationis ratione litis consortum.

SUMMARIA.

Unius consortis appellatio prodest reliquis. n. 2.
Licet illi non appellaverint. n. 3.
Prorogatio fatalium ab uno facta juvat reliquos. num. 5.
Pendente appellatione unius, contra reliquos executio fieri nequit. n. 6.
Victoria unius prodest reliquis. n. 8.
Condemnatio autem unius non nocet reliquis. n. 9.
An distinguatur inter res dividuas et individuas? n. 11.
Requiritur (1.) *ut ex eadem sententia plures condemnati. n.* 17.
(2.) *Ut eadem defensionis causa. n.* 22.
(3.) *Ut eodem jure utantur. n.* 25.
(4.) *Ut unus tantum appellaverit. n.* 31.
(5.) *Ut eumdem habuerint procuratorem. n.* 39.
(6.) *Ut reliqui non approbaverint sententiam. n.* 42.
(7. *Ut intra decendiam sciverint esse appellatum. num.* 46
(8.) *Ut contrarium non fuerint confessi. n.* 55.
(9.) *Ut appellatio sit valida. n.* 58.
Prodest adhuc, licet appellans protestatus sit, se ratione sui interesse tantum appellare. n. 60.
Licet appellans transegerit cum adversario. n. 63.
Licet etiam renunciaverit appellationi. n. 64.
In criminalibus quoque admittitur appellatio. n. 65.
Et unius correi prodest reliquis. n. 68.

1 Sententia quandoque in unum, quandoque in plures ferri solet, *per tit. cod. si plur. un. sentent. fuer. condemn.* qui simul in lite fuerunt, vocanturque litis con-
2 sortes *tit. c. de consort. ejusd. lit.* Ex his si unus appellaverit, illius appellatio etiam reliquis prodest. *tot. tit. c. si un. ex plur. appell. l.* 10. *ff. de appell.* Mar. Anton. Macerat. *l.* 2. *var. resol. c.* 68. Joh. Deckher. *relat. cameral.* 9. *n.* 14. August. Barbosa *l.* 2. *vot. decis.* 47. *n.* 130. Joh. Bapt. Larrea *decis. granat. p.* 2. *dec.* 89. *n.* 7. Sigism. Scacc. *de appellat. quaest.* 5. *n.* 58. Matth. Buratt. *dec. rot. rom. dec.* 315. *num.* 7. Franc. de Caldas Pereyra *tr. ad typ. instrument. empl. vendit. c.* 10, *n.* 47. Jac. Put. *dec. rom. l.* 2. *dec.* 439. Robert. Lancellott. *de attentat. p.* 2. *c.* 12. *ampl.* 11. *n.* 1. Dav. Mev. *p.* 1. *dec.* 88. Borgnin. Cavalcan. *decis. fori Piviz. p.* 2. *dec.* 30. *n.* 15. Johan. Andreae *quaest. mercurial. in tit. de reg. jur. quaest.* 53. *n.* 6.
Licet illi expresse non appellaverint, vel adhaeserint, 3
Hieron. Magon. *dec. florent. dec.* 55. *n.* 5. Alphons. Manzaned. *dec. rot. rom. p.* 2. *dec.* 183. *n.* 5. Joachim. Mynsing. *l.* 1. *resp.* 8. *n.* 11. Johann. Aloys. Ricc. *collect. decis. part.* 5. *dec.* 1521. ne scilicet ex uno et eo- 4
dem facto, et ubi est eadem appellationis ratio, diversae resultent sententiae, absolutoria scilicet et condemnatoria, quod absurdum. Petr. Cavall. *resol. crimin. cas.* 75. *n.* 4.

Unde non tantum prorogatio fatalium ab uno consorte 5
facta, excusat consortem a desertione, Robert. Lancellot. *de attent. p.* 2. *c.* 12. *ampl.* 11. *n.* 3. Jac. Put. *l.* 2. *dec.* 469. Stephan. Gratian. *discept. forens. vol.* 1. *cap.* 115. *n.* 4. et pendente appellatione unius, etiam 6
contra reliquos executio absque attentati vitio fieri nequit, Aug. Barbos. *l.* 2. *vot. decis.* 147. *n.* 131. Stephan. Gratian. *d. c.* 115. *n.* 2. Robert. Lancellott. *d. ampl.* 11. *n.* 1. *seqq.* Hieron. de Cevallos. *de cogn. per viam violent. quaest.* 120. *n.* 1. Alvar. Valasc. *p.* 1. *consult.* 51. *n.* 24. ob rationem, quod rescriptum 7
ab uno, ratione communionis causae impetratum, etiam prosit reliquis. *l.* 1. *c. de divers. rescript.* Lancellott. *d. l. n.* 5. Joach. Mynsing. *de resp.* 8. *n.* 15. Sed et- 8
iam victoria unius reliquis reliquis prodest; Andr. Gail. *pract. observ. l.* 1. *obs.* 122. *n.* 7. ibique Bernh. Graev. *consid.* 1. *n.* 3. Lancellott. *d. l. n.* 29. non obstante,

9 quod condemnatio unius non gravare soleat, nisi appellantem *l.* 3. §. 2. *ff. de appellat.* Anton. Perez. *ad tit. c. si un. ex plur. n.* 2. Christoph. Haunold. *de*
10 *justit. et jur. tom.* 5. *tr.* 5. *c.* 8. *n.* 351. pronior enim solet esse victoriae, quam condemnationis communicatio. *coll. argent. l.* 49. *tit.* 1. *th.* 14. *n.* 8. Goswin. ab Esbach. *in not. ad Carpz. p.* 1. *c.* 20. *d.* 15. *n.* 5.

11 Nec opus est hic distinctione illa veterum juris interpretum, inter dividua et individua distinguentium, ita ut in his unius appellatio prosit reliquis consortibus non appellantibus, in illis secus; perinde hoc est etenim Carpzov. *p.* 1. *c.* 20. *d.* 15. *n.* 2. Quintil.
12 Mantos. *de inhibit. qu.* 48. *n.* 2. Lancellott. *d. ampl.* 11. *n.* 6. Hartm. Pistor. *p.* 1. *quaest.* 47. *n.* 2. Joh.
13 Brunnemann. *ad tit. c. sin un. ex plur. n.* 1. cum in secunda instantia agatur, non de re in prius judicium deducta, ubi locum habere poterat haec distinctio, sed potissimum de sententia prius lata, quae sua vi individua esse censetur, *l.* 41. *ff. fam. ercis.* Barbos. *lo-*
14 *cuplet. l.* 17. *c.* 19. *ax.* 4. Quamvis non negem, adhuc aliquid interesse, an a sententia res dividuae continente, an individuas complectente fuerit appellatum.
15 Quod si enim ab individuis fuerit appellatum, cum haec ab invicem separari queant, *l.* 13. §. 1. *ff. de*
16 *libert. et posth.* Matth. Wesenbec. *vol.* 2. *cons.* 69. *n.* 17. indistincte consortibus unius appellatio prodest, adeoque eorum multo favorabilior est causa, quam individuis. *arg. l.* 10. *ff. quemadm. serv. amit.* Johann. Brunnemann. *ad l.* 10. *ff. de appell. n.* 5. *et ad tit. c. si un. ex plur. n.* 7. Hartmann. Pistor. *l.* 1. *qu.* 47. *n.* 26.

17 Individuis enim praecise requiritur, (1.) ut ex eadem causa omnes sint condemnati. *l.* 10. §. 4. *ff. de appell.* Bened. Carpzov. *p.* 1. *c.* 20. *d.* 15. *n.* 5. Anton. Faber. *in cod. l.* 7. *tit.* 31. *def.* 1. *n.* 2. Casp. Klock. *vot. camer. relat.* 170. Nicol. Rodrig. Fermosin. *ad c. fin. X. de libell. oblat. quaest.* 4. §. 2. *n.* 8. Anton. Gomes. *var. resol. tom.* 3 *c.* 11. *n.* 16. Borgn. Cavalcan. *dec. p.* 1. *dec.* 38. *n.* 2. Anton. Bellon. *dec. genuens. dec.* 28. *n.* 11. Thom. Grammatt. *dec. neapol. dec.* 68. *n.* 9. Nicol. Intrigliol. *dec. sicil. dec.* 13. *n.* 28. Franc. Milan. *dec. sicil. l.* 1. *dec.* 14. *n.* 86. Petr. de Benintend. *dec. bonon.* 81. Flam. Chartar. *dec. genuens.* 28. Mar. Giurb. *dec.* 46. *n.* 1. Paul. Christin. *dec. belg. vol.* 4. *dec.* 210. Andr. Gail. *l.* 1. *obs.* 126. *n.* 3. Joh Mohedan. *dec.* 1. *de appell. al.* 14. Christoph.
18 Haunold. *de just. et jur. tom.* 5. *tr.* 5. *c.* 8. *n.* 349. Unde duobus tutoribus, quorum alter tutelam gesserat, alter non, condemnatis, ejus, qui non gesserat, appellatio alteri non prodest. *d. l.* 10. §. 4. Christ. Haunold. *d.*
19 *l. n.* 350. Joh. Brunnemann. *ad d. l.* 10. *n.* 4. E contrario debitoris appellatio prodest fidejussori, Paul. Christin. *vol.* 4. *decis.* 120. *n.* 7. Johann. Brunnemann.
20 *ad tit. c. si un. ex plur. n.* 5. Carpzov. *p.* 1. *c.* 20. *d.* 15. *n.* 6. cum una horum sit causa et ratio, Jac. Cujac. *in paratitl. cod. de fidejuss.* Valent. Franc. *de fi-*
21 *dejuss. c.* 1. *n.* 10. et exceptiones debitoris, ipsam obligationem concernentes, etiam fidejussori prosunt. *l. fin. c. de fidejuss.* Conf. Tulden. *in cod. l.* 6. *tit.* 68. *num.* 5.

22 (2.) Ut eadem defensionis sit causa, *d. l.* 10. §. *fin. ff. de appell.* Joh. Car. Antonell. *de tempor. legal. l.* 2. *c.* 59. *n.* 40. Matth. Burat. *dec. rot. rom. dec.* 315. *n.* 7. *seqq.* Joh. Bapt. Larrea *dec. Granat. p.* 2. *decis.* 89. *n.* 7. Petr. Franc. Tondut. *de praevent. judic. p.* 1. *c.* 12. *n.* 10. Casp. Klock. *tom.* 4. *cons.* 35. *n.* 9. Hartmann. Pistor. *l.* 1. *quaest.* 47. *n.* 16. Guid. Papa *dec.* 436. *n.* 87. Ludovic. Peguera *decis.* 194. *n.* 11. Vincent. de Franch. *decis.* 467. Alphons. Manzanedi. *decis. rot. rom. p.* 2. *tom.* 1. *dec.* 183. Christoph. Haunold. *de just. et jur. tom.* 5. *tr.* 5. *c.* 8. *n.* 349. alias enim, si aliqua speciali ratione motus alter ap- 23
pellaverit, ejus appellatio consortibus non proderit, Alex. Trentacinq. *var. resol. l.* 2. *tit. de appell. resol.* 7. *n.* 8. Stephan. Gratian. *discept. forens. vol.* 1. *c.* 115. Borgnin. Cavalcan. *dec. fori Firiz. dec.* 30. *n.* 115. Robert. Lancellott. *de attent. p.* 2. *c.* 12. *ampl.* 11. *n.* 1. Petr. Rebuff. *in proem. ad const. regn.* 24
franc. gloss. 5. *n.* 98. Unde unius fidejussoris appellatio non proderit alteri, qui beneficio excussionis renunciavit. Johann. Brunnemann. *ad d. l.* 10. *n.* 3. *ff. de appellat.* Anton. Hering. *de fidejuss. c.* 27. *part.* 5. *n.* 13. Hartm. Pistor. *p.* 1. *qu.* 47. *n.* 7.

(3.) Ut uterque jure communi fretus appellaverit, 25
non si ex singulari jure ac ratione impetraverit appellationem b. dn. Brunnem. *ad d. l.* 10. *n.* 4. Hartm. 26
Pistor. *d. qu.* 47. *n.* 18. quod enim intuitu certae alicujus personae concessum, ad alios extendendum non est, *cap.* 7. *de reg. jur. in* 6to. Carpzov. *p.* 3. *c.* 4. *def.* 12. *n.* 6. Barbos. *locuplet. l.* 14. *c.* 83. *ax.* 27. Qua- 27
propter si minor cum majore fuerit condemnatus, et adversus omissam appellationem restitutus in integrum, illud non proderit majori, Christ. Haunold. *de just. et jur. tom.* 5. *tr.* 5. *c.* 8. *n.* 350. Nicol. Rodrig. Fermosin. *ad c.* 1. *X. de in integr. restitut.* Dn. Brunnem. *ad tit. c. si un. ex plur. n.* 6. cum minoris aetatis al- 28
legatio sit personalis; Petr. Frider. Mindan. *de continent. causar. l.* 3. *c.* 16. *n.* 4. Nisi tamen minoris et 29
majoris causa sit individua, sic enim, cum separari nequeat, ex persona minoris, etiam major juvabitur, Matth. Berlich. *dec.* 180. Sfort. Odd. *de restit. in integr. p.* 1. *q.* 44. *art.* 4. *n.* 10. Bened. Carpzov. *p.* 2. *c.* 9. *d.* 4. *n.* 5. Gurs. Mastrill. *dec.* 42. Mar. Muta *dec* 32. *n.* 30. Alex. Trentacinq. *var. resol. l.* 2. *tit. de minoribus resol.* 5. Bonifac. Ruger. *const.* 2. *n.* 113. *seqq.* Conf. prolixe Johan. Petr. Fontanella *dec. catalon. p.* 1. *decis.* 111. *seqq.* Quo casu quoque, si mino- 30
rennis ad privilegiatum provocaverit forum, ejus provocatio sive appellatio, et reliquis consortibus, licet majorennes sint, proderit, arg. *l.* 10. *c. de judic.* b. dn. Brunnemann. *ad l. un. c. si in commun. eademque caus. n.* 4. Matth. Berlich. *p.* 2. *dec.* 220. Covarruv. *pract. quaest. c.* 6. *et* 7. Casp. Anton. Thesaur. *dec.* 77. *n.* 2. Bened. Carpzov. *l.* 2. *resp.* 16. *n.* 19. *seq.*

(4.) Ut unus tantum appellaverit, dn. Brunnemann. 31
ad l. 10. *ff. de appellat. n.* 4. Sig. Scacc. *de appellat. qu.* 5. *n.* 58. si enim omnes appellaverint, alterque eo- 32
rum in appellationis prosecutione defecerit, consortes ejus appellatione non juvabuntur. Johann. Bapt. Costa *de jur. et fact. scient. cent.* 1. *dist.* 31. *n.* 6. Paul. Aemil. Verall. *dec. Apost. p.* 1. *dec.* 37. Hartm. Pistor. *p.* 1. *qu.* 47. *n.* 19. Robert. Lancellot. *p.* 2. *c.* 12. *ampl.* 11. *n.* 9. Dum enim propriam quis interposuit 33
appellationem, alterius si juvari noluit appellatione, suaque provisione sustulit provisionem legis, arg. *l.* 3 *c. de test. tutel.* vid. Bened. Carpzov. *p.* 3. *c.* 23. *def.* 1. *n.* 3. Barbos. *locuplet. l.* 14. *c.* 104. *ax.* 5. et 34
censetur hoc modo renunciasse beneficio juris sibi

competentis, Hartm. Pistor. *d. qu.* 47. *n.* 19. Costa *d. dist.* 31. *num.* 6. ad jura autem semel renunciata postea non datur regressus. *l.* 11. *c. de r. c.* Matth. Berlich. *p.* 2. *c.* 22. *n.* 68. Jac. Thoming. *dec. illustr.* 1. Modo tamen appellationem fuerint prosecuti, dn. Brunnem. *ad tit. c. si un. ex plur. n.* 7. Hartmann. Pistor. *d. qu.* 47. *n.* 20. si enim ante prosecutionem destiterint, cum hoc fieri potuerit eo respecta, quod appellatione consortis fuerint freti, non censentur appellationi renuntiasse, Hartm. Pistor. *d. l.* et ita intelligendus Dav. Mev. *p.* 8. *dec.* 105. cum quaevis alia conjectura sumenda sit potius, quam conjectura renunciationis. Cephal. *vol.* 1. *cons.* 25. *n.* 20.

(5). Ut consortes cum appellante eumdem habeant procuratorem, non autem diversum, Matth. Buratt. *dec. rot. rom. dec.* 315. *n.* 7. diversum procuratorem constituendo etenim videntur prohibuisse, ne consors se negotiis ipsorum ingereret, eaque propter illius appellatio illis prodesse non potest, Robert. Lancellot. *c.* 12. *ampl.* 11. *n.* 7. Marcell. Crescent. *dec. rot. rom. dec.* 7. *de procurat. n.* 3. Petr. Franc. Tondut. *de praesent. judic. p.* 1. *c.* 12. *n.* 10. nisi tamen procurator consortis esset negligens, ac agatur de causa connexa, ubi ob connexitatem causae, etiam separatum procuratorem habentibus consortibus, alterius appellatio prodest. Marcell. Crescent. *d. dec.* 7. *n.* 3. Petr. Franc. Tondut. *d. c.* 12. *n.* 10.

(6.) Ut reliqui consortes sententiae non acquieverint, Robert. Lancellott. *d. ampl.* 11. *n.* 12. Guid. Papa *de appellat. qu.* 120. Matth. Burat. *dec.* 315. *n.* 7. Alphon. Manzaned *dec. rot. rom. p.* 2. *tom.* 1. *dec.* 183. Camill. Borell. *in summ. decis. p.* 2. *tit. de appellat. n.* 1051. aut sententiam sive expresse tacite sive approbaverint. Dn. Brunnemann. *ad d. l.* 10. *ff. de appellat. n.* 4. Hartmann. Pistor. *d. quaest.* 47. *n.* 21. Stephan. Gratian. *dec. march.* 142. *n.* 8. Jaffred. Lanfranc. Balb. *dec.* 60. Hieron. de Cevallos *de cognit. per viam violent. qu.* 120. *n.* 4. Unde sententia lata contra duos tutores, reservata facultate probandi remissionem debiti, si unus appellavit, alter vero probationem in se suscepit, illius appellatio huic nequaquam prodest, Stephan. Gratian. *discept. forens.* 1. *c.* 114. *n.* 24. cum suscipiendo in se onus probandi, videatur renunciare beneficio sibi ex alterius appellatione competenti. Arnold. de Reiger. *thesaur. voc. appellatio n.* 329. Confer. dn. Brunnemann. *ad l.* 5. *c. de re judic.*

(7.) Ut intra decendium sciverint esse appellatum Johann. Brunnemann. *ad l.* 19. *ff. de appellat. n.* 4. Johann. Paul. Tolomaeus *dec. rot. rom. lib.* 3. *vol.* 3. *dec.* 883. Stephan. Gratian. *discept. forens. vol.* 1. *c.* 115. *n.* 39. *seq. et dec. march. dec.* 142. *n.* 12. Hartmann. Pistor. *d. qu.* 47. *n.* 23. Ex quo enim quis scivit appellatum esse, et adhuc tacuit, praesumitur fretus appellatione alterius, jurisque beneficio, eaque propter propriam intermisisse appellationem. Hartmann. Pistor. *d. l.* Expressa autem declaratione, se adhaerere velle, non opus est intra decendium, cum illa tantum requiratur, non quando consors, sed quando tertius, negotiorum scilicet gestor, meo nomine appellavit. B. dn. Brunnemann. *ad l.* 23. *ff. de appellat. n.* 2. Hieron. Magon. *dec. lucens. dec.* 49. *n.* 29. Joh. Bapt. Costa. *de retrotract. c.* 8. *cas.* 4. *n.* 7. Quod si vero ignoraverit, appellatum esse, ac sententiae latae non reclamaverit, consortis appellatio illi non proderit, cum sententiam tacite approbasse intelligatur. *l. fin. in f. c. de sent. quae sin. cert. quant. l. ab eo* 3. *cap. quom. et quand. judex.* Matth. Wesenbec. *p.* 7. *cons.* 342. *n.* 108. ut hinc contra non appellantem executio decernatur; Johann. Bapt. Marchesan. *commiss. p.* 1. *c.* 24. *n.* 75. nisi agatur de re individua, ubi ob connexitatem causae executio contra alterum fieri nequit. Arnold. de Reiger. *thesaur. voc. appellatio. n.* 330. Cum autem ignorantia semper praesumatur, *c.* 47. *de reg. jur. in* 6*to.* Anton. Monach. *dec. florent. dec.* 7. *n.* 15. Hieron. Magon. *dec. lucens. dec.* 49. *n.* 11. probatio scientiae ipsi incumbet; ubi tamen scientiam procuratoris allegasse sufficit. Reiger. *d. l.* Stephan. Gratian. *discept. forens. vol.* 1. *c.* 115. *n.* 39. per Carpz. Ruin. *l.* 1. *cons.* 42.

(8.) Ut contrarium prius non fuerint confessi consortes *l.* 2. *cap. quor. appell. non recip.* B. Dn. Brunnemann. *ad l.* 10. *ff. de appellat. n.* 4. Hartmann. Pistor. *d. qu.* 47. *n.* 14. Sua enim confessione effecerunt, ut pro judicatis habeantur, *l.* 1. *et* 6. *ff. de confess. l.* 65. *ff. de re judic.* in quos nullae aliae amplius judicis sunt partes, quam ut condemnet. *l.* 25. §. *f. ff. ad l. Aquil.*

Tandem (9.) requiritur, ut appellatio sit valida, Dn. Brunnemann. *ad d. l.* 10. *ff. de appellat. n.* 4. Johann. Bapt. Costa *de jur. et fact. scient. cent.* 1. *dist.* 31. *n.* 12. id est, ut legitimo tempore interposita sit et justificata. Quod si enim hoc non factum, deserta redditur appellatio, adeoque nullum inde nec in appellantem nec in consortes reduudat commodum, vid *supra cap.* 1. *n.* 36.

Quod si autem haec omnia, quae hactenus dicta, rite fuerint observata, in tantum appellatio communis consortibus est facta, ut, licet appellans protestatus fuerit, se saltem ratione sui interesse non autem in commodum reliquorum appellare, nihilominus tamen appellatio illa consortibus prosit. Hartman. Pistor. *d. qu.* 47. *n.* 11. Georg. Adam. Struv. *syntagm. jur. civ. exerc.* 50. *th.* 10. *in fin.* Quod enim unius appellatio reliquis prosit, id non a consensu appellantis, sed a juris provisione dependet; Hartmann. Pistor. *d. l.* beneficia autem juris nemini sunt auferenda *cap.* 17. *de reg. jur. in* 6*to.* Barbos. *locuplet. l.* 2. *c.* 5. *axiom.* 13. Unde etiam, cum eadem militet ratio, consortes appellationem prosequi poterunt, licet appellans cum appellato transegerit, Hartman. Pistor. *d. l. n.* 10. Sigism. Scacc. *de appellat. qu.* 12. *n.* 78. David. Mev. *p.* 8. *dec.* 105. Joach. Mynsing. *l. resp.* 8. *n.* 11. aut appellationi interpositae renunciaverit. Flamin. Chartar. *dec. genuens. dec.* 37. *n.* 3. Petr. Franc. Tondut. *de praevent. judic. p.* 1. *c.* 12. *n.* 10. Melch. Pelaez. a Meres *de majorat. hisp. p.* 4. *qu.* 14. *n.* 112. Johann. Francisc. Ferentill. *in not. ad Buratt. decis.* 315. *n.* 7. Camill. Borell. *summ. decis. p.* 2. *tit. de judic. n.* 1246. Marc. Ant. Natta *vol.* 1. *cons.* 99. *n.* 2. Vincent. de Franch. *dec.* 658. *n.* 1. Gabriel. *l.* 1. *cons.* 38. *n.* 8.

Atque hoc non tantum in civilibus, sed etiam in criminalibus causis locum habebit. Cum enim et in iis ex veriori sententia appellatio admittatur, *l.* 6. *ff. de appell. c.* 13. *et seq. x. eod.* non tantum, si processus institutus fuerit accusatorius, uti hoc limitat Bened. Carpzov. *in process. tit.* 17. *art.* 4. *n.* 37. *seq. jurispr. forens. p.* 1. *c.* 20. *d.* 20. *praxi. crimin. p.* 3. *quaest.* 139. *et l.* 3. *resp.* 128. *n.* 6. verum etiam, si inquisi-

torius, b. du. Brunnemann. *in proc. civ. c.* 28. *n.* 11. Matth. Berlich. *p.* 2. *dec.* 130. Just Oldekop. *tr. de appellat. in caus. crimin. et observ. crimin. tit.* 5. *observ.* 1. Prosp. Farin. *variar. quaest. quaest.* 101. Nicol.
68 Reusn. *l.* 2. *dec.* 23. *n.* 14. appellatio unius ex pluribus condemnatis etiam sociis criminis prodest, ac executionem in illos suspendit. Arism. Tepat. *compend. decis. tit.* 258. Johann. Papon. *dec. Gall. l.* 19. *tit.* 1. *arrest.* 38. Hartmann. Pistor. *p.* 1. *quaest.* 47. *pr.* Hieron. Treutler. *disput. select. p.* 2. *disputat.* 33. *th.* 2. Petr. Caball. *resol. crimin. caus.* 75. *n.* 4. Prosper. Farin. *d. quaest.* 101. *n.* 17. Camill. Borell. *summ. decis.*
69 *p.* 2. *tit. de judiciis. n.* 1041. tum ob identitatem rationis in *tit. c. si in commun. eademque causa. et tit. c. si unus ex plur. appell.* horumque textuum generalita-
70 tem; tum etiam, quod magis hoc in causis criminalibus videatur admittendum, utpote rebus tam arduis, ubi non de glande legenda, sed de sanguine hominis effundendo agitur.

Illud hic singulare est, quod appellatio unius correi 71
reliquis prosit, quamvis illi acquieverint sententiae, nec se alterius appellationi juvari voluerint. Just. Zinzerling. *de appellat. concl.* 12. *lit. b.* Henr. Schreiber, *dissert. de juvam. appellator.* §. 10. *in fin.* quae extat inter. *diss. basileens. vol.* 5. Etenim cum nemo mem- 72
brorum suorum sit dominus, *l.* 13. *pr. ff. ad leg. aquil.* non auditur perire festinans, *l.* 6. *ff. de appell.* sed ei humanitatis ratione ex uniuscujusque appellatione auxilium quaeritur; quam ob causam Petr. Rebuff. *in prooem. constit. regn. Franc. n.* 100. monet, in regno 73
Galliae in criminalibus renunciationem appellationis non admitti.

CAPUT III.

De communione appellationis ratione partis adversae.

SUMMARIA

Inaequalitas mater discordiae. n. 1.
Aequalitas mater concordiae. n. 2.
Et observanda in judiciis. n. 3.
Unde quod licet actori, etiam licet reo, et vice versa. num. 7.
Idem quoque obtinet in appellationibus. n. 14.
An l. ult. c. de appell. *sit ex* 80. *decisionibus? n.* 16.
Appellatio est beneficium commune. n. 21.
Appellatus potest adhaerere appellationi. n. 24.
Quod intra decendium fieri debet. n. 26.
Adhaesione facta appellans non potest renunciare appellationi. n. 30.
Appellatus potest prosequi appellationem desertam. num. 36.
An ante citationem appellationi renunciare liceat? num. 39.
Judex potest corrigere sententiam in favorem appellati etiam eo non petente. n. 41.
Resp. ad object. 1. *n.* 43.
Ad object. 2. *n.* 46.
An judex appellationis appellantem debeat condemnare in expensas? n. 50.
An in usuris intermedii temporis? n. 53.
Si a certis capitulis appellatum, non est communis appellatio. n. 61.
Nisi sint capitula connexa. n. 64.
Aliud si separata. n. 71.
Cautela pro appellante. n. 78.
Si in partibus appellatum, qui facere debeat appellatus? n. 80.
Non est communis appellatio, si utraque pars appellaverit seorsim. n. 81.
An appellanti prosit, quod appellatus prosecutus fuerit appellationem desertam? n. 84.
An etiam in causis criminalibus appellatio parti adversae prosit? n. 88.

1 Ut inaequalitas litium et discordiarum est fomes, *c.* 1. *c.* 16. *qu.* 7. Ernest. Cothmann. *l.* 1. *resp.* 23. *n.* 24.
2 Joseph. Ludov. *dec. lucens.* 29. *n.* 15. ita e contrario aequalitas mater concordiae, Christ. Philipp. Richter. *p.* 1. *dec.* 29. *n.* 34. praecipuaque civitatis est felicitas. Jacob. Omphal. *de usurpat. leg. l.* 2. *c.* 6. *n.* 1. Unde 3
ea semper fieri debet interpretatio, per quam utrique 4
parti consultum. Joh. Grivell. *dec. dolun.* 86. *n.* 33. Matth. de Affliet. *decis.* 273. *in fin.* Ludov. Bellus *cons.* 16. *n.* 42. Vincent. Fusar. *cons* 109. *n.* 61.

Ea autem, si unquam alibi, certe in judiciis est ob- 5
servanda, Joh. Frid. Schmid. *consil. argent. vol.* 1. *cons.* 43. *n.* 12. Feder. Petruc. de Senis. *cons.* 289. Franc. Niconit. *tom.* 3. *p.* 2. *repetit. ad c.* 11. *X. de probat. n.* 674. cum judicium non debeat claudicare, 6
c. 5. *X. de except.* Andr. Gail. *l.* 1. *obs.* 91. *n.* 14. Mart. Uran. *tom.* 2. *cons.* 38. *n.* 91. claudicaret autem, si non servaretur aequalitas.

Hinc quam rectissime constitutum, ut quod actori 7
licet, et reo debeat licere, et quod huic prohibitum, et illi debeat esse prohibitum. *l.* 41. *pr. ff. de reg. jur. c.* 32. *eod. in* 6*to.* Barbos. Locuplet. *l.* 1. *c.* 25. *ax.* 8. Correlata enim sunt actor et reus, Mar. Anton. Ma- 8
cerat. *var. resol. l.* 3. *res.* 9. *n.* 3. et a pari procedunt, *c.* 2. *x. de mut. petit. l. fin. c. de fruct. et expens.* 9
lit. Ernest. Cothman. *vol.* 2. *resp.* 82. *n.* 57. Unde ad 10
imparia judicari vel obligari non debent. Marc. Anton. Peregrin. *vol.* 1. *cons.* 93. *n.* 21. Flav. Amendola *not. ad vinc. de Franchis dec.* 420. *n.* 1. Franc. Becc. *cons.* 43. *in fin.*

Quapropter quoties reus in judicio appellationis no- 11
vum opposuit exceptionem, toties actor nova producere potest jura, quae tendunt ad exceptionis noviter oppositae exclusionem; Marc. Ant. Camuncul. *dec. bonon. dec.* 45. *n.* 2. per Pacif. de Salv. *dec.* 168. *n.* 10. 12
et prorogatio fatalium ab una parte facta, prodest quoque parti adversae; Jacob. Put. *dec. rom. l.* 2. *dec.* 466. Laurent. Ursell. *conclus. legal. concl.* 129. *n.* 406. 13
Imo generaliter privilegium concessum uni ex litigantibus, in alterius quoque personam locum habet. *l. fin.* §. 3. *c. de re milit.* Acac. Enenkel. *de privil. l.* 2. *c.* 4. *n.* 9. Dn. Brunn. *ad l. fin. c. de fruct. et expens. lit. n.* 4. ubi limitat.

Non observabatur olim haec aequalitas in appella- 14
tionum auditoriis, ubi is solus post sententiam judicis emendationem meruerat, qui ad provocationis convolasset auxilium, altera parte, quae hoc non fecisset,

sententiam sequi, qualiscumque fuisset, compellenda,
15 *l. ampliorem fin. pr. c. de appell.* ideoque non sine ratione antiquam hanc observationem emendavit imperator, *d. l. ampliorem*, et ut appellatione introducta, etiam appellatus uti, ac judiciale mereri praesidium posset, sancivit.

16 Prodiit illa constitutio sub consulatu Lampadii et Orestis, ac directa est ad Julianum praefectum praetorio. Unde cum haec nota sit quinquaginta decisionum, quas imperator codici repetitae praelectionis inseri jussit, Joh. Strauch. *ad* 50. *decis. diss.* 1. *c.* 1. *n.* 4.
17 18 et hanc ex earum numero esse, videri posset. Verum cum differentia sit inter novas decisiones, et novas constitutiones, ita ut in illis jus vetus controversum decidatur, in his vero jus vetus certum immutetur,
19 dn. Praeses *in praecogn. jur. univers. cap.* 2. §. 18. et imperator insuper eo charactere quinquaginta decisiones designaverit, quod per eas antiqui juris placaverit altercationes, §. 3. *instit. de libertin.* Confer. Emund. Merill. *ad* 50. *decis.* Petr. Franc. Linglois *ad* 50. *decis.* Hieron. Cagnol. *ad l. fin. cap. de pact.*
20 *num.* 8. verius est, hanc legem non quinquaginta decisionum, sed novarum illarum constitutionum numero contineri.

21 Effectum autem est per hanc legem, ut appellatio utique parti commune dicatur beneficium, Franc. Marc. *dec. parlam. delphin. tom.* 1. *dec.* 1182. *n.* 24. Mar. Giurb. *dec. sicil.* 30, *n.* 5. Joch. Bapt. Ferret. *cons.* 72. *n.* 5. Octav. Cacheran. Osasch. *dec. pedemont.* 131. *n.* 12. Joh. Petr. Surd. *dec.* 143. Johann. Franc. Purpurat. a Pignerol. *cons.* 62. *n.* 4. Paul. Christin. *dec. belgic. vol.* 1. *dec.* 22. *n.* 1. Franc. Salgad. de Somoza *de protect. reg. vi oppress. appell. p.* 3. *c.* 16. *n.* 66. Joach. Mynsing. *cent.* 2. *obs.* 21. Joh. Dekher. *relat. cam.* 1. *n.* 10. Andr. Gail. *l.* 1. *obs.* 122. *n.* 33. Joh. Bapt. Costa *de jur. et fact. scient. cent.* 1. *dist.* 31. *n.* 1. Alex. Trentacinqu. *var. resol. l.* 2. *tit. de appell. resol.* 8. *n.* 2. Joh. Franc. Marcian. *disp. forens. l.* 1. *disp.* 16.

22 Distinguendum tamen, an generaliter a tota sententia, an vero a certis tantum sententiae capitulis fuerit
23 appellatum. Etenim si generaliter a sententia tota appellatum est, liberum est appellato, an interpositae appellationi adhaerere velit, an non. Poterit enim omnino
24 ei adhaerere, Matth. Buratt. *dec. rom.* 123. *n.* 8. Hieron. Magon. *de Florent. dec.* 55. *n.* 3. Octav. Cacheran. Osasch. *dec. pedemont. dec.* 142. *n.* 21. Franc. Cyriac. Niger. *controv. for. p.* 1. *contr.* 183. *n.* 4. Joh. Petr.
25 Surd. *dec.* 237. *n.* 8. et sic dicitur effici unus spiritus cum appellante. Hieron. Magon. *dec. florent. dec.* 11. *num.* 9.

26 Uti autem appellatio ab ipso appellante intra decendium interponenda *auth. hodie c. de app.* Steph. Gratian. *dec. march. dec.* 149. *n.* 1. Guid. Pap. *dec. delphin. dec.* 236. Matth. de Afflict. *dec. neapol. dec.* 344. Joh. Bapt. Coccin. *dec. rom. dec.* 183. *n.* 1. Seraphin. Olivat. Razzal. *dec. rom. dec.* 505. *n.* 7. Pompej. Cot-
27 ta *dec. rom.* 55. *n.* 2. quod tempus de momento in momentum, Caesar. Barz. *dec. bonon. dec.* 52. *n.* 12. Bened. Carpz. *jurispr. forens. p.* 1. *c.* 19. *d.* 13. *n.* 5. *et c.* 20. *def.* 5. *n.* 8. Matth. Berlich. *p.* 1. *concl.* 50. *n.* 16. Andr. Gail. *l.* 1. *obs.* 139. *n.* 5. Jo. Brunn.
28 *ad l.* 6. *c. de appell. n.* 24. scienti currit, *l.* 1. §. *fin. ff. quand. appelland.* Andr. Lipsk a Lipe *dec. polon. sent.* 1. *obs.* 93. *n.* 3. Peregr. Fabius *dec. rom. vol.* 2. *tom.* 2. *dec.* 111. *n.* 5. Ludov. Posth. *resol.* 190. *n.* 4. ita et adhaesio intra decendium ab appellato fieri debet. Hieron. Magon. *decis. lucens dec.* 9. *n.* 29. Joh. Paul. Tolomaeus *dec. rom. vol.* 3. *tom.* 3. *dec.* 777. *n.* 3. Guid. Papa *dec.* 13. Alex. *l.* 2. *consil.* 107. Johann. Petr. Fontanell. *p.* 2. *dec.* 413. *n.* 13. Joh. Grivell. *dec.* 46. *n.* 2.

Qua adhaesione facta appellans in praejudicium ap- 31
pellati appellationem suam, nec frustratoriam dicere, Vital. de Cambanis *tract. clausul. p.* 44. *n.* 6. nec ei sive tacite sive expresse renunciare potest; Octav. Cacheran. Osasch. *dec. pedemont. dec.* 131. *n.* 12. David. Mev. *p.* 5. *dec.* 215. *n.* 5. Arism. Tepat. *compend. decis. tit.* 256. *c.* 10. Joh. Aloys. Ricc. *collect. decis. p.* 7. *dec.* 2721. Hercul. Marescott. *var. resol. l.* 1. *c.* 5. *n.* 8. Joh. Franc. del Castillo *decis. sicil. dec.* 78. *n.* 2. Mar. Mut. *decis.* 55. *n.* 19. Joh. Bapt. Laderch. *cons.* 4. *n.* 2. Melch. Pelaez a Meres *de major. hispan. p.* 4. *qu.* 114. *n.* 112. Ludov. Posth. *resol.* 94. *n.* 15. Joh. Bapt. Marchesan. *commiss. p.* 2. *c.* 10. *n.* 11. Steph. Gratian. *dec. march.* 83. Vincent. de Franch. *dec.* 457. *n.* 4. Licet enim quis appellationi suae re- 32
nunciare possit, Mart. Monter. a Gueva *dec. arrog. dec.* 8. *n.* 23. Joh. Brunnem. *ad l.* 1. *ff. a quib. appell. non lic. n.* 3. *et ad l.* 28. *c. de appell. n.* 3. Pompej. Limp. *repetit. jur. vol.* 2. *fol.* 323. *n.* 98. Joh. Petr. Fontanell. *p.* 2. *dec.* 595. *n.* 13. hic tamen 33
appellantis facto jam suspensa est sententia, *c.* 19. X. *de jurejur.* et inde appellato jus quaesitum *l.* 6. *c. de in integr. restitut.* Joh. Bapt. Landerch. *cons.* 4. *n.* 4. 34
Joh. Baptist. Valenzuel. *vol.* 1. *cons.* 49. *n.* 22. quod ipsi invito cursus auferri nequit *l. fin. ff. de pact.* 35

Et hinc est, quod appellatus etiam prosequi possit 36
appellationem, licet appellans illam deseruerit, nec prosecutus fuerit, *c. oblatae x. de appell.* Christoph. Haunold. *de just. et jure tom.* 5. *tr.* 5. *c.* 2. §. 2. *n.* 315. Georg. Adam. Struv. *synt. jur. civ. ex* 50. *th.* 16. Joh. Bapt. Marchesan. *commiss. p.* 2. *c.* 10. *n.* 4. Bernhard. de Besignett. *dec.* 18. *de appell.* Marcell. Crescent. *dec.* 9. *de appellat. alius* 45. Petr. Cornel. Brederod. *de appell. p.* 2. *t.* 1. *in fin.* Arismin. Tepat. *compend. decis. tit.* 254. *c.* 6. cum per deserti- 37
nem appellationis effectus alteri parti communis non sit sublatus, Marc. Ant de Amat. *var. resol. l.* 1. *c.* 9. *n.* 14. *seq.* Caesar. de Grassis. *dec.* 8. *alias* 2. *de rescript. n.* 9. et negligentia appellantis in prosequen- 38
do appellationem non debeat nocere appellato Aegid. Bellamer. *Tholosan. dec. concl.* 207.

Quod si non adhaeserit expresse, integrum quidem 39
est appellanti, appellationi suae renunciare, antequam citationem adversus partem adversam extraxerit, ac appellationem interpositam prosequi inchoaverit, b. du. Brunnemann. *ad l.* 28. *c. de appell. n.* 4. Bened. Carpz. *p.* 1. *c.* 19. *d.* 8. *n.* 5. Alex. Trentacinq. *var. resol. l.* 2. *tit. de appell. resol.* 8. *n.* 3. Andr. Gail. *l.* 1. *obs.* 122. *n.* 4. Guid. Papa *dec.* 38. *n.* 10. Joseph. Ludov. *l.* 2. *dec.* 59. *n.* 4. Daniel. Möller. *semest. l.* 4. *c.* 35. Matth. Coler. *p.* 1. *dec.* 8. *n.* 4. cum ante cita- 40
tionem appellato nullum adhuc jus ex alterius appellatione quaesitum sit. Conf. Andr. Rauchbar. *qu. jur. civ. et sax. p.* 1. *qu.* 12. *n.* 2. *seq.* Robert. Lancell. *de attentat. p.* 2. *c.* 12. *ampl.* 12. *n.* 11. Joh. Brunnem. *disp. de adhaes. togata. c.* 5. §. 6.

Postquam autem appellationem suam prosequi in- 41

choavit appellans, appellatus se non minus ejus appellatione juvare potest, ac si ipse appellasset, vel appellationi expresse adhaesisset, Nicol. Böer. *dec. Burdigal. dec.* 73. *n.* 7. Joseph. Ludov. *dec. lucens.*
42 *dec.* 57. Aegid. Bellamer. *decis. Tholosan. concl.* 357. et judex appellationis, licet appellatus nihil horum petat, sententiam priorem reformare, ac in favorem appellati corrigere potest. *l. ampliorem pr. fin. c. de appell.* Bened. Carpz *p.* 1 *c.* 19. *def.* 12. Arism. Tepat. *compend. decis. tit.* 265. *c.* 13. Johan. Mohedan. *dec. rom.* 293. Joh. Surd. *dec.* 143. Carol. Ant. de Luca *prax. judic. c.* 71. *n.* 13. Feder. Petruc. de Senis. *cons.* 133. *n.* 2. Nicol. Intrigliol. *cons.* 5. *n.* 40. Joseph. Ludov. *dec.* 67.

43 Obstare quidem videtur (1.) quod pars quae tacuit et non appellavit, videatur sententiae acquiescere, *c. quod ad consultationem* 15. *x. de sentent.* Joseph. Ludov. *dec.* 552. *n.* 4. Matth. Wesenb *p.* 7. *cons.* 342. *n.* 108. Mar. Giurb. *dec.* 30. *n.* 13. Joh. Petr. Fontanell. *dec. catalon. p.* 2. *dec.* 412. *n.* 7. *sq.* Alex. Raudens. *vol.* 1. *cons.* 15. *n.* 7. Hyppol. Riminald.
44 *cons.* 48. *n.* 2 Verum respondetur: videri quidem hanc partem acquiescere, non tamen aliter, quam quatenus altera acquievit, dissentire vero omnino quatenus altera appellat. Mar. Muta *dec. sicil. dec.* 55. *n.* 1. Ludov. a Peguer. *decis. catalon. dec.* 196. *n.* 6. Gregor. de Gamavero *decis. neapol. dec.* 51. *n.* 22.
45 Et non est novum, quod quis ex alterius persona consequatur, quod ex sua non poterat. *l.* 55. *ff. de acquir. haeredit.* Du. Brunnem. *ad l.* 32. *c. de appell. n.* 7. Conf. Barbos. *locuplet. l.* 14. *c.* 30. *ax.* 3. *et l.* 18. *c.* 13 *ax* 3. Du. Praes. *in diss. de jur. ex alter. person. compet. citra success. et cession.*

46 (2.) Obstare videtur, quod judex non possit judicare, nisi de eo, quod in contestationem est deductum, et non impertiatur officium suum, nisi fuerit imploratus. *l.* 4. §. 8. *ff. de damn. infect. l.* 1. *c. ut*
47 *quae des. advoc. part. jud. suppl.* Respondetur enim, judici tamen appellationis statim atque causa ad eum devoluta est, incumbere officium rerum omnium, quaecunque in judicio versantur. Petr. Costal. *adversar. jur. ad l.* 25. §. 8. *ff. de aedil. edict.* Carpz. *process. tit.* 18. *art.* 1. §. 10. *n.* 79. Ludov. Posth. *resol.* 536. *n.* 11. Casp. Ant. Thesaur. *dec.* 135. *n.*
48 2. Barbos. *locuplet. l.* 9. *c.* 88. *ax.* 5. *lim.* 4. et sic eum teneri ex actis, etiam absente appellato, supplere ea, quae pro appellato faciunt. David Mev. *p.* 4. *dec.* 51. *in fin.* Joh. Petr. Surd. *decis.* 143. *n.* 4. Johan. Cephal. *cons.* 422. *n.* 10. *seqq.* Jouch. Mynsing. *cent*
49 2. *obs.* 21. Quoties enim contra absentem sententia potest ferri definitiva, toties judex supplere potest ea, quae sunt facti. b. dn. Brunnem. *ad l. fin. c. de appell. n.* 3. Ferdin. Vasqu. *p.* 2. *controv. illustr. l.* 2. *c.* 39. *n.* 21.

50 Et hinc est, quod cum appellatus non debeat ab omissa condemnatione expensarum appellare, *l. omnem honorem fin. c. quand. provoc. non est necess.* Ste-
51 phan. Gratian. *dec. march.* 83. *n.* 1. propter bonorem scilicet judicis, qui non minima affici videtur injuria, si utraque pars appellet, Andr. Lipsk. a Lipe *dec. polon. cent.* 1. *dec* 92. *n.* 2. *et* 3. Benedict.
52 Carpz. *p.* 1. *cap.* 19. *def.* 12. *n.* 3. Judex appellantem in eas, etiamsi appellatus id non petierit, condemnare debeat. Johan. Bapt. Marchesan. *commiss. p.* 1. *c.* 24. *n.* 38 *seqq.* Joseph. Mascard. *de probat. vol.* 1. *concl.* 117. *n.* 15. Joh. Petr. Surd. *dec.* 143. *n.* 7. Quod si autem victus non appellaverit, aut appel 53
laverit quidem, sed non a tota sententia, aut appellationem non fuerit prosecutus, victor appellare utique, ut expensas consequatur, necesse habet, *l.* 3. *c. de fruct. et expens. lit.* Borgnin. Cavalcan. *dec. fori fiviz. dec.* 15. *n.* 33. Stephan. Gratian. *discept. forens. vol.* 4. *c.* 716. *n.* 11. Petr. Barbos. *ad l.* 79. *ff. de judic. n.* 182. ne alias damno afficeretur, sciens a 54
parte victa appellatum esse, eaque propter se appellatione non indigere, quod ferendum non est. Dn. Brunnem. *ad d. l. fin. c. quand. provoc. non est necess. n.* 4.

Similiter, quamvis in prima instantia nihil de nostris fuerit dictum, appellationis judex in eas appel 55
lantem condemnare et potest et debet; h. dn. Brunnemann. *ad l.* 24. *ff. de appellat.* Bened. Carpz. *p.* 1. *cap.* 20. *def.* 21. modo ex natura propositae actionis 56
in condemnationem veniant. *d. l.* 24. *ff. de appell. l.* 41. *ff. de usur. l. fin. ff. de re judic.* Iniquum enim 57
foret, liberari appellantem ab earum restitutione, cum per protractam appellatione sua sententiae executionem nimium quantum excreverint, arg. *l.* 7. *c. de except. rei judic.* Carpz. *de def.* 21. moraque amplius purgari 58
nequeat, si res integra non sit, *l.* 6. *ff. de option. legat.* Caes. Barz. *dec. bonon. dec.* 50. *n.* 53. Hercul. Marescott. *var. resol. l.* 2. *c.* 124. *n.* 26. Matth. Ber 59
lich. *dec.* 58. *n.* 3. quae tunc integra esse desiit, quando actoris interesse coepit. *l.* 135. §. 2. *ff. de verb. oblig.* Confer. dn. Praes. *vol.* 1. *diss.* 8. *de purgat. mor. c.* 4. *n.* 10.

Atque haec ita obtinent, si a tota sententia fuerit 60
appellatum, quod et amplius extendunt ad eum casum, si appellans a tota quidem appellavit sententia, in justificatione appellationis vero non omnia, sed certa duntaxat sententiae capitula impugnavit. Bened. Carpzov. *p.* 1. *c.* 19. *def.* 10. *n.* 4.

Si autem a certis tantum capitulis appellatum est, 61
adversae parti appellatio communis esse non videtur; Franc. Salgat. de Somoza *de reg. protest. vi oppress. appell. p.* 3. *c.* 16. *n.* 67. Franc. Marci *dec. delphin. p.* 2. *qu.* 143. *n.* 13. Joh. de Amicis. *cons.* 29. b. dn. Brunnem. *ad l. fin. c. de appell. n.* 7. Hieron. Magon. *dec. florent. decis.* 55. Gomez. Leonin. *dec. valent dec.* 72. Joh. Petr. Fontanella. *dec. catal. p.* 2. *dec* 413. *n.* 1. Petr. Rebuff. *in const regn. franc. tit. de rescript. art.* 3. *gloss.* 4. cum limitata causa 62
nonnisi limitatum producat effectum *l.* 16. *ff. de a. r. d. l.* 2. *ff. de peric. et commod. rei vendit.* Franc. Viv. *dec.* 380. *n.* 21. Herman. Vultej. *vol.* 3. *cons.* 29. *n.* 25. Conf. Barbos. *locuplet. l.* 10. *c.* 20. *ax.* 2.

Distinguendum tamen omnino hic est, an senten 63
tia, a qua pro parte tantum appellatum, plura contineat capitula connexa, an vero capitula separata. Etenim si connexa contineat capitula, et ab uno eo 64
rum fuerit interposita appellatio, ea adhuc adversae parti communis erit, ita, ut illi liberum sit, in capitulis connexis appellationi adhaerere; Franc. Salgad. de Somoza *de reg. protect. vi oppress. appell. p.* 3. *c.* 15. *n.* 38. Herm. Vultej. *vol.* 3. *cons.* 29. Marc. Ant. de Amat. *resol.* 9. *n.* 5. Petr. Franc. Tondut. *de pruevent. judic. p.* 1. *c.* 12. *n.* 10. Jul. Caes. Ruginell. *de appell.* §. 6. *gloss.* 1. *c.* 1. *n.* 16. Joh. Petr. Fon-

lanell. *p.* 2. *decis.* 413. Jacob. Cancer. *var. resol. l.* 3 *c.* 17. *n.* 74. Johan. Petr. Surd. *dec.* 143. *n* 4.

65 Connexitas enim, communio et unio causae operantur, ut causas devolvant, quae alias non devolverentur, Gars. Mastrill. *dec. sicil. dec.* 42. *n.* 7. cum connexorum idem sit judicium. Vincent. de Franch. *dec.* 467. *n.* 1. Barbos. *locuplet. l.* 3. *c.* 51. *ax.* 3.

67 Connexio autem aestimanda inprimis est, non ex rebus, sed ex causa petendi, Herm. Vultej. *d. vol.*

68 3. *cons.* 29. *n.* 3. ita, ut si haec una sit, capitula, quae in actionem veniunt, licet de diversis rebus sint concepta, adhuc tamen censeantur connexa. Hect. Capyc. Latro *dec.* 83. *n.* 10. Jac Put. *decis. rot. rom.*

69 *l.* 1. *dec.* 323. *in fin.* Dec. *cons.* 421. *n.* 4. Sic enim obligationes se invicem respiciunt, unaque sine altera

70 stare, Franc. Marcian. *disp. forens. l.* 1. *disp.* 16. *n.* 12. vel ab altera separari nequit. Jac. Aemylian. *consil.* 75. *n.* 12. Jac. Menoch. *de arbit. jud. quaest. l.* 2. *cas.* 95. Nicol. Boër. *dec.* 63. *n.* 4. Fulv. Pacian. *de probat. l.* 1. *c.* 26 *n.* 40.

71 Sin autem capitula plura diversa aut separata contineat sententia, eo casu appellatio ab uno capitulo, parti adversae non est communis; Achill. de Grassis *decis. rot. rom.* 8. Johan. Franc. del Castillo *dec.* 31. *n.* 3. Franc. Salgad. de Somoza. *p.* 3. *c.* 15. *n.* 21. Johan. Bapt. Hodiern. *addit. ad surd. decis.* 143. *n.* 3. Franc Bursat. *l.* 2. *cons.* 176. *n.* 47. Olivar. Beltramin. *in not. ad Ludov. decis.* 552. *lit. a.* Mar.

72 Giurb. *dec.* 30. *n.* 12. separatorum enim separata est ratio. *l.* 20. *ff. de minor.* Marc. Anton. Macerat. *var. resol. l.* 4. *resol.* 111. *n.* 4. Claud. Cantiuncula *cons.* 10. *n.* 13. Hieron. Laurent. *decis. avenion. decis.* 53. *n.* 5.

73 Siquidem cum hoc casu tot intelligantur sententiae, quot ejus sunt capitula, Bened. Carpz. *p.* 1. *c.* 19. *def.* 9. *n.* 7. Andr. Gail. *pract. observ. l.* 1. *obs.* 110. *n.* 2. Hieron. Magon. *dec. florent. dec.* 36. *n.*

74 2. appellatio ab uno non suspendit jurisdictionem prioris judicis in aliis capitulis separatis, dn. Brunnem. *ad l.* 12. *c. de reb. cred.* Barnab. Cornezzan. *dec. lucens. dec.* 63. *n.* 1. Petr. Paul. Paris. *l.* 1. *cons.* 66. *n.* 3. Robert. Lancell. *de attentat. p.* 2. *c.* 12. *lim.* 2. *n.* 5. Bened. Carpzov. *p.* 1. *c.* 20. *def.* 22. *n.* 4. Matth. Berlich. *p.* 1. *c.* 38. *n.* 107. Joseph. Ludov. *dec.* 552. *n.* 3. Dav. Mev *p.* 3. *dec.* 106. Nicol.

75 Böer. *dec.* 73. *n.* 3. *seqq.* sed in reliquis sententia transit in rem judicatam; Johan. Franc. de Castillo *Dec.* 64. *n.* 1. Carpz. *p.* 1. *c.* 19. *def.* 9. Franc. Salgad. de Somoza. *p.* 3. *c.* 15. *n.* 1. Octav. Cacheran. Ossech. *dec.* 142. *n.* 7. Franc. Bursat. *l.* 2. *cons.* 155. *n.* 2. Jul. Caesar. Ruginell. *de appell.* §. 2. *cap.* 4.

76 *n.* 49. cum non sit absurdum, sententiam pro parte esse appellabilem, pro parte vero executivam. Marc. Ant. Camuncul. *dec. bonon. dec.* 47. *n.* 3. Jac. Put. *dec. rom. l.* 1. *dec.* 315. *n.* 3. Joseph. Ludov. *dec.* 488.

77 *n.* 4. Judex enim appellationis non potest de alio cognoscere, quam quod per appellationem ad eum est devolutum. Dn. Joh. Brunnem. *ad l.* 4. *c. de tempor. appell. n.* 3. Dav. Mevius *p.* 2. *dec.* 245. *n.* 6. Bened. Carpz. *proc. tit.* 17. *art.* 1. *n.* 83. Clem. Merlin. *dec. rom. p.* 1. *dec.* 30. *n.* 1. Hieron. Magon. *dec. lucens. dec.* 53. *n.* 15. Borgnin. Cavalcan. *p.* 1. *dec.* 25. *n* 6. Anton. Monach. *dec.* 40. *n.* 6. Matth. Berlich. *p.* 1. *concl.* 38. *n.* 107. Ant. Faber. *in cod. l.* 7. *tit.* 26 *def.* 45. *n.* 2. Marc. Ant. Natta *cons.* 573. *n.* 35. Nicol. Boer. *dec.* 73. *n.* 3. Casp. Klock *vol.* 2. *cons.* 51. *n.* 6.

Hinc pro appellante consultius est, pro parte tantum, sive limitate a praejudicialibus capitulis appellare. Matth. Burati. *dec. rom. dec.* 491. 4. Sic enim 79 appellatus ejusmodi appellationi limitatae nec expresse nec tacite adhaerere potest, nisi in illo capitulo, a quo appellatum. Franc. Marcian. *dis. forens. l.* 1. *disp.* 16. *n.* 7. Vincent. Franch. *dec.* 467. *n.* 4. Alex. Trentacinqu. *var. resol. l.* 2. *tit. de appell. resol.* 7. Dn. d. Brunn. *ad l.* 13. *ff. de appell. et diss. de adhaesion. topat. c.* 5. § 8. Unde opus habet, ut non tan- 80 tum expresse adhaereat, sed et reliqua sententiae membra, quibus se gravatum putat, adhaesionis schedulae inserat, ac ita ipse appellet. Bened. Carpz. *process. tit.* 17. *art.* 2. *n.* 49. Jul. Caes. Ruginell. *de appellat.* §. 6. *gloss.* 1. *c.* 1. *n.* 35. Gars. Mastrill. *dec. sicil. dec.* 45. *n.* 17. Joh. Ant. Lanar. *cons.* 33. *n.* 22. Franc. Marci. *dec. delph. tom.* 2. *dec.* 143. *n.* 13.

Cessabit autem hoc beneficium *leg. ult. c. de ap-* 81 *pellat.* si utraque pars seorsim appellaverit, ac in prosecutione appellationis defecerit. Johann. Bapt. Costa *de jur. et fact. scient. cent.* 1. *dist.* 30. *n.* 6. Jul. Caes. Ruginell. *de appell.* §. 6. *gloss.* 1. *c.* 1. *n.* 43. Joh. Aloys. Ricc. *collect. decis dec.* 1467. Paul. Rubeus *decis. rot. rom. dec.* 30. Jac. Mandell *cons.* 507. *n.* 14. Renunciasse enim censetur huic legis beneficio, 82 cum provisio hominis faciat cessare provisionem legis. Carpz. *p.* 2. *c.* 20. *def.* 4. *n.* 10. Franc. Becc. *cons.* 82. *n.* 26. Barbos. Locuplet. *l.* 14. *c.* 104. *ax.* 5. Nisi 83 tamen capitula sint connexa, ubi nihilominus ob connexitatem causae petere potest appellatus, ut sententia in sui favorem reformetur. Petr. Franc. Tondut. *de praevent. judic. p.* 1. *c.* 12. *n.* 10. Franc. Cyriac. Niger. *controvers. forens. p.* 1. *c.* 183. Marc. Ant. de Amat. *var. resol. c.* 9. *n.* 11. Johan. Aloys. Ricc. *collect. decis. dec.* 3602.

Pari modo ob connexitatem causae, ex persona ap 84 pellati, qui appellationem desertam ab appellante prosecutus est, appellanti hoc beneficium concedunt, ita ut reformationem sententiae in sui favorem sperare possit. Seraphin. Olivar. Razza. *p.* 2. *dec.* 1469. *n.* 2. Octav. Cacheran. Ossech. *dec. pedemont. dec.* 28. *n.* 8. Anton. de Reiger. *Thesaur. jur. voc. appellation.* 333. Jul. Caes. Ruginell. *appellat.* §. 6. *gloss.* 1. *c.* 1. *n.* 13. cum appellatus prosequendo appellationem 85 videatur desertionem remisisse, Nevizan. *cons.* 41. *n.* 26. Steph. Gratian. *discept. forens. vol* 1. *c.* 1. *n.* 7. Verum de hoc dubito, cum deserens renunciare 86 censeatur appellationi, Clem. Merlin. *dec. rot. rom. dec.* 275. *n.* 1. et sententiam approbare; Alex. Sperell. *p.* 1. *dec.* 85. *n.* 18. Gars. Mastrill. *dec.* 166. *n.* 11. et insuper haec remissio desertionis non im- 87 pedire posset, quo minus judex appellationis adhuc appellationem pronunciet desertam. Olivar. Razzal. *d. l.* Cacheran. *d. l.*

Coronidis loco adhuc monendum est, decisionem 88 *leg. ampliorem. c. de appellat.* non tantum locum sibi vindicare in causis civilibus, verum etiam obtinere in causis criminalibus. Et hinc fiscus non tantum ipse 89 appellare, sed etiam appellationi rei condemnati adhaerere, et ut sententia criminalis exasperetur, petere

potest. Ludov. a Peguera' *dec. catal. dec.* 194. Joh. Petr. Fontanell. *p.* 1. *dec. catal. dec.* 122. *et* 123. Joh. Grivell. *decis. dolan. dec.* 46. *n.* 5. ubi ita judicatum esse refert. In eo autem mutata videtur *l. ampliorem*, quod cum in civilibus judex appellato praesente, et non petente, sententiam in favorem appellati emendare non possit, *d. l. ampliorem ibi*: *sin autem absens fuerit.* in criminalibus tamen etiam praesente advocato fisci et sententiae acquiescente, sententia in favorem fisci a judice emendari possit et debeat, modo fiscalis libello suo inseruerit clausulam illam salutarem de jure et justitia sibi administranda. Johan. Petr. Fontanell. *d. dec.* 123. *n.* 4. *seqq.*

CAPUT IV.

De communione appellationis ratione tertii.

SUMMARIA

Acta inter alios an aliis noceant? n. 2.
Tertius a sententia inter alios lata appellare potest. n. 6.
Non gravatus non appellat. n. 8.
Tertius docere debet de suo interesse. n. 10.
Qualis esse debeat illa probatio? n. 12.
Quanto tempore probare debeat interesse? n. 15.
An ipsi deferri possit juramentum calumniae? n. 16.
Quale debeat esse interesse? n. 18.
Venditor appellare potest emptore condemnato. n. 20.
Quid si emptor remiserit evictionem? n. 24.
An venditori lis debeat esse denunciata? n. 25.
Emptor appellare potest venditore condemnato. n. 27.
An praecise appellare debeat? n. 28.
Creditor debitore condemnato. n. 30.
Fidejussor reo principali condemnato. n. 34.
An pendente appellatione fidejussoris debitor conveniri possit? n. 35.
Reus condemnato fidejussore. n. 38.
Quid si sententia per injuriam judicis lata? n. 39.
Cohaeres, aut substitutus, haerede victo. n. 42.
Fideicommissarii et legatarii condemnato haerede. n. 43.
An haeres teneatur appellare condemnato legatario? n. 45.
Uxor condemnato marito. n. 46.
Agnati condemnato vassallo. n. 48.
Dominus condemnatis subditis. n. 49.
Dominus molendini bannarii. n. 50.
Quid si sententia lata contra eum, cujus secundario interest? n. 53.
Quid si sententia lata in contumacia? n. 55.
Quid si per collusionem? n. 56.
Potest etiam adhaerere tertius. n. 57.
Intra quantum tempus appellare aut adhaerere debeat? n. 59.
Potest appellationem alterius prosequi. n. 62.
In quo statu tertius causam suscipere debeat? n. 64.
Victoria tertii, prodest principali jam victo. n. 67.
Ejus appellatio impedit executionem. n. 68.
Potest appellare tertius licet principales non possint. n. 73.
E. g. Si tertia vice appelletur. n. 74.
Aut clausula adsit remota appellatione. *n.* 76.
In criminalibus potest tertius appellare. n. 84.
Conclusio. n. 88.

1 Expositum hactenus, quomodo appellatio, non tantum appellantii, ejusque consortibus; verum etiam parti adversae, appellato scil. existat communis. Restat, ut paucis adhuc hoc capite subjiciatur, quale inde commodum in tertium sive extraneum, qui in lite non fuit, redundet.

Res quidem inter alios actas aliis non nocere, vulgatum est ex *tit. c. de res int. al. act. al. non nocer.* nec sententiam inter partes latam tertio praejudicare, *l.* 63. *ff. de re judic. l.* 10. *ff. de except. l.* 1. *ff. de except. rei judic. l.* 16. *in fin. ff. qui pot. in pign.* ut proinde tertius etiam absque appellatione tutus sit, *l.* 5. *pr. ff. de appell. l.* 2. *c. de fid. instrum.* et sine praejudicio rerum judicatarum agere possit. *l.* 1. *c. quib. res judic. non noc.* Ant. Faber. *in cod. l.* 4. *tit.* 14. *def.* 53. Verum eadem quando subest causa vincendi, idemque causae status, sententia per consequentiam ad alios etiam porrigi solet, dn. Brunnem. *ad l.* 1. *c. res int. al. act. n.* 1. Bened. Carpzov. *p.* 1. *c.* 26. *def.* 15. *seqq.* Conf. prolixe Andr. Tiraquell. speciali tractatu *tit. cod. res int. al. act. al. non noscr.* explicans Cardin. Tusch. *pract. conclus. tom.* 6. *lit. r. concl.* 256. tertio appellasse quandoque utile, quandoque etiam summe necessarium est. Didac. Covarr. *pract. qu. c.* 15. *n.* 1. Johan. Melch. Clezel. *de appell. c.* 2. *n.* 33. *seqq.*

Omissis iis omnibus, quos ad appellationem, alterius nomine, interponendam, officii necessitas adstringit, quorum sane magnus est numerus, hoc capite eos adducere lubet, quibus ob proprium, quod in causa habent, interesse, de jure suo opponere, Ludov. Cencius *dec.* 345. *n.* 8. Joh. Pet. Surd. *dec.* 244. *n.* 9. ac sententia inter alios lata, quam non ita latam sua putant interesse, appellare permissum est. *L.* 4. §. 2. *ff. de appellat. l.* 5. *l.* 14. *ff. eod. l.* 1. *ff. de appellat. recipiend. l.* 2. §. 1. *ff. quand. appell.* Herm. Vultej. *vol.* 1. *cons.* 16. *n.* 76. Hect. Capyc. Latro *decis. l.* 2. *dec.* 173. *n.* 9. Hieron. Magon. *dec. florent. dec.* 100. *n.* 1. Joh. Bapt. Larrea *dec. granat. p.* 2. *dec.* 63. *n.* 1. Ant. Faber. *in codic. l.* 7. *tit.* 26. *def.* 27. Zuccard. *cons.* 37. *n.* 25. Matth. Berlich. *p.* 1. *concl.* 25. *n.* 22. Joh. Vincent. Honded. *vol.* 1. *cons.* 25. *n.* 1. Gars. Mastrill. *decis. sicil. dec.* 158. *n.* 28. Borgnin. Cavalcan. *decis. fori fiviz. dec.* 10. *n.* 6. Joh. Popon. *dec. gall. l.* 19. *tit.* 1. *arrest.* 37.

Cum autem non nisi gravatus appellet, August. Barbos. *ad c.* 59. *x. de appellat. n.* 4. Nicol. Reusner. *l.* 3. *dec.* 15. *n.* 3. Prosper. Paseth. *cons.* 29. *n.* 19. non habens interesse non auditur, nec ejus appellatio admittitur. Caes. Barz. *dec. bonon. dec.* 52. *n.* 9. Aymo Crav. *cons.* 182. *n.* 8. Franc. Salgad. de Somoza *de reg. protect. vi oppressor. appellat. p.* 2. *c.* 8. *n.* 92. Eaque propter requiritur, ut tertius prius de interesse suo doceat, Joh. Petr. Fontanell. *dec. catalon. p.* 1. *dec.* 144. *n.* 10. Octav. Cacheran. Osa-

11 sch. *dec. pedemont. dec.* 38. *n.* 5. quod illud pertinens sit, nec a causa principali alienum aut separatum dn. Brunn. *in process. civil. c.* 13. *n.* 5. Marta *digest. noviss. tom.* 1. *tit. tertius c.* 14. B. Carpz. *l.* 2. *resp.* 21. *n.* 19. Matth. Berlich. *p.* 1. *c.* 25. *n.* 51.

12 Quae probatio cum saltem introducta, ad elidendam fraudis et collusionis suspicionem, ne malitiose ad protrahendum processum fiat appellatio; Alex. Trentacinqu. *var. resol. l.* 2. *tit. de judic. res.* 16. *n.* 10.

13 Christoph. Besold. *cons.* 256. *n.* 56. Carpzov. *l.* 3. *resp.* 21. *n.* 8. hinc ex communi doctorum sententia sufficit, si illud semiplene aut summarie fuerit probatum, Ernest. Cothm. *vol.* 4. *cons.* 4. *n.* 171. Andr. Gail. *l.* 1. *obs.* 69. *n.* 4. Joach. Mynsing. *l.* 2. *obs.*

14 1. *in fin.* et sic per unicum testem, juramentum, aut apparentem quamdam demonstrationem probasse sufficiet. Matth. Berlich. *p.* 1. *c.* 25. *n.* 48. Joseph. Ludov. *p.* 1: *dec.* 26. *n.* 2. Francisc. Viv. *dec.* 291. *n.* 2. Carpz. *p.* 1. *c.* 3. *def.* 30. *n.* 9. Stephan. Gratian. *discept. forens. tom.* 2. *c.* 232. *n.* 38. *et tom.* 3. *c.* 439. *n.* 21.

15 Quod si autem suspicio malitiae contra tertium militet, plene interesse suum probare debet, Covarr. *pract. qu. c.* 16. *n.* 2. Goswin. ab Eshach. *in notis ad Carpzov. jusispr. forens. p.* 1. *c.* 3. *def.* 30. *n.* 9. alias juramentum calumniae locum habet, Carps. *process. tit.*

16 *4. art.* 2. *n.* 44. *et l.* 3. *resp.* 21. *n.* 7. Dn. Brunnem. *de process. civil. c.* 13. *n.* 7. ad quod praestandum tertius competentibus adstringi poterit remediis. Matth. Berlich. *p.* 1. *concl.* 25. *n.* 56. Jerem. Setser. *de jurament. l.* 3. *c.* 3. *n.* 49. Joseph. Ludov. *p.* 1. *dec.* 26. *n.* 10. Joach. Mynsing. *cent.* 3. *obs.* 73. *n.* 2.

17 In continenti autem hanc probationem fieri debere, in eo omnes conveniunt ddres. *ad c. veniens* 38. *X. de testib.* Quando autem in continenti quis probasse dicatur, in eo discrepant nimium quantum ddrum opiniones, prout videre est apud Jacob. Menoch. *arb. jud. qu. l.* 1. *cas.* 18. rectius tamen illi faciunt, qui cum Matth. Wesenbec. *p.* 1. *cons.* 100. *in fin.* prudentis judicis id relinquunt arbitrio, qui consideratis rite circumstantiis terminum probationi praefiget.

18 Interesse autem hic non tantum intelligitur damnum in re familiari emergens, uti quidem alias describi soliet, verum etiam, si fama ac existimatio alicujus periclitetur. arg. *l.* 2. §. 3. *ff. quand. appell.* Ferdin. Vasqu.

19 *controv. illustr. c.* 39. *n.* 2. Sicuti nec praecise requiritur, ut interesse illud de praesenti sit, sed sufficit, modo sit de futuro ac jam praevideri possit. Martin. Mont. a Cueva *dec. arragon. dec.* 42. *n.* 94. Fab. de Anna *cons.* 97. *n.* 4. Joh. Petr. Surd. *dec.* 271. Petr. Paul. Paris *vol.* 3. *consil.* 107. *n.* 123.

20 Ex eorum vero numero, qui a sententia inter alios lata appellare possunt, primo loco est venditor, qui emptore de proprietate victo appellare potest. *l.* 4. §. 3. *ff. de appell. l.* 20. *c. de evict.* Matth. Berlich. *p.* 1. *concl.* 25. *n.* 22. Steph. Gratian. *dec. march. dec.* 149. Jul. Caesar. Ruginell. *de appell.* §. 2. *c.* 1. *n.* 25.

21 Mar. Muta *dec. sicil.* 59. *n.* 28. Quamvis enim emptor intermittens appellationem, suo id faciat periculo, *l.* 51. *pr. ff. l.* 8. *c.* ibique dn. Brunnem. *n.* 6. *de eviction.* Molin. *de justit. et jur. disp.* 380. *n.* 19. Ant. Gomez. *var. resol. l.* 2. *c.* 2. *n.* 39. ita, ut sententia, quantum ad emptorem, transeat in rem judicatam, Mat. Gisrb. *dec.* 8. *n.* 4. Joham. Vincent. Hondel. 22
vol. 1. *cons.* 25. *n.* 18. compatibilia tamen sunt, quod sententia quoad emptorem transeat in rem judicatam et executioni mandetur, quoad venditorem vero teneat appellatio; Mev. Mut. *d. dec.* 59. *n.* 28. Robert. Lancellot. *p.* 2. *c.* 12. *de attentat. ampl.* 14. *n.* 29. August. Barbosa. *ad c.* 17. *X. de sentent. n.* 1. et venditoris in- 23
terest appellasse, cum ad existimationem ejus pertineat, intelligi ab omnibus, se in venditione bona fide versatum fuisse. Hug. Donell. *ad l.* 20. *n.* 1. *c. de eviction.*

Quod ipsum tamen existimationis interesse per se ad 24
appellandum sufficiens non est; hinc, si emptor renunciet liti, atque ita actionem de evictione adversus venditorem amittat, *l.* 63. §. 2. *ff. de evict.* et ibi dn. Brunnemann. *n.* 4. Caballin. *de evict.* §. 3. *n.* 145. venditor appellaturus non audietur. Anton. Faber. *in cod. l.* 8. *tit.* 30. *def.* 8.

Cum autem, ut sententia contra emptorem lata ven- 25
ditori noceat, ante omnia requiratur, ut emptor litem denunciaverit, licet venditor eam agitari non ignoraverit, b. dn. Brunnem. *ad l.* 7. *c. de evict. num.* 2. Matth. Berlich. *p.* 1. *c.* 24. *n.* 25. Petr. Barbos. *ad l.* 49. *ff. de judic. n.* 19. *seqq.* denunciatione omissa, venditorem ad appellandum teneri non putaverim. Quoniam- 26
autem, si velit, sua sponte etiam invito emptore ad litem accedere potest, dn. Brunnem. *ad l.* 20. *c. de evict. n.* 2. Gutierez. *de jur. confirmat. p.* 1. *c.* 67. *art.* 4. per consequens etiam licet sine appellatione lutus sit, sua sponte appellare poterit.

Pari modo et venditore condemnato emptor appel 27
lare potest, *l.* 4. §. 3. *ff. de appell.* cum illius interest, ut potius rem emptam teneat, quam ut cum venditore de evictione litiget. Anton. Faber. *l.* 7. *tit.* 29. *def.* 5. *n.* 13. Et hunc, si justam foveat causam, prae- 28
cise, ut appellet, obligatum esse verius est, arg. *l.* 11: *c. de admin. tutel.* cum sic sententia lata sit injusta, et ita venditori nocere nequeat. *l.* 51. *ff. l.* 8. *c.* ibique dn. Brunnem. *n.* 8. *de evictionib.* Reinh. Bachov. *ad Treutler. vol.* 2. *disp.* 2. *th.* 5. *in fin.* Si vero ma- 29
lam habeat causam, aut de justitia causae suae dubitet, cum leges actionem, si venditori litem denunciaverit, ad evictionem suppeditantes, nullam fecerint mentionem necessitatis appellandi, *l.* 8. *c. de sentent. et interlocut. omn. judic.* appellatione supersedere poterit, Fachin. *l.* 2. *controv. forens. c.* 40. Henric. Schreiber. *de juvam. appellat. th.* 4.

Si debitor de pignore victus sit, appellare concessum est ab hac sententia creditori, *l.* 4. §. 4. *ff. de* 30
appell. Johan. Vincent. Honded. *vol.* 1. *cons.* 25. *n.* 20. Jul. Caesar. Ruginell. §. 2. *c.* 1. *n.* 30. Joseph. Lu- 31
dov. *dec.* 20. *n.* 25. quoniam, cum res aliena non recte pignori dari possit. *tot. tit. c. si res alien. pign. dat. sit.* vid. tamen Brunn. *ad l. ult. d. t.* creditori sententia obest, quia inde apparet, debitorem ob defectum dominii pignus constituere non potuisse. Bach. ad Treutl. *vol.* 2. *disp.* 23. *th.* 5. *lit. E.* Modo tamen 32
creditor seiverit debitorem de pignore conventum esse, *l.* 63. *ff. de re judic. c. pen. X. eod.* dn. Brunn. *ad l.* 5. *c. de pignor. n.* 2. Hadrian. Negusant. *de pignorib. membr.* 3. *part.* 6. *n.* 39. si enim ignoraverit creditor, 33
sententia ipsi non nocet, et ideo nec appellare tenetur. *l.* 3. *ff. l.* 5. *c. de pignor. et hypothec. l.* 29. *in fin. ff. de except. rei judic.* et ibi dn. Brunneman. *n.* 2. Be-

nedict. Carpzov. *p.* 3. *dec.* 254. *n.* 14. Johan. Zanger. *de except. p.* 3. *c.* 17. *n.* 77.

34 Reo principali condemnato appellare potest fidejussor. *l.* 5. *pr. ff. de appellat.* Anton. Hering. *de fidejuss. c.* 17. *p.* 4. *n.* 11. interest enim ipsius, ne sententia contra debitorem lata in rem judicatam transeat, ac ita ex sententia illa conveniatur, cum potius sit pecuniam retinere, quam solutam a reo repetere. *l.* 3. *ff. de compensat. l.* 15. *pr.* ibique dn. Brunnem. *n.* 1. *ff. de fidejuss.* Anton. Faber. *l.* 7. *tit.* 29. *def.* 5. *n.* 16. Zanger. *de except. p.* 3. *c. ult. n.* 59.

Illud hoc loco notandum, quod, quamvis alias ter-
35 tio appellante executio suspendatur contra principalem condemnatum, uti inferius pluribus dicetur, licet fidejussor appellaverit, nihilominus, hac appellatione pendente, debitor a creditore conveniri possit, l. 60. *pr. ff. mandat.* et ibi dn. Brunnem. *n.* 1. Menoch. *cons.* 595. *n.* 13. tum quod fidejussor saltem in sub-
36 sidium accipiatur, *l.* 3. *l.* 5. *ff. de fidejuss.* §. 5. *inst. eod.* non vero, ut eo convento principalis debitoris obligatio exspiret, tum etiam quod accessorium non mutet naturam sui principalis; unde licet conveniatur
37 fidejussor, principalis tamen adhuc manet obligatus. *l. fin. c. de fidejuss.* ibique dn. Brunnem. *n.* 1. B. Carpzov. *p.* 2. *c.* 19. *def.* 11. *n.* 5.

Similiter, fidejussore condemnato nec appellante,
38 appellare poterit reus principalis, cum interesse ipsius in eo vertatur, quod contraria actione mandati in summam solutam et sumptus a fidejussore conveniri possit. *l.* 45. §. 6. *ff. mand.* Gail. *l.* 1. *Obs.* 122. *in fin.* dn. Brunnem. *ad l.* 10. *c. mandati.* Val. Franc. *de fidejuss. c.* 5. *n.* 575. Joh. Köppen. *decis. qu.* 53. *n.* 1. Rutger. Ruland. *de commissar. p.* 3. *l.* 7. *c.* 5. *n.* 3. Ant. Hering. *de fidejuss. c.* 25. *n.* 6. *seqq.*

39 Eo tamen casu, si fidejussor non attentis suis, quas habebat, exceptionibus, per injuriam judicis fuerit condemnatus, nec appellaverit, cum sic amittat actionem mandati adversus debitorem, *l.* 67. *ff. de fidejuss.*
40 Brunn. *ad d. l. n.* 2. debitor appellare non tenetur. Appellare siquidem incumbit fidejussori, qui non appellans in dolo videtur versari, B. Brunnem. *ad l.* 10. *c. mandat.* cum omnem abhibere debuerit diligentiam, ne exigeretur. Jacob. Menoch. *cons.* 212. *n.* 64. Quan-
41 do autem vel ob notoriam paupertatem ab appellando fidejussor excusatus est, *l.* 8. *ff. mandat.* vel debitori denunciavit, ut, si vellet, appelleret, Petr. Paul. Paris. *l.* 3. *cons.* 104. Nicol. Boër. *dec.* 247. *n.* 14. cum sic salvam retineat mandati actionem, debitor principalis appellare poterit.

42 Cohaeres aut substitutus, condemnato cohaerede, appellare potest; *l.* 5. *pr. ff. de appellat.* (quamvis et sine appellatione tutus dicatur, *l.* 2. *c. de fid. instrum.*) Interest enim ipsius, sententiam non ita esse latam, cum condemnato altero haerede in pari versari videatur periculo, Zinzerling. *de appell. th.* 17. *lit. h.* et sententia etiam substituto nocet, in casum, si a primo haerede haereditas est repudiata, arg. *l.* 44. *ff. de re*
43 *judic.* Franc. Kinschott. *resp.* 2. *n.* 16. Haerede itaque ab eo, qui de inofficioso agebat, superato et condemnato, cum legatariis ac fideicommissariis nocet sententia, Joh. Ant. Bellonus. *cons.* 31. *n.* 26. Octav. Cacheran. Ossech *Dec. pedemont. dec.* 197. *n.* 13. Henr. Kinschott. *resp.* 93. *n.* 60. Franc. Kinschott. *resp.* 2. *num.* 5. *seqq.* Propterea scil. quod de jure digestorum, everso testamento, etiam everterentur legata ac omnia in testamento relicta; *l.* 8. §. *pen. ff. de inoff. testam.* legatarii ac fideicommissarii, ne sententia contra haeredem lata, in rem judicatam transiret, appellare necessum habebant. *l.* 5. §. 1. *ff. de appellat. l.* 29. *pr. ff. de inoff. testam.* Marc. Anton. Peregrin. *de fidei commiss. art.* 53. *n.* 54. 44

Quod si autem legatarius condemnatus fuerit, haeres ab ea sententia appellare non habebat opus; haec enim sententia haeredi non oberat, *l.* 1. *ff. de except. rei judic.* cum saltem de legato actio instituta esset, ex cujus subsistentia testamentum non pendet. dn. Brunnem. *ad d. l.* 1. *de except. rei judic. et ad l.* 8. *ff. de inoff. testam. n.* 40. ibique allegat Franc. de Clapperiis *p.* 2. *decis. caus.* 66. *qu.* 2. Verum cum 46 hodie, testamento licet per querelam rescisso, legata ac fideicommissa nihilominus debeantur, *nov.* 115. *c.* 3. *in fin.* dn. Brunnem. *ad d. l.* 8. *n.* 41. quia sic legatarii ac fideicommissarii non habent, de quo conquerantur, illorum appellationem non admittendam esse putaverim. 45

Licet uxor alias regulariter pro marito appellare non 47 possit, *l.* 14. *c. de procurat.* cum defendi uxores a viris, non autem viros ab uxoribus aequum sit; §. 2. *j. de injur.* attamen si de interesse suo docuerit, ne illi postea, marito omnibus bonis exuto, insenis dotis reddatur exactio, a sententia contra maritum lata, appellare poterit. Joh. Petr. Fontanell. *dec. catalon. p.* 1. *dec.* 144. *n.* 14. Ant. Faber. *in cod. l.* 7. *tit.* 14. *def.* 2. Jul. Caesar. Ruginell. *de appell.* §. 2. *c.* 1. *n.* 32. Carol. Ruin. *l.* 5. *cons.* 121.

Ulterius in feudalibus etiam agnati a sententia, con- 48 tra vassallum possessorem feudi lata, appellare pro suo interesse tenebuntur, cum illis, tam scientibus quam ignorantibus, sententia contra vassallum pronunciata noceat. Jul. Caes. Ruginell. §. 2. *c.* 1. *n.* 28. Gars. Mastrill. *dec.* 142. Fachin. *l.* 7. *controv. c.* 103. Henr. a Rosenthal. *tr. feudal. c.* 9. *membr.* 1. *concl.* 27.

De domino quoque cautum est, quod a sententia 49 contra subditos lata, dum aliquis illos jurisdictioni suae subjicere, collectas illis imponere tentat, pro conservando interesse suo appellare possit. Andr. Gail. *l.* 1. *obs.* 126. *seq.* Lancellott. *de attentat. p.* 2. *c.* 12. *lim.* 30. *n.* 42. Joh. Gall. *decis. parl. paris. arrest.* 42. Guid. pap. *dec.* 464. *n.* 4.

Quemadmodum et appellationem tertii eo casu obti- 50 nere puto, si quis subditos suos prohibeat, ne ad alterius eant molendinum. Dav. Mevius *p.* 1. *dec.* 61. dn. Brunnem. *ad l.* 2. *de vita publ. n.* 5. Goswin. ab Esbach. *in not. Carpzov. jurisprud. p.* 2. *c.* 4. *d.* 11. *p.* 286. dn. Petr. Müller. *dissert. de molendin. bannar. sect.* 5. §. 16. Licet enim molere alicubi, atque ad hoc vel 51 illud molendinum ire, sit res merae facultatis, Nicol. Boër. *dec.* 124. Johan. Hering. *de molendin. qu.* 11. *n.* 5. Roland. a Valle *l.* 2. *cons.* 52. *n.* 21. Casp. Anton. Thesaur. *dec. pedemont.* 16. *n. seqq.* Matth. Wesenbec. *p.* 1. *cons.* 67. *n.* 21. cui nullo unquam, nec immemoriali quidem, tempore praescribitur: Bened. Carpzov. *l.* 1. *resp.* 34. *n.* Casp. Klok. *de aerario l.* 2. *c.* 8. *n.* 29. Matth. de Afflict. *decis.* 388. Esbach. *d. l. n.* 23. Unde etiam in puncto juris molendina bannaria admitti nequeunt. vid. Joh. Hering. *de tr. de molend. qu.* 11. *n.* 51. Attamen cum ex hodierna pra- 52 xi, multisque ex causis, libertas ista frequentandi mo-

lendina multifariam restricta sit, ac molendina bannaria invaluerint, du. Petr. Müller. *d. dissert. de molend. bannar. sect.* 4. *per tot.* Johan. Hering. *d. qu.* 11. 108. *seqq.* si quis jus molendini bannarii ex justa causa obtinuerit, illum ad conservandum interesse suum omnino, ut dictum, appellare posse puto. Conf. B. Carpzov. *jurispr. for. p.* 2. *c.* 4. *def.* 11.

53 Et haec quidem obtinent, si sententia contra eos lata fuerit, quos principaliter negotium tangit; si vero contra illum lata sententia, cujus secundario interest, ille quem principaliter causa respicit, quoniam ipsi sententia non nocet, Franc. Kinschott. *resp.* 12. *n.* 23. Ar. Binell. *in l.* 1. *cod. de bon. matern. p.* 3. *n.*

54 49. *lim.* 5. appellare non tenebitur; prout in specie de sententia contra inquilinum, et detinentem nomine alieno lata, quod illa non praejudicet domino, asserit Ant. de Ballis *varior. tract. l.* 5. *qu.* 29. *n.* 4.

55 Quemadmodum nec eo casu appellare tenetur tertius, quando sententia contra principalem in contumaciam lata est, cum ea tunc ipsi non noceat, Franc. Kinschott. *d. resp.* 12. *n.* 24. Idres; *in l.* 63. *ff. de re judic. et*

56 *l.* 14. *ff. de appellat.* aut per collusionem vel culpam litigantis sequior, sententia est secuta. du. Brunnem. *in process. c.* 27. *n.* 75. Franc. Merlin. Pignatell. *controv. for. c.* 62. *n.* 12. Ludov. Molin. *de primogen. hispan. l.* 4. *c.* 8. *n.* 10. Ant. Faber. *in cod. l.* 7. *tit.* 22. *def.* 6. Christ. Martius. *dec. senens.* 64. *n.* 13. Jac. Menoch. *l.* 5. *praes.* 26. *n.* 6.

57 Non tantum autem a sententia inter alios lata appellare potest tertius, verum etiam appellationi a condemnato interpositae adhaerere pro suo interesse, Johan. Bapt. Laderch. *cons.* 21. *num.* 3. Barth. Bertazol. *dec. consult. l.* 1. *cons.* 19. *num.* 5. Illustr. du.

58 de Rhetz. *vol.* 2. *diss. de jur. ter. c.* 1. *n.* 78. licet appellatio a litigantibus contra totam sententiam, vel capitulum etiam illud, quo tertius se gravatum dicit, fuerit interposita. Bened. Carpzov. *process tit.* 4. *art.* 2. *n.* 28. du. Brunnem. *diss. de intervent. c.* 4. §. 12.

59 Observandum tamen, perinde ac principali appellanti, ita et tertio, sive appellare sive adhaerere velit, ut intra decendium, a die scientiae computandum, hoc faciat. Joh. Petr. Fontanell. *dec. catalon. p.* 2. *dec.* 413. *n.* 13. Bernh. Graev. *ad observ. Gail. l.* 1. *concl.* 122.

60 *n.* 10. *et* 11. Joseph. Mascard. *de probat. vol.* 1. *concl.* 114. *n.* 15. ut hinc, post lapsum a die scientiae decendium, amplius non admittatur. Hect. Capyc. Latro *l.* 2. *dec.* 164. *n.* 20. Didac. Covarruv. *pract. qu. c.* 15. quamvis dissentiant Oldrad. *cons.* 225. et Matth. Ber-

61 lich. *p.* 1. *c.* 25. *n.* 31. Ubi tamen non generalis scientia litis agitatae ac sententiae latae sufficit, verum requiritur, ut tertius omnium qualitatum et circumstantiarum litis perfectam habeat scientiam, atque ita, quomodo sententia lata sit, et qualitatem gravaminis per eam illati, non ignoret. Andr. Tiraqu. *de retract. lignag.* §. 36. *glos.* 2. *n.* 30. *seqq.* Alex. *vol.* 1. *cons.* 114. *n.* 6.

62 Quod si nec appellaverit, nec alterius appellationi adhaeserit, liberum tertio adhuc est, appellationem ab alio interpositam prosequi: *l.* 5. §. 2. *ff. de appell.* Christ. Hannald. *de just. et jur. tom.* 5. *tr.* 5. *c.* 2. *n.* 314. D. Bonicont. *de appell.* §. 9. Joh. Bapt. Marches. *commiss. p.* 2. *c.* 15. *n.* 41. Thom. Carlev. *de judic. tom.* 2. *l.* 1. *disp.* 2. Nicol. Rodriguez. Fermo-

63 sin. *ad c.* 19. X. *de for. compet. q.* 18. *n.* 1. Ex appellatione siquidem principalis jus quaesitum est tertio, et sic ob interesse, quod in causa habet, admittitur ad prosecutionem appellationis, perinde ac si alter illam ipsius nomine interposuisset; jus enim validum ab alio institutum quisque ob suum interesse prosequi potest. Joh. Petr. Surd. *dec.* 143. *n.* 12. Franc. de Ponte *cons.* 7. *n.* 11. *seqq.*

Distinguendum tamen hic erit, qua intentione alte- 64
rius appellationem quis prosequatur, aut liti se immiscest; quod si enim veniat ad adjuvandum principalem appellantem, tenetur prosequi causam in eo statu ac gradu in quo reperitur, omniaque hucusque facta approbare; Lael. Altograd. *cons.* 6. *n.* 97. Johan. Bapt. Coccin. *dec. rom.* 224. *n.* 3. Barnab. Cornazzan. *dec. lucens.* 215. *n.* 8. Hercul. Marescott. *var. resol. l.* 1. *c.* 20. *n.* 13. Jacob. Put. *l.* 3. *dec.* 71. *n.* 1. Joh. Mohedan. *dec.* 3. *de judic. alias* 81. Hect. Capyc. atro. *l.* 2. *dec.* 164 *n.* 11. Nic. Ant. Gizzar. *dec.* 40. Jul. Caes. Ruginell. *de appell.* §. 2. *c.* 1. *n.* 47. Sin autem. 65
pro interesse tantum suo appellationem intervenions tertius prosecutus fuerit, hactenus inter litigantes agitata nullum ipsi afferre poterunt praejudicium. Jos. Ludov. *dec. lucens. l.* 1. *dec.* 26. *n.* 15. Lael. Altograd. *cons.* 6. *n.* 16. Et hoc casu nihil ipsi obstabit, quod 66
principalis postmodum renunciaverit appellationi, aut cum adversario transegerit. Jacob. Cancer. *var. resol. l.* 2. *c.* 16. *n.* 56. Petr. Frid. Mindan. *de continent. caus. l.* 3. *c.* 16. *n.* 10. Melch. Pelaëz. a Meres *de major. Hispan. p.* 4. *qu.* 14. *n.* 113. Robert. Lancell. *de attent. p.* 2. *c.* 12. *ampl.* 14. *n.* 11. Joh. Bapt. Larrea *dec. granat. p.* 2. *dec.* 63. *n.* 1. Joh. Gutier. *pract. qu. l.* 1. *qu.* 94. *n.* 4. Joh. Petr. Surd. *cons.* 271. *n.* 19. Andr. Gail. *pract. obs. l.* 1. *obs.* 70. *n.* 11.

Quod effectum attinet hujus a tertio interpositae ap- 67
pellationis, certum est, victoriam illius etiam principali, jam ante victo, prodesse; Marc. Ant. Natta *vol.* 2. *cons.* 457. Joh. Cephal. *vol.* 1. *cons.* 106. Car. Ruin. *vol.* 5. *cons.* 121. *n.* 9. du. Brunnem. *ad tit. c. si un. ex plur. n.* 8. Borguin. Cavalcan. *dec. fori fiviz. p.* 1. *dec.* 10. *n.* 7. Andr. Gail. *l.* 1. *obs.* 122. *n.* 7. ibique Bernh. Graeven. *cons.* 1. *n.* 1. *seqq.* Sicut et 68
hoc extra dubium est, quod, quando tertius ad appellationem admittitur, executionem quoque sententiae impedire possit. Hect. Capyc. Latro. *l.* 2. *dec.* 164 *n.* 1. August. Barbos. *ad c.* 17. *X. de sentent. et re judic. n.* 5. Franc. Salgad. de Somoza. *de reg. protect. vi. opp. p.* 4. *c.* 8. *n.* 14. Franc. Viv. *dec.* 304. *n.* 3. Joh. Yanez. Parlad. *rer. quotid. p.* 5. §. 11. *n.* 58. etiamsi 69
tres conformes jam fuerint latae sententiae. Hercul. Marescott. *var. resol. c.* 121. *n.* 2. Franc. Salg. *d. c.* 8. *n.* 15. Melch. Phaeb. *dec. lusitan. tom.* 1. *arrest.* 25. Alex. Trentacinq. *var. resol. l.* 3. *tit. de empt. ret.* 10. *n.* 22. Franc. Viv. *dec.* 495. *n. ult.* Nisi vel sus- 70
picionem calumniae elidere nequeat, *arg. c.* 6. *X. de in integr. restit.* ibique August. Barbosa *n.* 4. Joh. Aloys. Rycc. *collect. dec.* 188. Alv. Valasc. *de partit. c.* 39. *n.* 49. vel victor. sufficientem praestare velit 71
cautionem de re, si adversus ipsum judicatum fuerit, restituenda; Jos. Ludov. *dec.* 26. *n.* 8. Matth. Coler. *de process. exec. p.* 2. *c.* 3. *n.* 423. Gomez. Leonin. *dec.* 59. *n.* 6. Nic. Boër. *dec.* 79. *n.* 2. Franc. Marc. *dec. delph. p.* 2. *qu.* 538. *n.* 7. du. Brunn. *de proc. civil. c.* 29. *n.* 21. quae cautio tamen, si tertii jus 72
facta executione evanesceret, non attenditur. Paul

Christin. *decis. belg. vol.* 1. *decis.* 297. *n.* 3. Jacob. Menoch. *de arb. jud. qu. l.* 1. *c.* 98. *n.* 7.

73 Et haec tertii pro suo interesse appellatio in tantum privilegiata est, ut admittenda quoque sit in casu, quo litigantes appellare amplius non potuerunt. Jul. Caes. Ruginell. *de appell.* §. 2. *c.* 1. *n.* 49. Joh. Vinc. Honded. *vol.* 1. *cons.* 25. *n.* 2. Joh. Cephal. *l.* 3. *cons.* 365. *n.* 48. Johan. Bapt. Marches. *commis. p.* 2. *c.* 15. *n.* 39. Jach. Menoch. *de adipisc. possess. remed.* 5. *n.* 855.

74 Unde quamvis prohibitum sit tertia vice appellare, *tot. tit. c. ne liceat in una eademque causa tertio provoc.* Petr. Paul. Paris. *vol.* 4. *cons.* 107. *n.* 9. Joh. Bolta *cons.* 69. *n.* 2. Math. Coler. *dec.* 140. *n.* 1. Marc. Ant. Peregrin. *vol.* 1. *cons.* 73. *n.* 1. Caes. Bartz. *dec.*

75 *Bonon. dec.* 44. *n.* 4. hoc tamen quoad tertium non obtinet, Joh. Bapt. Luderch. *cons.* 21. *n.* 1. Didac. Covarruv. *pract. qu. c.* 15. *n.* 3. *seqq.* cum hujus respectu non tertia, sed prima haec dicatur appellatio. Illustr. dn. de Rhetz. *diss. de jur. tertii. c.* 2. *n.* 17.

76 Eodem modo, licet clausula *remota appellatione* omnem excludat appellationem, Guilielm. Cassador. *decis. rot. rom.* 14. *de rescript. n.* 1. Aug. Barbos. *ad c.* 58. *X. de appell. n.* 1. Anton. de Reiger. *thes. jurid. voc. appell. n.* 36. Camill. Borell. *summ. decis. p.* 2.

77 *tit. de appell. n.* 360. Clem. Merlin. *dec. rot. rom. p.* 1. *dec.* 30. *n.* 6. ibique allegati, nisi sententia manifeste fuerit iniqua; Stephan. Gratian. *discept. forens. tom.* 1. *c.* 41. *n.* 17. Seraph. de Seraphin. *de privil. juram. privil.* 74. *n.* 46. Joh. Ferrar. *de appell. l.* 2. *c.* 3. *n.* 130.

78 Rober. Lancell. *de attent. p.* 2. *c.* 12. *lim.* 8. *n.* 28. Ea tamen, sive in rescripto, sive in statuto reperiatur non praejudicat tertio, pro suo interesse appellare desideranti; Andr. Gail. *l.* 1. obs. 70. *n.* 12. Hect. Capyc. Latro. *l.* 2. *dec.* 183. *n.* 37. Jac. Menoch. *de apisc. possess.*

79 *remed.* 4. *n.* 487. Camill. Borell. *d. l. n.* 648. Statutum siquidem prohibens appellationem, non comprehendit tertium, Franc. Milanens *dec. sicil. l.* 2. *cons.* 12. *n.* 8. Matth. de Afflict. *dec. neapol. dec.* 235. Octav. Cacheran. Osasch. *dec. pedemont. dec.* 38. Joseph. Ludov. *dec.* 56, Borgnin. Cavalcan. *dec.* 10. *n.* 6. cum non sit

80 verisimile, statuentes praejudicare voluisse tertio, *l. nec avus.* 4. *c. de emancip. liber.* et rescriptum quoque non porrigit effectum ultra personas in rescripto expressas. Alex. Raudens. *var. resol. c.* 67. *n.* 23. Jac. Aemilian. *cons.* 51. *n.* 24.

81 Aliud tamen dicendum, si appellare volens, ab eo, qui jam in judicio condemnatus est, nec appellavit, causam habeat; Caesar. Carena. *resol.* 24. *n.* 4. Mar. Giurb. *dec. sicil. dec.* 8. uti filius respectu sui patris. Hect. Capyc. Latro *l.* 2. *dec.* 164. *n.* 6. Jac. Put. *l.* 2.

82 *dec.* 77. *n.* 18. Sic enim, cum tertius dici nequeat. Caren. *d. resol.* 24. *n.* 2. Aym. Cravet. *de antiquit. tempor. part.* 1. *sect. ampliatur nunc n.* 22. Cavaler. *dec.* 625. *n.* 4. Joh. Petr. Surd. *dec.* 17. *n.* 273. una censetur cum principali litigante persona; Franc. Merlin. Pignatell. *l.* 1. *contr.* 30. *n.* 3. Joh. Franc. Sanfelic. *dec. neap. dec.* 90. *n.* 7. Joh. Vincent. Honded. *vol.* 1. *cons.* 25. *n.* 29. Surd. *dec.* 335. *n.* 22. Et hinc 83 cum principalis appellare non possit, nec tertius poterit. Joh. Bapt. Laderch. *cons.* 175. *n.* 6. Caesar. Caren. *de resol.* 24. *n.* 3. Mar. Giurb. *dec.* 8. *n.* 33. Joh. Petr. Fontanell. *p.* 2. *dec.* 594. sed excluso illo, etiam hic excludetur. Hect. Capyc. Latro *l.* 2. *dec.* 164. *n.* 21. Joseph. Ludov. *dec.* 26. *n.* 25. Honded. *d. cons.* 25. *n.* 26.

Quamvis autem, ut superius dictum, tertius appellaturus interesse ad causam habere debeat; egregiam tamen hoc admittit limitationem in causis criminalibus. Nisi enim, quando vel poena mortis, vel alia corporis afflictiva dictata est, ex singulari humanitate, miserationis intuitu, receptum est, quod non tantum ille, qui ad supplicium ducitur, sed etiam quivis alius, nomine ejus, non attento, mandatum habeat nec ne, necessarius sit nec ne, appellare pro condemnato possit; *l.* 6. *ff. l.* 29. *c. de appell.* ibique Brunnem. *n.* 4. *l.* 6. *c. de episc. audient.* Idque propter communem illam 85 omnium hominum cognationem, de qua *l.* 3. *ff. de just. et jur.* et quod intersit reip. homines conservari *l.* 7. §. 3. *ff. de bon. damnat.* omnium vero, hominem hominis beneficio affici, *l.* 7. *ff. de serv. export.* ac de reliquo prospici, ne de insonte supplicium sumatur, et terra innocente sanguine polluatur, Sigism. Scacc. *de appellat. qu.* 5. *n.* 43. Prosp. Farinac. *var. quaest. qu.* 101. *n.* 23. Anton. Gomez. *l.* 3. *var. resol. c.* 13. *n.* 31. Conf. Anton. Matth. *de crimin. tit.* 17. *c.* 5. Et hoc 86 procedit licet damnatus defensionibus suis omnibus renunciaverit, ac appellationi restiterit, *d. l.* 6. *ff. de appellat.* cum membrorum suorum nemo sit dominus. *l.* 13. *ff. ad. l.* aquil. Quod si tamen non attenta hac pro- 87 vocatione, executionem maturare pergat judex, de facto ipsi resisti posse, nullum est dubium; *l.* 5. *c. de jur. fisci. l.* 5. *c. de execut. l.* 33. *c. de decur.* Anton. Gomez. *d. c.* 13. *n.* 31. Si vero nihilominus exequatur sententiam, pro admissi atrocitate a superiori judice metienda, vel capitali, vel alia poena affici poterit. *l.* 7. §. 3. *ff. ad. l. jul. repetund. auth. novo jure c. de poen. jud. qui mal. judic.*

Atque haec sunt, quae de nobili hac pariter ac utilissima materia in medium proferre libuit. Plura, fateor, adduci et debuissent et potuissent, verum substinendum fuit intra limites dissertationis academicae, ne ea prolixitate sua degeneraret in tractatum. De caetero Deo 88 t. o. m. pro gratiosissima studiorum meorum benedictione gratias ago immortales, eum supplex venerans, ut et in posterum studiis ac conatibus meis adesse, velit, ut vergant in sanctissimi nominis Sui gloriam, patriaeque commodum. Tu vero, b. l. si non omnia ad palatum conscripta, ignosces, monebisque errantem, secuturum meliora, si illa a te fuerit edoctus. Auctoribus allegatis non denegabis fidem, quippe singulis, suppeditante illos splendidissima Bibliotheca Electorali Brandenburgica, fideliter a me evolutis.

S. D. G.

DISPUTATIO VIGESIMA PRIMA

DE JURE PRINCIPIS SUBTERRANEO.

AD DIEM XVIII. SEPTEMBR. ANNO MDCLXXXV.

PRO LICENTIA

CHRISTOPHOR. ERNESTUS BAURMEISTER, BERNBURGO-ANHALTINUS.

PROOEMIUM.

Quod usque adeo hominum excreverit concupiscentia, ut non tantum iis quae supra, sed et infra terram sunt inhiare soleant, a quibusdam vitio versum, scil.

. . . . *itum est in viscera terrae,*
Quasque recondiderat, stygiisque admoverat umbris,
Effodiuntur opes irritamenta malorum,

Verum quod haec avaritiae sint convitia non facultatum sine quibus rempubl. non magis, quam sine armis, defendi posse constat potius asserendum. Nimirum damnatur abusus non autem usus eorum, quibus respubl. carere nequit; neque plus vituperanda ex terra opum effossio, quam eorum, quae ipsa terra foras producit, ut vinum, fruges, delicias animalium, florum venustatem, quibus omnibus quoque stultitiam abuti quotidie experimur. Opibus vero rempubl. destitutam esse nec debere, nec posse, vel ex eo solo videre est, quod pecuniam iterum sepelire principalibus costitutionibus reperiarur prohibitum, ne scil. ea usibus reipubl. eximatur; sed opes non melius reipubl. acquiri possunt, quam si exinde desumantur, unde nemo detrimentum sentit. Quare aurum per bellum quaerere, nefas; per maria, periculum; per falsitates opprobrium; in sua vero natura, justitiam esse, vere dixit *Cassidorus*. Justitia enim suum cuique, tribuit, non adimit; adimitur injuste, quod bello quaeritur; acquiritur juste; quod e terra eruitur; illud fit invito et resistente domino; hoc, cum nullius actu sit jure naturali occupanti conceditur. An non adeo tamen haec juris naturalis Principem constringit obligatio, ut non iterum liberam hanc acquirendi et occupandi facultatem in subditis suis restringere possit; quippe tum demum ea obtinet, si lex nulla civilis intervenerit. Quapropter falli recentiores Jctos ait Grotius, qui haec ita putant naturalia, ut mutari nequeant; esse enim naturalia, non simpliciter, sed pro certo rerum statu, si sc. aliter cautum non sit. Nihil ergo obstat, quo minus Principes et id juris, quod privati jure naturali non tantum in auro et argento quaerendo, sed et in reliquis subterraneis habuerunt, sibi adscribere possint et potuerint. De hisce juribus, quae princeps hodie in rebus subterraneis habet, cum post exantlata, candidatorum tentamina et examina, ab inclyta hujus loci facultate juridica concessa mihi sit facultas, pro consequendis honoribus doctoralibus disputandi, paucis jam disserere animus est, quod ut bene cedat, Deum t. o. m. devote imploro.

CAPUT I.

De jure principis subterraneo in genere.

SUMMARIA

Verborum interpretatio praemittenda. n. 1.
Significationes juris variae remissive. n. 2
Quid hic voc. juris denotet? n. 3.
Voc. principis derivationis, et quis princeps? n. 4. *et seq.*
Qui olim appellati principes? n. 7. *seq.*
In Gallia quis per princ. indigitetur? n. 9.
Variae adhuc ejus vocis usurpationes. n. 10. *et seqq.*
Haec dignitas hodie perpetua. n. 13.
Quis hic nomine principis veniat? n. 14.
Vocis subterranei explicatio. n. 15.
Quid metallorum nomine intelligatur? n. 16. *et seq.*
Magna eorum utilitas in republica. n. 19.
Ratio hujus. n. 20.
Principi competit cura metallorum. n. 21.
Probatur exempl. n. 22.

Ejus rationes. n. 23. *et seq.*
Magni ex fodinis hauriuntur reditus. n. 25.
Probatur exemplis. n. 26. *seq.*
Quilibet privatus habet facultatem fodiendi.
Hanc iterum princeps adimere potest et ipse fodere. n. 29.
Rationes. n. 30. *et seq.*
A principe prohibita venatio. n. 32.
Princeps id, quod juris gent. aut naturae est, restringere potest. n. 33.
Ratio dubitandi. n. 34.
Resp. exemplo. n. 35.
Quid princeps ex bonis subditorum acquirere possit? n. 36.
Subditi exinde jacturam non patiuntur. n. 37.
Princeps pretium agri restituere debet. n. 38.
Non valet contraria consuetudo. n. 39.
Ratio. n. 40.
Qui in alieno fodere vult, pretium restituere tenetur. n. 41.
Quae hactenus adducta, ad alias quoque subterraneas utilitates extenduntur. n. 42.
Ob eandem rationem. n. 43.
Protestatio cujusdam ministri principis vulgo ridicula habetur. n. 44.
Sed absurda penitus non est. n. 45.
Descriptio rubricae. n. 46. *et* 47.

1 Neminem res probe intelligere posse, nisi et sensum verborum prius cognoverit; docuit Jctus Ulpianus *in l.* 1. *pr. ff. de j. et j. et l.* 1. *ff. de r. c.* Adeoque sicut rerum potior est cognitio, ita et verborum interpretatio sit oportet Decian. *tr. crim. l.* 1. *c.* 13. *n.* 1.
2 Significationem autem juris esse multiplicem, nemo est, qui ignoret, quare de eadem prolixe agere frustra foret, praesertim, cum toties quoties jam fuerit enodata; videri poterit Hahn. ad Wesenb. *de just. et jur. n.* 14. Molin. *de j. et j.* 1. *disp.* 2. Lessius *de*
3 *j. et j. l.* 2. *c.* 2. *dub.* 2. Hic vocabulum juris pro facultate seu potestate quadam, quam princeps ratione praeeminentiae in rebus subterraneis habet, capimus.
4 Principem autem dici a principio, quod primus omnium dominetur, quodque praesit, volunt Schardius *in lex jur. voce princeps, et Calvin. ead.* Licet
5 alii aliis utantur allusionibus. Unde Germ. verbum
6 *Furst*, verbo *furstehen*, quasi *der andern furstchet*, Besold. *in thes. pract. sub voce Furst*, vel ab adjecto *forderist*, quasi, qui primus ordine *der Forderst oder Fürnehmste*, derivatur. Gabriel. Schweder. *Introd. in jus publ. part. spec. sect.* 2. *c.* 7. §. 8. scilicet quatenus haec vox rempubl. respicit, quod ille dicatur princeps, qui in republ. imperat, et primum
7 in ea locum capit. Neque hodie intelligendus est princeps ille, qui olim, ubi quivis praecipuus per principem deputabatur, adeo, ut princeps legationis. Tacit. *l.* 1. *annal. v.* 39. *n.* 2. Principes delictorum darentur.
8 *l.* 10. *ff. de serv. corrupt.* Quo vocabulo principis postea quoque rom. impp. usi, et in specie Augustus cuncta discordiis civilibus fessa nomine principis sub imperium accepit: Tacit. *l.* 1. *annal. c.* 1. *n.* 3. Successu temporis in eminentiori hoc sensu retentum hoc vocabulum, adeo, ut in jure romano principis appellatio simpliciter posita, nullum, nisi imperatorem romanum denotet, *l. princeps* 31. *ff. de ll.* §. 6. *j. de j. n. g. et c.* sicut et in specie dicitur princeps romanus *pr. proem. instit.* In Gallia principis appellatio de 9
rege supremo moderatore, non de principe feudi cujusdam insignis accipi solet; unde licet quidam principes appellentur, hoc tamen tantum possessionibus inditum est, verius, quam personarum celsitudini. Renat. Choppin. *de ll. and. tit.* 6. *de reg. for. praevent. p.* 441. *pr.* Eodem denique titulo ex beneficio imper. 10
quoque gavisi sunt ii, qui in munere aliquo et officiis quam optime meriti, et sic primum locum obtinuerant; unde princeps officii dicitur, et principatus officiorum, quales sunt principes agentium in rebus, *t. t. c. de princ. agent. in reb.* Demum in Germa- 11
nia in eos translatus, qui propter insignia merita provinciis certis regendis praeponebantur, vid. *disp.* du. Praeses *de oblig. princ. ex facto ministri c.* 1. namque devictis a Carolo m. primo German. imp. Hunnis, Alanis, Saxonibus, aliisque imperii hostibus, ad conservanda tot regna et ditiones acquisitas, imperator possessiones hasce et nationes in formam provinciae redegit ac in ducatus simul, principatus et marchionatus erexit, quibus milites strenuos in praemium exantlati laboris cum titulo principis, ducis, vel comitis plerumque ad dies vitae praefecit, ut veluti judices et provinciae rectores reipubl. praeessent. Besold. *in thes. pract. voce Hertzog et voce Graffe.* Miler. an Ehrenbach. *in archiol. princ. c.* 6. §. 5. Quo facit glossa 12
speculi saxon. verb. *Nachdem die Romer* (scil. impp. romani) *alle Welt bezwungen, haben sie auf eine jede Landscheide je einen gesetzt, welchen sie einen Fursten genennet haben, und ihm et liche Ritter zugeordnet, dieselbe haelt Er dann bey sich in seiner Kost, hiezu nahmen dieselben Fursten alle der Bezwungenen Aecker ein, und was unter denselben zu vermiethen dochte, das thaeten sie um einen bescheidenen Zinss, aus, und hielten davon ihre Ritter etc.* Gloss. *spec. sax. l.* 2. *art.* 58. *pr.* Quae nomina 13
quamvis ab initio tantum fuerint nomina officiorum, munerum, et administrationis, atque temporalia magis et ad nutum revocabilia; Myler. ab Ehrenbach. *de princ. et stat. imp. c.* 8. *n.* 9. Tamen postea sub Ottone I. imperat. cognomine magno hae dignitates perpetuae ac patrimoniales effectae sunt. Myler. ab Ehrenbach *d. l. n.* 10.

Caeterum ut ad scopum revertar, sub appellatione 14
principis hic comprehendimus quoscunque sive regio sive alio titulo gaudentes, provincias possidentes easque regentes.

Subterranea autem dici a sub et terra, palam est, 15
quasi quae sub terra sunt, et continentur, qualia sunt omnis generis metalla, lapides, thesauri, et quaecunque alia. De quibus subterraneis curiose ex professo, quantum ad physicam earum cognitionem egit Athanasius Kircherus *in mundo subterraneo*. Quamquam 16
igitur, quod metalla attinet, sub nomine et appellatione eorum omnia contineri, quae ex terra eruuntur et inveniuntur, velint Vincent. de Franchis *dec.* 140. *n.* 12. Hoc tamen nulla certa regula definiri posse 17
verius videtur, sed ea tantum, quae praestantiora sunt intelligi, quorum octo species recenset *aurea bulla c.* 9. ut aurum, argentum, aes, electrum, cuprum, 18
stannum, plumbum, ferrum; quin tamen etiam aliae eo referri possint, non est dubium, *ob d. cap.* 9. *rub.* von *Gold, Silber und andern Ertz wegen.* et verb. in

nigro, *und welcherley ander Geschlechte es seyn etc.*

19 Horum metallorum utilitas in republica maxima est, Cothmann. *v.* 4. *resp.* 11. *n.* 110. Quippe reipubl. inte-
20 rest, abundare auro, argento, ne scil. deficiat materia cudendae monetae adhibenda dn. Ziegler. *de jurib.*
21 *majest. l.* 1. *c.* 49. *n.* 3. Unde ad procurandam publicam utilitatem principi competit cura, mandatis suis metallicarum operarum exercitium promovendi, Schurff. *cent.* 1. *cons.* 26. *in fin.* Sixtin. *de regal. l.* 2. 16. *n.* 72.
22 Imo princeps inprimis metallorum studio debet invigilare, exemplo Philippi regis Macedoniae, qui vectigalia regni non fructibus tantum agrorum et maritimis portoriis auxit, sed metalla quoque, et vetera intermissa recoluit, et nova multis locis instituit, Liv.
23 *l.* 39. *c.* 24. Klock. *de aerar. l.* 2. *c.* 27. *n.* 1. Neque sine ratione, namque sumptus iis inquirendis necessarios melius suppeditare potest, quam subditi, vel privati, qui iis ferendis plerumque impares sunt, Arnisaeus *de jur majest. minor. c.* 5. *n.* 4. *in fin.* Lather. *de cens.*
24 *l.* 3. *c.* 9. *n.* 3. Quodque effossione eorum aerarium ejus optime et saluberrime augeri possit, Georg. Bra-
25 mlacht. *l.* 6. *jpr. publ. c.* 4. *n.* 6. David Doring. *in bi-*
blioth. Jctorum voce aerarium n. 140. Magnos enim redditus e fodinis metallicis hauriri posse, testantur historiae passim, namque Romanos ex argenti fodinis Hispaniae, prope Carthaginem novam sitis, singulis annis nongenta duodena millia et quingenos aureos percepisse refert Philipp. Camerar. *medit. Histor. cent.*
26 1. *c.* 81. Et duces Saxoniae ex eo redditu, quem solae venae Schneebergenses intulere, intra spacium 79 annorum 41118. tonnas auri hausisse Werem. ab Ehrenberg *de reg. subsid. et oner. subsid. c.* 4. *c.* 25. ac
27 Henricus Thuringiae Landgraffius circa annum Christi 1227. e fodinis metallicis tantam vim auri et argenti comparasse fertur, ut omnem Bohemiam inaurare et mercari potuisset. Besold. *in thes. pract. voce Bergwerck.*

28 Cum igitur tot et tanti redditus ex fodinis metallicis desumi possint, data quoque ad majus earum instituendum exercitium cuilibet privatorum facultas fodiendi *l.* 3. *c. de metall. et metall.* et effossa retinendi reservato Regalium nomine principi certo redditu seu
29 canone metallico *d. l.* 3. *c. de metall.* Quam tamen licentiam princeps iis iterum adimere potest, ipse in eorum fundis per suos metallarios vulgo *Bergknappen*
30 fodere, et sibi soli reservare, (1.) Ob supra dictam rationem, quod ad inquirendas venas metallicas praesertim auri et argenti magni requirantur sumptus ac impensae, quibus nemo melius quam princeps fereu-
31 dis par est, Klock. *d. l. n.* 1. *et* 2. ob impossibilitatem autem sumptuum a privatis in eam rem impendendorum segnius interdum exercitium metallicum promoveretur, quod tamen eo diligentius promoveri publice interest, cum officinae monetariae auro et argento non debeant esse destitutae, dn. Ziegler. *de jurib. majest. l.* 2. *c.* 19. *n.* 15. quare eorum effossio et ad lucem productio nullo modo potest impediri: et
32 uti (2.) a principibus optimo jure subditis prohibita est venatio, potissimum ne agriculturam et alia hone-
33 sta vitae genera deserant, ita quoque et hic. Neque enim aliquid in regimine frequentius est, quam quod princeps etiam id, quod juris gent. aut naturae est, ob singularem aliquam circumstantiam restringat et circumscribat, quandoque etiam ipsum actum ineffi-
cacem reddat, ac si ad jus illud non amplius pertineat. Dn. Ziegler. *d. l.* Neque obst. quod princeps nemini 34
jus quaesitum auferre possit *l.* 4. *c. de emancipat. lib. ibique dd.* Namque hic non aufert jus quaesitum, sed 35
demum jus quaerendum, e. g. si quis thesaurum in loco publico invenisset, concedente lege per hanc inventionem jus quaesitum in dimidia parte thesauri jam inventi nactus esset, quem si totum princeps fisco vindicare vellet, injuriam certe faceret subdito, quin tamen in futurum princeps statuere posset, ut thesaurus in publico a quocunque repertus totus acquireretur fisco, non est dubium, vid. Petr. Ant. de Petra *in tract. de jure quaesito non tollend. per princ. passim.* Imo faci- 36
lius permittitur principi, ut ex bonis subditorum accipiat id, de quo nondum constat, quid, quale, quantumque sit, quam ut certam ex bonis eorum tributi nomine portionem exigat, quod tamen optimo jure facere ei licet; neque jacturam facile exinde patientur subditi, 37
cum venae metallicae plerumque incertam proventuum et lucri spem promittant. Imo eo minus damnum habe- 38
bunt, cum princeps ipsis pretium agri restituere cogatur, aliter enim, ne consuetudine quidem introduci potest, ut princeps non perfoso prius pretio agri in fundis privatorum venas requirat. Rumelin. *disput.* 8. *ad a. b. th.* 14. Rosenthal. *de feud. c.* 5. *concl.* 88. *lit. f.* Quia 40
talis consuetudo divino et naturali juri refragaretur, adeoque necessario requisito ratione scilicet probabili destitueretur, et corruptela magis esset quam consuetudo *c. ult. X. de consuet.* Hinc si consuetum est fodere 41
metalla in solo alieno, intelligendum id esse soluto pretio, alias fore consuetudinem reprobatam, et contra jus naturale et diabolicam ex Bald. *in l. sicut c. de servit et acq.* et Alberic. de Rosat. *in l.* 13. §. *si constat ff. comm. praed.* refert. Matth. de Afflict. *dec.* 321. *n.* 16. *et seq.*

Quae hucusque de jure principis, quo metalla sibi 42
vindicat, disserui, eadem, pari ratione, ad alias sub terra latentes utilitates extendenda puto: utrobique 43
enim eadem ratio est, quod nihil privatis auferat, sed acquisitio talium rerum tantum impediatur. Unde quam- 44
vis ridicula vulgo reputetur illa ministri cujusdam principis protestatio. *Dass er seinem gnaedigen Herrn alle Obrigkeit und jurisdiction auf und unter der Erden auch so viel noch künfftig erdacht werden moechte, itzo alsdann und dann als itzt per expressum vorbehalten haben wolte*, Adam. Keller. *l.* 2. *de offic. jurid. polit. c.* 12. Carpzov. *l.* 1. *resp.* 49 *n.* 3. Non tamen penitus eadem absurda est, cum et jura 45
subterranea principi reservasse utile imo interdum quoque necessarium sit.

Caeterum definitionem hic a me exigi video, quid 46
sub rubrica praesentis disputationis intellectum velim, sed cum res ipsa per se pateat; hac opera me supersedere posse confido: interim paucis noto. Facultatem 47
vindicandi sibi latentia in terris commoda ab iisdemque alios excludendi. Quibus praemisis ad specialiorem subterraneorum commodorum discussionem progredior.

CAPUT II.

De jure principis circa auri et argenti fodinas

SUMMARIA

Auri et argenti fodinae sunt de regalibus. n. 1.
Utrum in totum an tantum quoad certum canonem, dubitatur? n. 2.
Sententia quorumdam doctorum pro priori. n. 3.
Sed deciditur pro posteriori. n. 4.
Privatos aurum fodere posse probatur. n. 5.
Quae sententia communior est. n. 6.
Resp. ad rationes dubitandi. n. 7. *et seqq.*
Ampl. ut competant quoque fundi dominis temporalibus. n. 11.
Principi ex iis debetur certus canon seu redditus. n. 12.
Reliquum ad fodientes spectat et si velint id vendere, fisco vendere tenentur. n. 13.
Principi tantum debetur decima si fodinae in loco publ. inventae. n. 14.
Ex quibus rationibus. n. 15. *et seqq.*
Limitat. n. 18.
Principi debetur decima, si privatus in alterius privati fundo invenerit. n. 19.
An privato in alterius fundo quaerere liceat? dubitatur. n. 20. *seq.*
Rationes decidendi. n. 22.
Limitat. n. 23.
Dominus fundi prosequi potest venam se extendentem sub fundum alienum. n. 24.
Ampl. ut alterum tunc quoque in suo fodere volentem prohibere possit. n. 25.
Affertur ratio dubit. n. 26.
Ad quam resp. n. 27. *seq.*
An in suo fossurus opus habeat auctoritate et concessione principis? n. 30.
Princeps inspectores constituere potest, ne fraus fiat ratione decimae. n. 31.
Principi debetur quoque decima ex fundo feudali. n. 32.
Reliquum vasalli est, sed cum limitatione. n. 33.
Literae investiturae die Lehnbriefe praeprimis inspiciendae. n. 34.
Vasallus invest. cum mero et mixt. imperio sine regal. concessione hanc decimam non habet, quod et ampl. n. 35.
Limitat. iterum. n. 36. *et* 37.
Hodie fodinae omni ex parte regalibus annumerantur. n. 38.
Ampl. ut nemo in proprio fundo quaerere possit. n. 39. *seq.*
In principis potestate est, hanc facultatem privatis concedere vel sibi retinere. n. 41.
Haec assertio probatur. n. 42. *et seq.*
Referuntur dissentientes. n. 44.
Quibus nitantur rationibus? n. 45.
Resp. iisdem. n. 46. *et seqq.*
Privati exercere nequeunt regalia. n. 50.
In aur. bull. hoc jus regi Bohem. et electoribus tantum competit. n. 51.
Hodie eodem et alii principes et status imperii fruuntur. n. 52.
Exempla. n. 53. *et seq.*
Competit quoque civitat. imperial. n. 56.
Aliquando principes privatis id concedere solent certo modo. n. 57.
Quid jure saxon. obtineat? n. 58. *et seq.*
Quid in Bohemia? n. 60.
Quid juris hodie in fodinis vasallus habeat? n. 61.
Principi, si privatis concesserit, competit excocti argenti emptio. n. 62.
Prohibere potest, ne aurum et argentum exportetur. n. 63.
Exempla. n. 64.

Inter ea, quae subterraneorum potiora et pretiosiora habentur, primo se exhibent auri et argenti fodinae, quae omnino inter regalia recensentur, *c. un. quae sint reg.* 2. *f.* 56. *ibi argentariae etc.* Vultej. 1. *f.* 5. *n.* 7. §. *argentariae.* 26. Rosenthal. *in synops. feud. c.* 3. *conel.* 88. *n.* 1. Utrum vero jure proprietario sint principis, an tantum quoad certum redditum metallicum, dubitatur ob *dict. text.* 2. *f.* 56. qui generalis est, et simpliciter ac indistincte argentarias inter regalia numerat, quod autem simpliciter dicitur, distinctionem non admittit *l.* 3. *ff. de off. praes. l.* 1. §. 3. *verb. praetor enim simpliciter ait etc. ff. de aleat.* Et ubi lex non facit distinctionem, nec nos distinguere debemus *l.* 8. *ff. de publ. in rem act.* Quare non desunt etiam, qui auri et argenti fodinas principi jure proprietario competere autumant, etiamsi in fundis privatorum reperiae, uti ostendit Matth. de Afflict. *decis. neap.* 321. *n.* 8. Georg. Schuh. *in synops. jur. feud. c.* 7. *n.* 176. Verum cum jure rom. expresse dispositum sit, posse quem non solum ex re sua, sed et ex aliena, bona tamen fide possessa, fructus percipere *l.* 48. *ff. de a. r. d.* idemque ad dominum pertinere; quidquid ex re ejus natum est §. 19. *j. de r. d. l.* 6. *ff. de a. r. d. l.* 49. §. 1. *ff. de r. v. l.* 25. *pr. et* §. 1. *ff. de usur.* non est dubium, quin privatis quoque permissum sit, metalla in proprio fundo quaerere, utique enim in fructu habentur *l. fructus* 7. §. 13. *et* §. *seq. ff. sol. matr.* Hinc et metalla post usum fructum legatum inventa, legato contineri respondit Ulpianus *in l.* 9. §. 2. *et* 3. *ff. de usufruct.* Quae sententia corroboratur per *text. in l.* 13. §. 5. *ff. eod.* ubi concessum est usufructuario, ut vel ipse instituat auri et argenti fodinas, vel quas paterfam. instituit, exerceat, imo id expresse asseritur *in l.* 3. §. *f. et l.* 4. *ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cur.* ubi dicitur, *quod si pupillus habuerit lapidicinas ereti fodinas, salinas, argentifodinas, vel aliud huic simile, quod tamen privatis possidere licet etc.*

Cum communi ergo dd. calculo assereudum et concludendum, non totas argentarias proprietatis jure principis esse, sed privatis, in quorum fundis repertae sunt jure proprietatis, et tamquam fructus jure soli competere, ipsisque manere Schneidew. *in epit. feud. p.* 2. *n.* 106. Wesenbec. *p.* 1. *cons.* 45. *n.* 24. Peregrin. *de jure fisci l.* 4. *tit.* 2. *n.* 11. Rauchb. *p.* 1. *q.* 22. Matth. de Afflict. *d. dec.* 321. *n.* 5. Borcholt. *in d. c.*

quae sint reg. n. 87. Myler. ab Ehrenbach *de princ. et*
7 *stat. imp. c.* 69. *n.* 2. Neque obst. quod *d. c. quae sint. reg.* loquatur generaliter, et argentarias indistincte inter regalia referat, nam si d. c ita foret intelligendum, induceretur nova juris correctio, quam tamen semper vitare debemus *l. praecipimus* 32. §. 6. *c. de appell. l. un. c. de inoff. dot.* Bocer. *de regal. c.* 3. *n.* 166. Utpote quae est res odiosa, *c.* 1. *in f. de fil. prae-*
8 *lit. in* 6. *c. cum expediat. de elect. prodest. in* 6. Et ad correctionem legum requiritur, ut in posterioribus sint verba expressa et in specie loquentia, Everhard. *loc. a correct. leg.* 79. *n.* 15. *et seqq.* Limnae. *obs.* 1. *ad a. b. c.* 9. *n.* 4. non autem sufficiunt generalia. Et dicta regula, sc. simpliciter dictum non admittere distinctionem, tum demum procedit, quando non versamur in correctoriis juris communis, ut hic, Donell.
9 *in comm. l.* 1. *c.* 12. *circa fin.* Vel nisi distinctio aut declaratio ex aliis legibus inferri queat, *l. non est novum* 28. *ff. de ll.* Donell. *d. l. l.* 1. 15. Conr. ab Eisidel. *de regal. c.* 3. *n.* 310. Et porro si ex generali hujus *c. un.* locutione inferri posset, argentarias jure proprio principi competere etiam in fundis privatorum repertas, dicendum quoque foret, generalem doctrinam d. text. tantum de argentariis, quarum solum facit mentionem, non autem de aliis metallifodinis esse in-
10 telligendam, Eisidel. *d. l. n.* 310. Imo paulo post ipsum verbum *argentarias* ipse imperator sibi tantum vindicat *piscationum redditus et salinarum*, cum autem salinae quoque species sint metallorum, et quod in argentariis juris est, sit etiam in salinis, et contra, Sixtin. *de regal. c.* 19. *n.* 9. Philipp. Matthei. *inter cons. Marpur. v.* 2. *cons.* 27. *n.* 48. Non potest non imperator dici solum sibi quoque inter regalia redditus argentariarum vindicare voluisse, et sic ad jus commune respicere, quod tantum certum canonem metallicum tamquam regale principi ex argentariis in fundis privatorum repertis tribuit *l.* 2. *et* 3. *c. de metall. et metal.*
11 Competunt itaque argentariae in fundis privatorum inventae eorundem dominis, etiamsi ii sint tantum domini temporales, et post mortem alteri fundum restituere cogantur, ut de possessoribus majoratus tradit Pelaez. a Meres *tract. de major. p.* 1. *q.* 10. *n.* 35. Petr. Barbos. *ad l. divortio* §. *si vir in fundo ff. sol ma-*
12 *tr. n.* 18 Principi autem tamquam regale certus tantum debetur canon sive redditus metallicus *l.* 3. *c. de metall.* qui interdum est decima interdum vero major aut minor portio *d. l.* 3. *et l.* 5. *c. eod.* Peregrin. *de jure fisc. l.* 4. *tit.* 2. *n.* 11. Chassan. *in consuet. Burgund. rubr.* 1. *des justices* §. 1. *n.* 14. Et solvenda est non ex metallo, prout e terra eruitur, sed ex auro et argento jam purificato, Barbos. *d. l. n.* 20. Choppin. *de doman. l.* 1. *tit.* 16. *n.* 12. Klock. *de jure vectig. concl.* 3. *lit. a. in f.* ns. alia sit consuetudo. Rosenth. *de feud.*
13 *c.* 5. *c.* 88. *lit. f.* Reliquum autem sibi fodientes et invenientes retinent *d. l.* 3. *de metall.* Ita tamen, ut si vendere residuum illud velint, fisco redimendum offerant, quippe cui in hoc negotio jus πρωτοπραξίας competit *l.* 1. *c. eod.* Da. Ziegler. *d. l.* §. 8. modo etiam competens pretium pro eo inventori exsolvat, *d. l.* 1. *in fin.* Sixtin. *de regal. d. l.* 2. *c* 16. *n.* 71. et id tenetur fiscus emere, vel si nolit, licentiam dare, ut alteri inventor vendere possit, Matth. de Afflict. *super.* 2. *feud.* 56. *quae sint. reg.* §. *argenturiae. num.* 2.

Praedicta decima quoque principi debetur, si in loco 14
publico auri et argenti fodinae fuerint inventae, Bocer. *de regal. d. c* 3. *n.* 165. quamvis alii in loco publico inventas totas principis esse velint, Schneidew. *d. l. n.* 106. Bossius *in pract. crim. tit. de metall. n.* 12. Rebuff. *in l.* 17. §. 1. *ff. de v. s.* Heig. *p.* 1. *q.* 13. *n.* 19. et alii quos citat Sixtin. *d. l. n.* 32. Publicae res sunt, quae pro usu certi et cujusdam 15
totius populi deputatae, et ab ipso occupatae, Manz. *ad* §. 2. *j. de r. d. n.* 1. quarum fructus ad dominos earumdem scil. populum pertinent, *l.* 25. *pr. ff. de usur. l. fructus* 45. *ff. eod.* quod enim ex meo natum est, jure gent. meum fit, §. *item ea. j. de r. d. l.* 48. §. 1. *ff. de r. v.* Cum ergo auri et argenti fodinae sint 16
fructus praediorum. *l.* 7. §. 13. *et* 14. *ff. sol. matr. l.* 3. §. *fin. ff. de reb. eor. qui sub tut. vel. cur.* Rosenth. *c.* 5. *concl.* 91. et quidem mere naturales, qui sua sponte proveniunt, non accedente opera vel labore hominum: sequitur etiam, ad dominos praediorum scilicet populum pertinere. Uti enim praedia supra ter- 17
ram usque ad summum seu coelum dominorum sunt, *l.* 24. *ff. de s. v. p.* ita quoque infra terram usque ad imum eorundem esse debent *l. un. c. de thesaur.* Caepol. *de s. r. p. c.* 22. *n.* 4. adeoque principi ex talibus fodinis in loco publico repertis nihil suae decimae debetur Einsidel. *d. l. n.* 311. Quod si tamen 18
fundus esset ipsius imperatoris vel principis proprius, omne id, quod ex terra eruitur, ipsi tamquam praediorum domino, non ut aliquod regale, sed communi juris gent. titulo acquireretur, vid. Eisidel. *d. l.*

Haec decima, sive canon metallicus debetur Prin- 19
cipi, si privatus in alterius privati fundo argentarias quaesiverit et invenerit; ita enim fodiens quidem sibi acquirit, sed duas ex iis dare debet decimas, alteram principi tamquam regale, et alteram fundi domino *l. cuncti* 3. *c. de metall* quam portionem domino debitam non proprie decimam esse, sed quoddam interesse pro aliquali laesione fundi vult Schneidew. *d. l. n.* 106.

Occasione autem hujus quaeritur: an privato in al- 20
terius fundo metalla quaerere liceat? dubitari posset exinde, quod nemini alterius fundum ingredi liceat ibi venandi causa, §. 12. *j. de r. d. l.* 3. §. 1. *ff. de a. r. d.* sed dominus eum possit prohibere; imo si contra prohibitionem ingressus esset, competit domino actio injuriarum contra ingredientem. *l. injuriarum.* 13. §. *f. ff. de injur.* vim enim facere videtur, qui invito domino in ejus fundo versatur, et qui agit, per quod libera possessio ei impediatur, *l.* 11. *ff. de vi et vi arm.* atque nemo me invito potest ire per agrum 21
meum, *l.* 11. *c. de serv.* Facit etiam hoc, quod nemo in alterius fundo data opera thesaurum invenire possit. *l. un. c. de thesaur.* ergo quoque nec auri et argenti fodinas; contrarium tamen decisum *in d. l.* 3. 22
c. de metall. et quidem hoc propter publicam utilitatem, Christin. *v.* 5. *dec.* 97. *n.* 7. *et* 9. Da. Brunnem. *ad l.* 6. *c. de metall. n.* 2. cum publice intersit habere aurum et argentum *l.* 1. *c. eod.* Johann. ab Immol. *cons.* 87. *n.* 1. et Principi tamquam regale sua decima solvatur ad augendum ejus aerarium, Döring *in biblioth. Jctorum voce aerarium. n.* 140. Myler. ab Ehrenbach *d. c.* 69. *n.* 4. cui ex thesauro inventa nihil omnino debetur, et thesaurus casu, metalla autem magno labore et opera eruuntur du. Brunnemann. *ad l.* 3. *c. eod. n.* 3. Quae fodiendi licentia tamen 23

limitatur, modo fodientes a fundamentis aliarum aedium abstineant Sixtin. *l.* 2. *c.* 16. *n* 39. *et seq.* Schneidew. *d. l. n.* 106. et effodi aurum ac argentum sine damno superficiei possit, Rosenthal. *d. l. concl.* 90. *n.* 2. alias neutiquam permittenda esset earum investigatio, magis enim interesset reipubl. ne urbs ruinis deformaretur. *l.* 2. *c. de aedif. priv.* et dummodo (3.) ipse dominus non impediatur arando ac serendo, *l.* 5. *c. de metall.* Socin. *in l. fructus* 7. §. 13. *ff. sol. matr.*

21 Praedicta multo magis procedunt, si dominus in suo invenerit venam auri et argenti, quae extenditur sub fundum alienum, quod eam etiam invito domino persequi possit, Schneidew. *d. l. n.* 107. Rosenth. *d. concl.* 90. *n.* 7. partis enim unius apprehensione aut occupatione tota intelligitur apprehensa et occupata, etiamsi sub diversis et alienis sint fundis, Castrens. *in l. di-*
25 *vortio.* §. *si vir in fundo* 13. *ff. sol. matr. et cons.* 34 *v.* 2. Caepoll. *de s. r. p. tit.* 22. *n.* 4. Imo si alter fortamen novum in fundo suo facere vellet, ut ad illam venam perveniret, et eam priori fossori praecideret, posset ab eo prohiberi, quia eo sciente et patiente talem venam praeoccupavit *l. si quisquam, ff. de divers.*
26 *et temp. praescr. l.* 13. §. *f. et l. seq. ff. de injur.* Neque obst *l.* 24. §. *f. ff. de damn. inf. l.* 26. *pr. ff. eod. l.* 21. *ff. de aq. et aq. pluv. arcend.* ubi vicinus dicitur mihi praecidere posse venam aquae, et ejus commoditatem mihi auferre, quo puteus meus fiat inutilis, Gail. *l.* 2. *obs.* 69. *n.* 12. ergo etiam venam auri et argenti per fundum ejus transeuntem; sed neg. consequentia; nam non vertitur utilitas publice in vena
27 aquae, sed privata tantum, in effodiendo autem auro et argento vertitur utilitas publica, quae semper privatae praefertur, *l. un.* §. *fin. c. de cad. toll. l.* 3. *c. de primipil.* Hartm. Hartmanni *pract. observ. l.* 2. *tit.* 24.
28 *obs.* 1. *n.* 7. Qui addit et hanc rationem; scil. uti thesaurus sub meo fundo occultus non est meus, antequam fuerit repertus, et a me apprehensus, sed est in nullius bonis ac inventoris et praeoccupantis fit, *l. nunquam* §. *thesaurus ff. de a. r. d.* Ita quoque venas non esse eorum, sub quorum praediis sunt, sed in nullius potestate, fieri autem invenientium et occupantium Hartm. *d. l. n.* 10. Sed de his dubitare
29 liceret: dicitur enim *in l.* 7. §. 14. *ff. sol. matr.* Quod auri et argenti fodinae sint in fructu, fructus vero cum pars praediorum sint, *l.* 44. *ff. de r. v.* Simul quoque cum praedio tanquam accessorium possidentur, nec in nullius potestate sunt uti thesaurus qui non est in fructu, nec nascitur in fundo, sed casu invenitur. Licet hoc ad auri et argenti fodinas jam repertas, quod nullius non amplius sint, restringendum putem, nam *d. l.* 7. §. 13. *et* 14. *ff. sol. matr.* de jam inventis loquitur; et ad possessionem alicujus rei non tantum corpore, sed et animo opus est. Accedit huic publica utilitas et praeventio, sibi enim imputare debet dominus, quod initio non statim jure suo usus fuerit, sed in suo fundo quaerere, et publicam promovere utilitatem neglexerit. Dn. Brunnemann. *ad l.* 6. *c. de metal. n.* 2. Jam autem cum passus fuerit alterum in vena auri vel argenti inquirenda tantos facere sumptus, totque sustinere labores, si eidem impedimento esse cogitaret, quo minus quoque debita emolumenta ex ea inventa postmodum percipere posset, res malitiae proxima videretur, cui neutiquam indulgendum esse aequitas suggerit, *Rumelin. d. disp.* 8. *ad a. b. th.* 15.

Quod hactenus dictum; privatum in alterius praedio 30
auri et argenti fodinas quaerere posse, limitant Jd. dummodo fodere volentes sint principis auctoritate instructi, et privilegium vel investituras habeant fodiendi in alieno. Boss. *de metall. n.* 7. Peregrin. *d. l. n.* 14. quae an praecise necessaria sint, merito dubitatur ob generalitatem verborum *l.* 1. *et* 3. *quicumque etc. et cuncti* vid. Sixtin. *d. l. n.* 56. *et* 57. Inspectores 31
tamen princeps constituere potest, ne aliqua fraus ratione decimae committatur, *arg. l.* 16. §. 1. *ff. de usu, et habit.* Schurff. *cent.* 1. *cons.* 26. *in f.* Heig. *p.* 1. *qu.* 13. *n.* 51. Vel quando dominus feudi plane non foderet, vel in opere coepto non perseveraret, sed desisteret, potest ipse princeps metallarios mittere, ut suo nomine fodiant, vel aliis hujusmodi jus concedere, Rosenthal. *d. l. conc.* 89. *n.* 5. in aliquibus enim locis, ubi quis anno et die laborare cessavit, quod quivis alius exclusio illo, qui annuo spatio laborare intermisit, a principe de istis fodinis investiri possit, observari tradit Rosenthal. *d. l. n.* 6. vel aliquando negligentores biennales dominio privari, Einsidel. *d. c.* 3. *n.* 118. ita quoque olim agrorum desertores puniebantur, et quas reliquerant, possessionibus privabantur *l.* 8. *c. de omn. agr. desert.* Menoch. *rem. recup. poss.* 13. *n.* 76.

Praedicta decima sive canon metallicus debetur prin- 32
cipi, si in fundo feudali inventae fuerint auri et argenti fodinae, cum sit de regalibus, Rosenthal. *c.* 5. *concl.* 91. *n.* 3. Reliqua vero in fundo feudali reperta spectant ad vassallum, quia auri et argenti fodinae in fructibus censentur *l.* 13. §. 5. *ff. de usufr. l.* 7. §. 13. *et* 14. *ff. sol. matr.* Modo vassallus ipse venas auri 33
invenerit et foderit, Matth. de Afflict. *in d. c. un. verb. argentariae n.* 6. Rosenth. *d. l. n.* 2. Nam si alius praeter vassallum invenerit, duas dare tenetur decimas, alteram principi ceu regale, alteram vero vassallo utile feudi dominium habenti. Isern. *in d. c. un. quae sint reg.* Cravett. *cons.* 209. *per tot.* Wesemb. *cons.* 45. *n.* 24. Ex literis autem investiturae *denen* 34
Lehn-Brieffen, praeprimis videndum, quid vassallo competat, earum enim tenor in decidendis controversiis feudalibus maxime est attendendus, Gail. *l.* 2. *o.* 50. *n.* 15. Myns. *cent.* 5. *o.* 76. *n.* 1. Et omni feudorum naturae derogat, Hartm. Hartmanni *l.* 2. *tit.* 54. *o.* 16. *n.* 8. Quod si vassallus a principe sit investi- 35
tus quidem cum mero et mixto imperio sine tamen expressa regalium concessione, hanc decimam principi alias debitam tamen non habet Wesenb. *d. cons.* 45. *n.* 25. Zas. *v.* 2. *cons.* 16. *n.* 67. Cum sub conces- 36
sione omnimodae jurisdictionis regalia non veniant Menoch. *l.* 3. *praes.* 97. *n.* 4. Schneidew. *d. l. p.* 2. *n.* 96. Joach. a Beust. *in l. admonendi* 31. *ff. de jurejur. n.* 968. Ruin. *v.* 5. *cons.* 111. *n.* 2. Imo neque concesso castro cum omnibus pertinentiis, *mit allen Nutzungen Zu und Eingehörungen* Menoch. *d. l. n.* 41. Nisi princeps aliqua ex regalibus sibi reservaverit expresse, hanc vero decimam auri vel argenti non reservaverit, sic concessa praesumitur, Afflict. *d. l. n.* 6. Decius *l.* 2. *cons.* 123. *n.* 35. Menoch. *d. l. n.* 37. Vel si vassallus a principe sit investitus cum metalli 37

fodinis, sic quoque, ne haec verba (*cum metalli fodinis*) frustranea sint, concessa decima praesumitur Rosenthal. *d. l. concl.* 91. *lit. f.*

38 Et haec quidem ita obtinent jure Rom. quod in decisionibus hucusque adductis fundamenti loco supposuimus. Caeterum hodie de notoria Germaniae consuetudine fodinas metallicas omni ex parte regalibus annumerari ferunt Goeddeus *ad l.* 17. *ff. de v. s. n.* 14. Schulz. *in synops. jur. feud. c.* 7. *n.* 176. Kuichen. *de sax. non provoc. jure c.* 5. *n.* 108. Renat Choppin *de doman. lib.* 2. *tit.* 2. *n.* 6. Heig. *l.* 1. *q.* 13. *n.* 29.

39 Adeo, ut nemo nequidem in proprio fundo metalla praesertim nobiliora, ut auri et argenti fodinas, quaerere possit, nisi prius ab imperatore vel alio territorii principe de hoc specialiter sit investitus et id ipsi concessum Coler. *p.* 1. *dec.* 98. *n.* 3. Zobel. *p.* 2. *diff.* 42. *a.*

40 8. *Wo einer Bergwerck haben will, so muss er von der Kayserl. Majestaet oder den jenigen, so es die Kayserliche Majestaet zu lehen hat gelichen, gelehnet seyn, wie es die beschriebene und auch zum Theil die öffentliche gemeine Gewohnheit und Gebrauch über Menschlichen Gedencken eingeführet bewahren, und sonderlich in deutscher Nation also üblichen gehalten wird, dass niemand Metall oder Bergwerck auch in seinen eigenthümlichen Güthern, Gründen und Aeckern ohne vorgehende Lehen suchen, noch graben mag, uti videre licet in der Chur- und Fürsten zu Sachsen, Mannsfeldischen, Hohensteinischen, Stollbergischen, Gosslarischen und andern Bergwercken,* Reinhard. *p.* 6. *diff.* 8. Carpz. *de regal. c.* 3. *reg.* 23. *aph* 3. *in f.* Dn. de Seckendorff *im deut schen Fürsten Staat.*

41 *p.* 3. *c.* 3. *n.* 3. *et seqq.* Ut hinc in domini territorii regale hoc possidentis potestate et arbitrio sit; an fundi domino sub onere decimarum perceptionem fructuum ex aurifodinis permittere, vel sibi eas totas reservare velit, Carpz. *p.* 2. *c.* 53. *d.* 1. Struv. *s. j. f.*

42 *c.* 6. *aph.* 26. *n.* 3. Quod et circa generalem hanc consuetudinem diserte probatur ex Henrici Sexti romanorum regis effato in privilegio, quod anno 1179. concessit episcopo mindensi, et legitur ap. Goldast. *t.* 3. *const. imp. pr.* 362. *cum omnis* (ait ibi imperator) *argenti fodina ad jura spectet imperii, et inter regalia nostra sit computata, nulli venit in dubium, quin ea, quae nuper in episcopatu mindensi dicitur inventa, ad nostram totaliter spectet distributionem, unde in ea nulli hominum quicquam juris recognoscimus, nisi hoc a nostra liberalitate valeat specialiter impetrare; mandamus igitur omnibus vobis et singulis etc. ut nullus vestrum se de praedicta argenti fodina intromittat, nec aliquid juris sibi sine nostra licentia in*

43 *ea usurpet etc.* Quo facit quoque *aurea bulla Caroli IV. imper. tit.* 9. *Von Gold, Silber und ander Ertz wegen. verb. Wir wollen und ordnen etc. Dass Unsere Nachkommen die Könige in Böhmen, auch alle und jede Churfürsten, Geistliche und Weltliche die hinführo seyn werden, alle Gruben Goldes und Silbers, die Ertz des Kupfers, Zinnes, Bleyes, Eisens, Stahles und welcherley ander Geschlechte es seyn, auch Saltzes, das funden ist, und nicht funden wird, fortan zu jeden Zeiten in ermeldten Königreich und in allen andern Theilen und Landen, so demselben Königreich unterworffen sind, und die obberührte Fürsten in ihren Fürstenthümern, Herrschafften und Zugehörungen, recht und redlich mögen besitzen, mit allen Rechten nichts ausgenommen, etc.* Quibus satis 44
clare probatur, integras argenterias regalium jure principis esse, quamvis adhuc multi sint in contrarium, arbitrantes (1.) hanc consuetudinem generalem non esse, quare cum sit stricti juris, eam non extendendam, sed restringendam, Sixtin. *d. c.* 16. *n.* 45. neque ex dicto Henrici Sexti episcopo mindensi concesso privilegio, neque ex aur. bulla quicquam probari posse, Conr. ab Einsidel *d. c.* 3. *n.* 314. *et seq.* Limnae. *obs.* 1. *ad a. b. c.* 9. *n.* 4. Knipschild. *de civit. imp. l.* 2. *c.* 17. *n.* 36. Rebuff. *in l.* 17. §. 1. *ff. de v. s.* Bocer. *de invest. feud. c.* 3. *n.* 103. *in fin.* Buxtorff. *ad a. b. c.* 9. *n.* 89. *lit. F. et plures alii.* (1.) Quod 45
jure rom. satis dilucide concessae privatis fuerint auri et argenti fodinae reservata regalium nomine tantum principi decima, ut igitur hoc jus caesareum correctum dici queat, necessario requiri verba expressa et specialim de correctione legis prioris in posteriori loquentia, neque sufficere verba generalia, Everhard. *loc.* 79. *n.* 15. *et seq.* adeoque eam aur. bullae correctionis non facisse expresse mentionem, sed generaliter loquutam, per eam jus prius, caesareum sc. correctum dici non posse, Limnae. *d. l. n.* 4. (2.) Quod in dubio quoque, ut hic versamur, contra fiscum sit pronunciandum, Afflict. *dec.* 321. *n.* 10. Sed resp. haec quidem alias per se verissima forent, si jus romanum in hoc puncto unquam in Germania receptum esse, constare posset. Non enim recepto jure romano omnes in Germania 46
receptae consuetudines abrogatae, sed potius eaedem in plerisque retentae, notabilis textus est *in cont. crim. art.* 140. *dem gemeinen Rechten, und loebl. hergebrachten Gebraeuchen gemaess,* ubi simul principibus reservantur *ihre wolhergebrachte, rechtmaessige und billige Gebraeuche*: non ergo consuetudo Germaniae correctoria dicenda juris romani; sed potius jus romanum correctorium erit consuetudinum Germaniae, quae tamen correctio, nisi probata specifica romani juris receptione, hoc passu non praesumenda. Nam- 47
que tempore Caroli IV. imper. seculo scilicet XIV. quo aurea bulla lata et promulgata, jus justinian. in tota Germania nondum receptum fuisse, docet dn. Praeses *de usu moderno pandect. disputat.* 1. *de usu et auctorit. juris rom. in foris Germaniae* §. 22. Sed id demum invaluisse et incrementa cepisse initio seculi XV. §. 23. *et* 24. *dict. disput.* Ergo eum tempore aureae bullae latae nondum auctoritas et usus fuerit juris romani, neque id per eam dici potest correctum, privationem enim praesupponere habitum necesse est. *l. decem. ff. de v. o.* Imo ante aur. bullam in pleris- 48
que Germaniae locis, imo et extra imperium jus saxon. obtinuisse docet iterum dn. Praes. *d. l.* §. 11. *et seqq.* Jure autem saxon. auri et argentifodinas ad regalia pertinere palam est, per text. *Land-Recht. l.* 1. *art.* 35. *pr. ibi. Alle Schaetze unter der Erden begraben tieffer dann ein Pfluggehet, gehoeren zu der Koeniglichen Gewalt.* Sequitur E., dubio procul Caro- 49
lum IV. imperatorem tunc temporis ad usum juris sax. respexisse, et ad regalia auri et argenti fodinas relatas voluisse, verb. *recht und redlich moegen besitzen, mit allen Rechten, nichts ausgenommen,* et ita omnino privati sine speciali principis privilegio sive concessione aurifodinas hodie in fundis suis quaerere et pos-

fidere nequeunt, Coler. *dec.* 98. *n.* 3. Dn. Ziegler. *d.*
59 *l.* 2. *c.* 19. §. 16. Regalia enim a privatis exerceri nequeunt, cum regalia sint jura soli imperatori propria, per *text. in const. Frider. imp. de pace Constant.* §. *volumus, ibi: quae specialiter ad nostram excellentiam spectant. Reichs-Abscheid de anno* 1576. §. *Dadurch dann,* ibi *Kayserliche besondere Hoheit und reservaten.* et hodie electorum et aliorum principum praecipue ex concessione imper. Voltej. 1. *f.* 5. *n.* 7. Eisidel. *de regal. c.* 1. *n.* 25. vel etiam vi praescriptionis immemorialis, *arg. c. super quibusdam* 26. §. *praeterea X. de v. s. Reichs-Abschied zu Augspurg de A.* 1548. §. *und soll unser etc. juncto* §. *seq. wann auch ein ausgezogener ibi: dass er je in Menschen Gedaechtniss et* §. *wo aber innerhalb Menschen Gedenken etc.* Unde quamvis *in d. c.* 9. *a. bullae* solum fiat
61 mentio regis Bohemiae et electorum, et auri et argenti fodinae jus ad eos restrictum, caeteri, vero principes exclusi videantur, verb. *dass unsere Nachkommen, die Koenige in Boehmen, auch alle und jede Chur-Fürsten Geistliche und Weltliche die hinführo seyn werden etc.*
62 Attamen hodie mediante investitura vel immemoriali praescriptione, imo quod majus est, jure superioritatis territorialis, principibus quoque caeteris, aliisque imperii statibus venae metallicae competunt. *Reichs-Abschied zu Augspurg de anno* 1551. §. *weiter so setzen wir etc.* Heig. *p.* 1. *q.* 13. *n.* 30. Simon. Pistor. *cons.* 4. *post. cons. modest. pistor. v.* 2. *n.* 7. *et seqq.* Arnisae. *de jur. majest. c.* 5. *n.* 4. Schweder. *d. c.* 15.
63 §. 12. Hinc Carolus magnus Ludovico comiti glichensi facultatem auram et argentum fodiendi atque metalla in suo districtu concessit, Goldast. *t.* 1. *const. imp. p.*
64 17. Et Fridericus Ludovico Bavariae duci et palatino Rheni omne genus metalli in terris patrimonii et feudi fodere specialiter indulsit, Goldast. *d. t.* 2. *p.* 298.
65 Arum. *ad a. b. c.* 9. *in pr.* Et comites mansfeldicae, quamvis olim fodinas ab imperatore immediate recognoverint, hodie ab electore Sax. in feudum profiteri, testatur Knichen. *all. l. n.* 128. de civitatibus imperialibus idem quoque asserit Myler. ab Ehrenbach. *l.*
66 2. *c.* 16. *n.* 55. Sic norimbergensi reipubl. a Carolo V. imp. anno 1540. privilegium datum, a Ferdinan. I. anno 1559. Maximiliano II. anno 1567. Rudolph. II. anno 1577. Matthia anno 1613. Ferdinando II. 1620. et sequentibus impp. jus metalli fodinas habendi easve colendi confirmatum fuit. *Addition.* Klocki *de aerar. l.* 2. *c.* 27. *n.* 8.
67 Aliquando tamen principes etiam privatis specialiter concedere solent fodinas seu partes fodinarum, *Bergtheile, Kuckus,* et jus inde percipiendi proventus, *die Ausbeuthe,* ita ut decima sive canon metallicus inde principibus solvatur, Struv. *s. i. f. c.* 6. *aph.* 26. *n.* 5. in quibus rebus praeprimis attendendae sunt ordinationes foedinarum et statuta *die Berg Ordnungen,* et consuetudines locorum *Landesgebraeuche und Gewohnheiten per text. in l.* 2. *c. de metall. ibi; in quo propria consuetudo etc.* Afflict. *d. dec.* 321. *n.* 3. *et* 27.
68 Sic quamvis jure sax. res clara sit auri et argenti fodinas ad regalia pertinere, per supra *all. text. landrecht. art.* 35. *l.* 1. *verb. alle Schaetze, so unter der Erden etc.* tamen in istis provinciis Saxon. adeo stricte cum dominis locorum, in quibus tales venae inveniuntur, non agi, referi Heig. *d. l. n.* 42. ut omnis metallorum utilitas ipsis auferatur, nam concessionem auri fodinarum a principibus quidem petendam, et singulis quadrantibus anni renovandam, nihilominus tamen certam reddituum portionem dominis territoriorum constitutiones metallicas concedere, *vulgo einen freyen Erbkuckus oder vier Erbkuckus auf des Grundherrn selbst Verlegen und Unkosten.*

Quod autem aliorum metallorum fodinas spectat, si 69
quis ab electore vel duce Saxon. de feudo aliquo cum mero mixtoque imperio seu superiori et inferiori jurisdictione *mit Ober und Nieder-Gerichten* investitus sit, et in eo fodinae metallicae reperiantur, ubi aes, stannum vel plumbum vincat aurum vel argentum aeri, stanno vel plumbo admixtum, quod tunc lucrum totale vassallo cedat, ut non tantum ipsos proventus, sed et decimas, aliaque jure communi alias principi competentia retineat, quod si vero aurum argentumve seu copia seu valore dicta viliora metalla superet, decimae caeteraque superiori debita principi cedant, Reinhard. *p.* 5. *diff. sax.* 8. Schultz. *d. l. n.* 177.

In Bohemia dimidia decima dominis fundi debetur, 70
vermoege Vergleichs de anno 1574. *zwischen Koenigl. Majestaet und denen Staenden in Boehmen die Bergwerck und Metall belangend, verb: und was also von Gold und Silber aus den Gnaden GOttes gemacht oder gewonnen wird, davon sollen wir dem Grund-herrn auf des Grunden Bergwerck erhebt und gebauet werden, Vermoege voriger beschehener Vergleichung den halben Theil des gantzen Zehends erblich erfolgenlassen, aber der Gold und Silberkauff, auch der Schlaeg Schatz von der Münz soll uns und unsern Nachkommenden Koenigen zu Boehmen allein bleiben. Und damit aber sie die Grundherrn unser gnaedigstes Gemüth und Neigung so wohl zu ihnen als zu den Bergwercken desto mehr im Werck spühren, so bewilligen wir hiermit über diss alles ferner gnaediglich, dass allen Grundherrn auf derer Grund-Bergwerck in esse seyn, und noch weiter ausfkommen moechten, von unsern als ietzt regierenden und nachkommenden Koenigen zu Boehmen gebührenden halben Theil Zehends noch ein* 4. *teil, das ist, von dem gantzen Zehend* 3. *viertel auf* 25. *Jahr von diesen gegenwaertigen Landtags-Beschluss an zureiten, frey erfolge, uns und unsern nachkommenden Koenigen zu Boehmen aber das* 4. *viertel zehend in allewege ordentlich gereicht und nach Verscheinung der izt benandten fünff und zwantzig Juehrigen Gnad der halbe zehend wiederum zu gut kommen solle.* Uti refert Deucer. *in corp. jur. metall. p.* 232. Singulorum igitur locorum statuta et consuetudines observandae sunt.

Quod supra dictum, aurifodinas in feudo repertas 71
ad vassallum pertinere, hodie secundum hactenus asserta secus est, cum fodinae omni ex parte regalibus annumerentur, vassallo vero regalia non competant, nisi de iis expresse quoque sit investitus a principe, ergo nihil ex fodinis sine expressa principis concessione sibi talis vindicare poterit, Myns. *rs.* 39. *n.* 4. Heig. *d. q.* 13. *n.* 30. etiamsi princeps ipsi feudum concesserit cum omnibus fundi utilitatibus. Simon. Pistor. *d. cons.* 4. *n.* 10. Struv. *d. l. n.* 6. Quod si ta 72
men princeps privatis argentarias concesserit, semper prae omnibus eidem competit exercitii argenti emptio, *der Gold und Silber Kauff,* Bose. *de Metall. n.* 3. Knichen. *d. l. n.* 126. Lauber. *d. c.* 3. *n.* 28. Pote-

ritque prohibere ne aurum vel argentum exportetur, ne aliquando iisdem resp. indigeat, dn. Zieglerus *l. 2. c. 41. §. 61.* quod jam olim quoque ne ad Barbaros exportetur, severe interdictum *l. 2. c. de commerc. et mercat.*

63 Hodie id etiam omnium fere principum legibus severissime sancitum, ne aurum vel argentum extra imperii fines evehatur, testis est Bodin. *de republ. l. 6. c. 3* Recessibus imperii saluberrime cautum, ne aurum vel argentum infectum, vasa argentea vel ducati probi ullo pacto efferantur, secus facientes corpore bonisque mulctandos. Dennis. *in jur. camer. tit. 192. de monetar. edict. n. 20. et 47.* Lenz. *In Fürstellung der Maengel im Müntzwesen etc. 6. Maengel. p. 29. et seq.* Quo pecuni dubio et imperator, quoque rei numma- riae incommodo abolituros respexit *in capitul. Caes. Leopold. art. 33. verb. und was ferner zutraegliches zu Abwendung solcher lang gewachrten Unrichtigkeit in Müntzwesen vor gut befunden werden moechte, nicht unterlassen.* Its in Belgio *anno* 1583. ne aurum 64 argentumve etiam damnata moneta exportetur amplius, quam iter, quod quis agendum habet, exigat, edixit Carol. V. imp. Dn. Zieglerus *d. l.* Grönwegen *ad l. 2. c. de commerc. et merc.* In Anglia quoque vigere statutum, ne quis plus pecuniae quam quod viatico sufficiat, e regno egerat, superfluum inquisitores et visitatores fisco regio adjudicare testatur Klock. *de aerar. l. 2. c. 24. n. 4.*

CAPUT III.

De jure principis circa salinas.

SUMMARIA

Salinae sunt de regalibus. n. 1.
Intelligitur hoc de certo vectigali seu redditu. n. 2.
Qui principi tantum in privatis salinis competit. n. 3.
Privati salem vendere nequeunt nisi principi. n. 4.
Hoc jus in principibus antiquissimum est. n. 5.
Principes olim certis conductoribus jus vendendi salem locaverunt. n. 6.
Sine quorum licentia alii vendentes salem, in graves poenas incidunt. n. 7.
Haec consuetudo principis an valeat? dubit. n. 8. et seq.
Monopolium graviter prohibitum. n. 10.
Rat. decidendi. n. 11.
Princeps vigore protimiseos in emendo sale omnibus antefertur. n. 12.
Quando princeps mercaturam alicujus rei intuitu regalium exercet, id monopolium non est. n. 13.
Princeps aliquando monopolium in reipubl. utilitatem exercere potest. n. 14.
Princeps pro sale subditorum justum pretium dare tenetur. n. 15.
Quomodo proficiat hic salinarum proventus? n. 16.
Exempla eorum, qui tale salis monopolium exercent. n. 17.
Princeps prohibere potest, ne exteri salem afferant, et vendant. n. 18.
Privati hodie non amplius salinas possident. n. 19.
Salinae ad regalia jam ante aur. bul. relatae. n. 20.
Quomodo et quibus salinae concedantur. n. 21.
Urbes non pagi hodie habent facultatem salis emendi. num. 22.
Princeps subditis fundi pretium restituere tenetur. num. 23.
Ampl. n. 24.
Princeps mortuo vassallo, ex feudo ejusdem filias in subsidium elocare tenetur. n. 25.
Non dist. an feudum sit novum an antiquum. n. 26.
Ad quem fructus post mortem vassalli spectent? n. 27. et seq.

1 Salinas non minus quam argentarias inter regalia numerari probat *text. 2. f. 39.* Natta *cons. 661. n. 2.*
2 Bertazol. *v. 2. cons. 281. n. 8.* Quod tamen non aliter quam de salis quodam vectigali seu redditu intelligendum, Menoch. *cons. 302. n. 31.* Sixtin. *de regal. l. 2. c. 19. n. 2. et 4.* Decius *cons. 293. n. 1.* probatur hoc ex *all. text. 2. f. 56.* ibi; *piscationum reddituum et salinarum* et *l. 17. §. 1. ff. de v. s.* verb. *item salinarum* privati enim jure romano salinas possidere possunt. *l 4. §. 7. ff. de cens. l. 5. §. 1. ff. de reb. eor. l. 32. §. 2. et 3. ff. de us. et usufr. leg.* et in quorum praediis ac fundis reperiuntur, eorum domini manent, Ruin. *l. 1. cons. 90. n. 14.* Nec in hisce privatis 3 salinis principi aliquod jus competit. Georg. de Cabed. *p. 1. dec. 53. n. 3.* nisi solum vectigal quod regalis nomine ipsi penditur, Menoch. *d. l. n. 31.* ad similitudinem argenti fodinarum, quae cum in jure passim comparentur, ut videre est *in l. 1. pr. ff. quod cujusque univ. l. 3. §. fin. l. 4. et l. 5. §. 1. ff. de reb. eor. qui sub tut. l. 13. pr. ff. de publ. et vectig. l. 8. ff. de poen. l. 17. §. 1. ff. de v. s.* idem quoque ubique jus constituendum. Sixtin. *d. l. n. 9.* Quamvis autem juxta 4 haec privati licite salinas habeant, tamen salem vendere nequeunt, nisi principi pro certo pretio, quod ita in regno neapolitano observari asserit Matth. de Afflict. *d. c. quae sint reg.* verb. *et salinarum n. 5.* Et longo tempore hoc jus in principibus invaluisse Barbos. *ad l. divort. §. si vir in fundo ff. sol. matr. n. 29.* Klock. *de aerar. l. 2. c. 9. n. 18.* imo antiquissimum, et incepisse fere ab ipsius orbis initio. Alciat. *in l. inter publica de v. s. n. 5.* Jam olim enim principes hoc 5 regale sibi reservarunt, ut salinas conductoribus quibusdam locarent, qui vocati sunt publicani, cum eo privilegio, ut hi soli habeant salem vendendi facultatem, ut docent. *l. 1. pr. ff. quod cujusque univ. l. 39. §. 1. ff. de haered. inst. l. 13. pr. ff. de publ. et vectig. l. 11. c. de vectig.* August. Berojus *l. 2. cons. 51. n. 26.* Adeo, ut vendentes salem sine horum publicano- 7 rum, vel eorum qui id a fisco emerunt, licentia in graves incidant poenas *d. l. 11. c. de vectig.* sales secum cum eorum pretio in commissum cadunt, et emptoribus seu salinarum conductoribus debentur, *d. l. 11.* Bonav. Stracha. *de mercat. p. 4. n. 30.* Brunnem. *ad d. l. 11. c. de vectig. n. 3.* Quam consuetudinem, 8 principem sc. solum salem vendere posse, juris communibus rationibus repugnare, dicit Caepolla *in l. 17. §. 1. ff. de v. s. n. 4.* utpote quae unicuique pro lubitu suum vendere permittunt, *l. dudum. c. de contr.*

empt. Klock. *d. l.* modo non ab aliis quam emptoribus et conductoribus fisci salem emat, et lucri causa revendat, sed suum proprium vendat, quod permissum, *l. 1. c. de vectig.* Cravetta *l. 1. cons. 6. n. 115.*

9 Adeoque eam in principe minime ferendam dicat Bodin. *de republ. l. 6. c. 2. p. 1017.* quod turpe ac foedum sit, vili pretio mercari a subditis, ut iidem cariora res emptas emere cogantur, quod Alphonsum regem neapol. suis aeque ac exteris fecit odiosissimum,

10 teste Bodin. *d. l. p. 1017. in fin.* Quinimo videtur hoc esse monopolium, quod graviter prohibitum *l. un. c. de monop.* nec in rebuspublicis bene constitutis tolerandum, per *rec. imp. de anno* 1548. Aug. sub tit. *die monopolien und schaedliche Fürkauff belangend. rec. de anno* 1500. *von wucherlichen contracten und monopolien. rec. Aug. de anno* 1566. et *recess. spir. de an.* 1570. *Ratisbon.* 1576. item *Policey Ordn. zu Franckfurth an.* 1577. quibus in locis constitutum, ut monopolia in toto imperio irrita injusta et reprobata sint, et magistratibus sub poena 100. marcarum auri, ut illas sanctiones rigidissime observent, injungitur.

11 Attamen si consideremus publicam utilitatem, injustum id non est, nam quamvis unicuique jure communi liceat vendere suum salem, *l. magis puto* §. 1. *ff. de*

12 *reb. eor.* Bartzol. *v. 2. cons.* 281. *n.* 8. Princeps tamen uti alios vigore protimiseos omnibus aliis emptoribus antefertur Rauchbar. *p. 2. q. 22. n.* 8. hic in quando sale quoque aliis erit praeferendus *l. 1. c. de*

13 *metall.* Afflict. *d. l.* §. *argentariae n.* 3. Neq; monopolium hoc sapit, quando princeps jure regalium mercaturam sei alicujus exercet, veluti aliquarum gemmarum repertarum aut mineralium, hoc enim jus intuitu regalium exercet, non nomine mercaturae simpliciter. Illustr. dn. Rhetius *in j. publ. l. 3. t. 5.* §. 3.

14 Imo monopolium aliquando in reipubl. utilitatem juste princeps exercere potest, ad pecuniam et nervum reipubl. comparandum, Sigism. Scaccia. *tr. de commerc. et camb.* §. 1. *qu. 7. p. 3. lim. 10. n.* 18. Sicque cogere subditos, ut sibi soli, vel nulli alius sine ejus

15 concessione salem vendant, Klock. *d. l. n.* 18. Dummodo quoque princeps pro eo justum subditis solvat pretium: venditores enim habent jus vendendi pro pretio juste, quo bona fide et arbitrio prudentis res

16 vendita aestimatur; atque sic tantus salinarum proventus saepe causa est, ut subditi multo paucioribus quam alias tributis graventur a principe, Barbos. *d. l. n.* 30. quo faciunt, quae habet Ruremundus *in mammona oder Schlüssel des Reichthums, c.* 30. dum ita scribit: *Bey Staedten und Staenden mussen solche Monopolia dahin gerichtet werden, dass es mehr eine Kauffmannschafft und Handthierung als ein Monopolium scheine, sonsten würden solche die Reichs-Constitutiones eben so wohl betreffen. Dabey dann wohl in acht zunehmen, dass die gemeine Handlung im Kauffen und Verkauffen nicht gesteckt, sondern allein der Kauffleut und Wuchrer übermachte Vortheil gedaemmet, und dem gemeinen Mann solche Last leichter gemacht werde, auf solche Weise nun mag und han ein Herr und Obrigkeit löb und nützlich handeln, und damit die Unterthanen vor Steuer, Schatzung, und grosseren Zöll befreyen; Wie wir ein Exempel haben an Rudolpho Konig in Behmen, Kayser Albrecht Sohn, welcher nicht allein mit guten Willen der mehrertheils Unterthanen (n. den Kuttenbergischen Silber Graben gehandelt, sonnach aus seinem Verrath so er in Oesterreich hatte, Wein, Saltz, Gersten, Waeitzen zum Brodbacken und Bier brauen in Behmen führen lassen, nach seinen Willen verkaufft, und alles in Handen gehabt, und sind damit die grossen Schulden, welche zween seiner Vorfahren Nahmens Wenceslai gemacht, abgestossen und bezahlt, gleichwohl aber der Unterthanen mit sonderbahrer Schaetzung verschonet worden.* Tale monopolium salis quoque exercet rex 17
Galliae, teste Frehero. *de monet. p.* 48. qui in regia horrea certis locis disposita reconditur poena capitis in eos sancita, qui aliunde quam ex iis horreis emerint, Thuan. *l. 5. histor. p.* 153. Salis quoque monopolium in suo territorio exercet dux et elect. Bavariae, ex quo in aerarium quotannis tanti reditus inferuntur, ut multorum imperii principum opes longe superare dicantur Ahasv. Fritsch. *tr. de monopol. c.* 10. *n.* 73. Et salis proventus est Tartarorum principis demanium. Choppin. *de doman. l. 1. tit. ult.* Eo- 18
dem modo quoque princeps prohibere potest, ne exteri salem afferant et in suis territoriis vendant, Abb. *in cap. super quibusdam de v. s.* Quo scilicet principes facilius salem proprium vendere possint, Barbos. *d. l. n.* 29. quale privilegium a sereniss. duce Sax. Wilhelmo anno 1470. nacta est civitas Salzungensis verb. *zum achten auch soll niemand kein fremd Saltz in das Gericht zu Saltzungen führen, wer darüber besehen oder befunden, den soll unser Amtmann von unsert wegen büssen.*

Quae omnia hodie multo minus dubii habent, cum 19
privati non amplius salinas possideant, nisi demum ex concessione, privilegio et investitura principis, namque uti auri et argentifodinae totae inter regalia numerantur, ita quoque salinae, *a. bul. d. c.* 9. verb. *auf Saltzes das funden ist und noch funden wird etc.* Ac praeter regem Bohem. et electores caeteris quoque principibus et imperii statibus ex singulari privilegio vel praescriptione competit. Dan. Otto. *de j. publ. c.* 11. *fol.* 309. Sprenger. *in jure publ. c.* 8. *p.* 210. Speidel. *in notab. voce Saltz. Salzhandel.* Imo salinas 20
tamquam regalia jam ante a. b. a principibus possessas et exercitas esse historiae docent. Sic salinae hallenses ante 1000. annos ab imperat Ottone archiepiscopatui magdeburgensi concessae et ita juris episcopalis factae sunt, Heig. *p. 1. q. 14. n.* 28. Sprenger. *d. l.* Deinde rursus ab archiepiscopis, capitulo magdeburgensi id ratificante, civibus hallensibus partim in feudum concessae, partim vero mensae archiepiscopali destinatae hac lege, ut certam quotam seu cotas salinarum ex illis redditibus archiepiscopis pendant, reliquum autem sibi servent, *dass sie um die gewohnlichen Auslaeuffe etliche Pfannen zu versieden haben.* Heig. *d. l. n.* 33. Carpz. *p. 2. c.* 25. *d.* 11. *n.* 4. Klock. *de aerar. l. 2. c. 9. n.* 9. Speidel. 21
voce Saltzjuncker. quae quota deminuitur et episcopo decedit, si lignorum inciderit caritas. Speidel. *d. l.* Concedere autem plerumque solent salinas tantum civibus ejusdem civitatis, uti in civitate hallensi ordinatum esse docet consiliarius regiminis magdeburgici meritissimus dominus d. Friederic. Hohndorff. *in Beschreibung des Haellischen Saltzwercks. c.* 3. qualis quoque statuti meminit Wehner *in obs. pract.* Sub voce *Hae* 22
uslich, und heblich, vigore hujus nemo jus salinarum exercere eoque uti potest, nisi simul personaliter in-

ipsa quoque habitet civitate. Etiam quod monopolia salis, de quibus supra dictum, attinet, hodie in Germania usitatum est, ut facultatem salis emendi et vendendi habeant urbes non pagi, *dass den Saltzkauff die Staedte haben* in quibus haerarii locupletandi ratio militat, *und nicht die Dorffer*, Fritsch. *d. l.* quae in re plerumque statuta sive consuetudines cujusque loci attendendae sunt.

23 Caeterum si princeps salinas in fundis privatorum inventas sibi reservet, nec subditis aliquid ex iis concedat, pretium tamen fundi iis restituere tenetur, alias
24 enim ageret contra *l.* 4. *c. de emanc. lib.* subditis sua auferendo, quod obtinet quoque si fundus, in quo reperiuntur salinae, corrumpatur, etiamsi ipsae etiam simul extinguantur, Richter. *v.* 2. *cons.* 405. *n.* 2. *et* 4. verb. *würde solch erbauet Saltzwerck seinen glücklichen Fortgang erreichen, und in Auffnehmen kommen, so ist davon der zehende Theil an statt des interesse zureichen*; Schneidew. *p.* 2. *n.* 106. *de feud.* Rosenthal. *c.* 5. *concl.* 89. *n.* 2. Coler. *dec.* 98. *n.* 3. *im Fall aber das Werck umschlüge, und sich der Saltzbrunn nicht erhaebe, so ist der Schade, so durch Zuführung des Holtzes, der Steine, item mit tretten der Zimmer und anderer Leute auf der Wiesen, wie auch ander beweislich interesse oder der Werth erwehnter Wiesen billig zu erstatten.* Rosenth. *d. c.* 5. *c.* 88. *lit. f.* vid. Besold. *in thes. pract. voce Saltzpfanne.*

25 Quod si moriatur vassallus, cui salinae concessae in feudum, relictis quidem filiabus, sed non tantis allodialibus bonis, ut filiae inde elocari possint, tum in subsidium quoque tenetur hoc casu princeps vel dominus feudi, per *ordin. polit. Von Austattung der Toechter aus den Lehngütern.* Quod obtinet quoque in fratribus et agnatis, qui deficientibus allodiis filias juste ex feudo elocare debent per dict. *ord. polit. Von Austattung der Toechter etc.* ibi. *So ein Lehn Mann einen oder mehr Soehne, und zugleich auch Toechter oder aber keine Soehne, sondern nur eine Tochter und an Erbgutern so viel nicht verlassen würde, dass die Toechter ihres Herkommens und Geburth nach davon ausgestattet werden koennen.* Nec distinguitur utrum 26
feudum sit novum an antiquum, propter verba generalia *d. ord. polit. Von Austattung der Toechter aus den Lehngutern.*

De fructibus post mortem vassalli, quorum il sint, 27
paucis adhuc videndum, et quidem jus commune feudale quod attinet, quo industriales fructus ad feudi successorem vel etiam dominum feudi, si ei feudum aperiatur, pertinent, si vassallus ante calendas martii vel post augustum decesserit, si autem medio tempore inter martium et augustum decedat, suos ad haeredes allodiales vassallus defunctus eos transmittit 2. *f.* 28. §. *has consequenter* Rosenth. *c. concl.* 60. *et c.* 19. *concl* 42. *n.* 14. Berlich. *p.* 3. *c.* 43. *n.* 25. huc appli- 28
cari nequit, neque jus Sax. quo fructus industriales agro sato et rastris subacto, ad haeredes allodiales transeunt, *Land. r. l.* 2. *art.* 58. fructus enim salinarum neque subactionem neque rastrationem admittunt exemplo lapidicinarum. Schrad. *dist.* 3. *n.* 66. Sed 29
dominus feudi statim post mortem vassalli succedit in ejusdem jus, ita tamen, ut successores in possessione maneant eo ampo, dominus autem lucretur fructus *die Auslaeuffte* et agnati tantum *den Siedeprofit* vid. da. L. Ellenberg *disp. de salinis hallens. th.* 7.

CAPUT IV.

De jure principis circa lapidicinas et reliquas subterraneas utilitates.

SUMMARIA

Lapidicinae non pertinent ad regalia. n. 1.
Principi tamen ex iis debetur decima. n. 2.
Idem in lapidic. marmoreis obtinet. n. 3.
An hodie ad regalia spectent, negant doctores. n. 4.
Sed dubitatur. n. 5. *et seq.*
Resp. rationibus Wesembecii. n. 7. *et seq.*
Principes eas hodie curare non solent. n. 9.
Princeps non prohibetur iis legem certam imponere. num. 10.
Landgraffius Hassiae sibi vindicat lapides, scissiles Schiefftersteine. n. 11.
Quid in gypso et carbonibus fossilibus Steinkohlen, juris sit? n. 12.
Pertinent ad dominum territorii. n. 13. *et seq.*
Princeps quoque ex cespite ustibili, Toff, potest lucrum quaerere. n. 15.
Ferri et cupri fodinae ad principem pertinent. n. 16.
Privatis prohibitum, ne ferrum vel similem materiam ad hostes exportent. n. 17.
Princeps nitri quaerendi curam habere debet. n. 18.
Non tamen concedere facultatem quaerendi cum aedium periculo. n. 19.
Praefecti nitri alias a nullo prohiberi possunt. n. 20.
Quid princeps ex thesauris regalium nomine sibi vindicet? n. 21.
Quis intelligatur locus caesaris? n. 22.
Ad quem hodie thesaurus in loco religioso repertus spectet? n. 23.
Quid juris sit in thesauris in privatorum fundis inventis? n. 24.
Thesaurus arte magica inventus fisco debetur. n. 25.
Cujus sit in fundo feudali repertus? n. 26.
Quid jure saxon. obtineat? n. 27.
Princeps alicubi ex consuetudine thesauros quoscumque sibi vindicat. n. 28.
An talis consuetudo vel lex valeat? n. 29. *et seq.*
An princeps ex fontibus, acidulis et thermis seu aquis mineralibus lucrum aucupari possit? n. 31.
Dubitatur. n. 32.
Verendum ne ita exarescant, quod probatur exempl. n. 33. *seq.*
Quando princeps juste pensionem modicam exigere possit? n. 35.
Quid si novale? n. 36.
Olim cuivis inculta loca excolere licuit. n. 37.
Quid hodie? n. 38.
Ex novalibus datur domino territorii decima. n. 39.
Cui debeatur haec decima jure canon? n. 40.
Ad quem hodie pertineat? n. 41.
Haec decima adhuc debetur si forma agri saltem mutetur. n. 42.
Conclusio. n. 43.

1 Lapidicinas ad regalia non pertinere, sed fundi ac privatorum utilitatibus annumerari patet ex *l.* 3. §. 2. *ff. d. s. p. r. et l.* 5. *eod. l.* 3. §. *ult. ff. de Reb. eor. l.* 8. *ff. sol. matr. l.* 9. §. 2. *ff. de usufr. l.* 13. §. 1.
2 *ff. comm. praed. l.* 77. *ff. de contr. empt.* Adeoque privati ex iis caedere iisdemque frui recte possunt, teneantur tamen principi dare decimam, *l.* 3. *c. de metall.* Tholos. *de republ. l.* 3. *c.* 4. *n.* 4. quae ita aestimatur, ut non ex decem lapidibus unus, sed ex pecunia quam quis lucratur decima solvatur Petr. Re-
3 buff. *tr. de decim. qu.* 8. *n.* 23. Idem obtinet in marmoreis lapidicinis, *l.* 7. §. 13. *ff. sol. matr.*

4 Neque hodie id aliter obtinere, neque lapidicinas ad regalia referendas, volunt dd. Wesenb. *cons.* 60. *n.* 30. *et cons.* 292. *per tot.* Kuichen. *de Sax. non provoc. jur. c.* 5. *n.* 114. Rauchb. *p.* 1. *qu.* 22. *n.* 10. *et seqq.* Besold. *in thes. pract. sub voce Ziegel hütte.* Schultz. *in synops. jur. feud. c.* 7. *n.* 177. Carpzov. *p.* 2. *c.* 53. *d.* 3. Dn. de Seckendorff. *im Teutschen Fürsten Staat. p.* 2. *c.* 3. *pr. verb. sintemal gemeine Steine, Thon und Leimen für keine Bergart gehalten, sondern dieselbe zu graben und seines Gefallens damit zu handeln, einen jeden Herren des Ackers oder der Gemeine jedes Orts verstattet wird.*
5 De quo tamen dubitari potest, supra enim *c.* 2. probatum, metalla per a. bul. in totum ad regalia relata, jam autem lapidicinae sunt metalli fodinae, et saxa et lapides metalla appellantur *rubr. c. de metal. et l.* 3. *et* 6. *c. eod.* Rauchbar. *d. l. n.* 4. Rosenth. c. 5. *concl.* 88. *n.* 5. Jacob. Godofr. *in not. ad cod. Theo-*
6 *dos. pr. l.* 10. *tit.* 19. *de metal.* Et in a. bul. non tantum auri et argenti fodinae ad regalia referuntur, sed et alia cujuscumque generis metalla, verb. *et alterius cujuscumque generis metalli etc.* Ergo et hisce universalibus et generalibus verbis lapidicinae com-
7 prehenduntur; neque obst. rationes decidendi, quibus Wesemb. *in all. cons.* 292. in contrarium prolixe utitur; eae enim, quin jure roman. ita obtinuerint, dubium non est, et quod dicit, auri fodinas quidem de regalibus esse, non vero lapidicinas, id jure roman. aliter verum non erat, nisi in sola decima ex
8 iis debita, quae regalium jure pendebatur. Sed id quoque obtinebat in lapidicinis, ubi decima principi solvenda erat, *d. l.* 3. *c. de metall.* Ergo et lapidicinae, cum metallorum sint species, metalla autem in aur. bulla in universum ad regalia pertineant, iisdem esse
9 creduntur. Ast jus hoc et sterilius et ignobilius tantopere non curare principes, quin ad privatos dimanare permittant, sit Beier in *not. ad Schnob. dispu-*
10 *tat. feud.* 4. *th.* 9. *verb. lapidicinae.* Consuetudo igitur cujuscumq: loci praeprimis attendenda est, quae si alicubi obtinet, non tamen extendenda est ad alia loca, cum stricti sit juris: quamvis tamen princeps non prohibeatur talibus fodinis, lapidicinis, miniariis nitrariis, sulphurariis, colariis et similibus certam legem tributariam imponere vel in futurum sibi vindicare. Döring. *in biblioth. jur. voce aerarium. n.* 140.
11 Speidel. *sub voce Steingruben.* Sic lapides scissiles vulgo *Schiefferstein* sibi vindicat Landgraffius Hassiae, sub onere tamen decimarum quoslibet ad fodiendum admittens, insuperque fodientibus et eximentibus libertatis personalis gratiam faciens, et ligna ad fulciendam et muniendam fodinam, ne corruant, gratiose (solvendis saltem a scissoribus salluario debitis sportulis, *Stamm Geld*) concedens vid. Krebs. *in tract. de ligno et lapide p.* 211. §. 13

Huc referunt quoque gypsum, et carbones fossiles, 12
quos inter metalla non numerari vult Wehner. in *obs. pract. p.* 172. *et cons. Francon.* 88. a quo tamen dissentit Klock. *de aerar. l.* 2. *c.* 27. *n.* 16. Gypsum, cretam, et similes inter infimi generis metalla numerans, atque eorum culturam necessitatis et utilitatis publicae causa in republ. diligenter instituendam esse. 13
Quod carbones fossiles, *Steinkohlen* attinet, ex iis comites schaumburgenses plus paratae pecuniae quotannis haurire posse, quam alii ex argenti fodinis, et exinde quoque censum vel canonem ex foro, carbonario *Kohlen-Zins* appellari, teste Klock. *d. l. c.* 2. *n.* 17. In Hassia carbones fossiles (quorum prope 14
civitatem Eschwegam et cassellas ingens copia reperitur) ad dominum territorii pertinent, iisdemque custodiendis et pro certo pretio vendendis praepositus est quidam, quem *den Bergschreiber* appellare solent; adeoque illic privatis eos eximere non licet.

Eodem modo ex cespite ustibili, quem Belgae di- 15
cunt *Torff*, qui naturalis est palustris pinguis ac decoctae glebae terra, atque in Brabantia et inferiori Germania effodi solent, fiscus lucrum quoddam quaerere non prohibetur. Klock. *d. l. n.* 18.

Porro ferri fodinarum aliasque officinas ut cupri, 16
chalybis, etc. *Kupfer und Eisenhammer*, principes recte sibi reservant, vel certis tantum personis permittunt, in eas enim maximos sumptus impendi oportet, adeo ut vix tolerare queant vires singulorum Carpz. *dec.* 4. *n.* 12. uti namque fabricae armorum solius sunt principis *t. t. c. de fabric. et l. ult.* §. 11. *ff. de publ.* ita quoque jure caesar. privatis non licet habere ferrarias seu ferri fodinas *d. l. ult.* §. 11. *de public.* idem enim est jus materiae et materiati. Felin. *et canonist. ad c. ad liberandam x. de judae.* Marant. *de judic. p.* 2. *n.* 21. Wesemb. *cons.* 292. *n.* 14. Quinimo prohibitum privatis, ne ferrum vel 17
simile materiam, ex quibus arma vel instrumenta bellica conficiuntur, ad hostes exportent Bonavent. Stracha *de mercat. p.* 1. *n.* 13. *et seq.* Men. *l.* 2. *a. j. q. cas.* 95. *n.* 23. ne sc. contra imperium romanum armentur hostes. Menoch. *d. l. cas.* 385. Thabor. *in armament. c.* 2. *de armor. commerc.* §. 5. *et seqq.*

Neque curam nitri quaerendi, cujus maximam fore 18
utilitatem neminem latere potest, princeps susque deque habere debet, unde in Polonia et Marchia aliisque in locis Germaniae opificium excoquendi aluminis et praesertim halinitri *Salpeter zu sieden* sumptu publico passim exercetur, *da in* 20. *und mehr Salpetersieder hin und wieder gehalten werden*, quibus princeps vel magistratus licentiam dat fodiendi, ubicumque terra nitrosa reperitur, boni publici causa, Speidel. *sub voce Salpeter.* Besold. *eod. voce.* fodinisque nitrariis leges imponit Rauchb. *qu.* 22. *n.* 11. *et* 12. Concedere tamen non debet facultatem quaerendi nitri 19
cum aedium periculo, Afflict. *dec.* 321. *n.* 6. Dn. Brunn. *ad l.* 6. *c. de metall.* cum privatis et reipubl. sic noceatur, illis, eorum aedes destruendo, huic autem urbem ruinis deformando. *l.* 2. *c. de aedif. priv.* Alias praefecti nitri vel etiam *die Salpetersieder* a 20
nullo prohiberi debent. *illustr.* dn. de Rherz. *el. brand. consil. status intimus. l.* 2. *de j. publ. t.* 17. §. 5.

21 In thesauris quoque inventis principem aliquando regalium nomine sibi quid vindicare constat, sc. si in loco caesaris vel religioso non data opera inveniatur, dimidium, si vero data opera, integer ejus est, 2. *f.* 26. Rosenthal. *c.* 5. *concl.* 92. *n.* 1. Schultz *in synops. j. f.* 22 *c.* 7. *n.* 181. Alienis enim inhiare nemo debet. *l. un. c. de thesaur.* Intelligitur autem hic per locum caesaris, non privatum principis patrimonium, sed locus fiscalis, alias in illo princeps dimidium, non ut regale, sed ut quilibet alius privatus fundi dominus 23 acquireret. Bocer. *de regal. c.* 3. *n.* 177. Sed in loco religioso inventi dimidium hodie ad ecclesiam pertinere volunt dd. cum loca religiosa sint in dominio ecclesiae. *c.* 10. *x. de constit.* Schneidew. *ad* §. 39. *j.* 24 *de r. d. n.* 9. Quoad thesauros in privatorum fundis repertos dist. si quis in suo sive casu fortuito, sive data opera (quod facere potest etiam sine speciali concessione principis, qua opus non habet, dn. Brunn. *ad l. un. c. de thes. n.* 2. modo non artibus magicis et illicitis quaerat, sic enim fisco totus cederet. Peregrin. *de jure fisci l.* 4. *t.* 2. *n.* 2. Barbos. *in l.* 8. §. *si fundum. ff. sol. matr. n.* 30.) invenerit, sibi eum acquirit, modo principi decimam solvat *Gloss. Angel. et dd. in* §. *thes. j. de r. d. Feudist. d. c. un. quae sint Regal. in fin.* Wesenb. *cons.* 292. *n.* 8. Si alius casu fortuito, dimidium domino fundi, alterum dimidium inventori debetur, si data opera, totus ad dominum fundi pertinet, cum alienis in- 25 hiare prohibitum *d. l. un. c. de thes.* Quodsi quis artibus magicis quaesiverit, ad fiscum pertinet, quod verum est, si quis in suo ita quaesiverit, non in alieno, sic enim adhuc domino fundi debetur, vid. 26 Bocer. *d. l.* In fundo feudali repertus inter dominum feudi et inventorem dividendus est *ff. comm.* Contrarium tamen verius. sc. si ipse vassallus inveniat, totum sibi acquirat, si autem alius non data opera, inter eum et vassallum dividatur, receptum est, Struv. *synt. j. f. c.* 12. *aph.* 5. Rosenth. *d. l. conc.* 93. 27 Schultz. *in synops. inst. l.* 2. *t.* 1. *lit. aa.* Jure saxon. totus ubicumque repertus profundius meatu aratri jacens, ad regalia spectare videtur *per text. Landrecht. l.* 1. *art.* 35. Interpretes vero juris saxon. eum communiter interpretati sunt de fodinis metallicis et mineralibus. Schultz. *de synops. feud. n.* 182. quod comprobavit quoque *el. sax. august. in nov. p.* 2. *const.* 53. 28 Quibusdam in locis invaluit consuetudo, ut thesauri etiam a dominis in propriis fundis licite reperti ad principem pertineant Grotius *de j. b. et pac. l.* 2. *c.* 8. §. 7. Arnisae. *de jur. maj. c.* 6. *n.* 23. Christin. *vol.* 5. *dec.* 16. *n. ult. et dec.* 17. *n.* 9. Dn. Ziegler. *de jurib. maj. l.* 2. *c.* 2. *th.* 19. quam consuetudinem irrationabilem esse quidam opinantur, vid. Schultz. 29 *d. l. n.* 181. Sed eam, imo talem principis constitutionem, ut thesaurus ubicumque repertus fisco cedat, omnino valere, asserendum potius est; non enim princeps prohibetur disponere de iis, quae sunt nullius, Molin. *d. j. et j.* 2. *d.* 56. *n. f.* Covarr. *in c.* 30 *peccat. part.* 3. §. 2. *n.* 4. Barbos. *d. l. n.* 40. Et cum principi bona quaedam debeantur, unde dignitatem suam sustinere, et rempubl. tueri possit, optima ratione ab illis rebus initium fit, quae nullius sunt, et sine cujusquam damno tribui possunt Grot. *d. l.* §. 5. Dn. Ziegl. *d. l.* 2. *c.* 2. *th.* 19.

31 Non minus ex fontibus acidulis, thermis, aquis et aliis liquoribus mineralibus vulgo *Sauerbrunnen, Gesundlbrunnen, warme und Mrtallische Baeder* licite et honeste principem compendium aucupari posse, putat Klock. *de aer. l.* 2. *c.* 13. *n.* 1. De quo, si 32 princeps hosce redditus ad augendum ejus aerarium impendere velit, omnino dubito; namque Deus liquores salutares non divitibus ad se ulterius ditescendum, sed pauperum gratia fortasse excitavit, *dann Gott der Herr nicht eben die Baeder oder Brunnen um der Herren und Reichen willen, und dass sie daraus jaehrliche Einkunfften haben, und ferner sich bereichern sollen, entstehen nud fliessen, sondern auch den Armen und vielleicht am meisten solche hedeyen lassen will.* Besold. *in thes. pract. voce Metalliche Baeder ubi addit, dass man aus denen Baedern (idem sentiendum de thermis salutaribus von Gesundbrunnen) kein Regal machen solle*, sed quod eae omnibus potius com- 33 munem usum praebere debeant; verendum enim alias, ne tales thermae, dum earum usus non omnibus gratis vacat, iterum exarescant, quod contigit in nonnullis Germaniae thermis salutaribus, inter quas etiam *der Griessbach nicht weit von Strassburg gelegen*, quas dum non omnibus volentibus uti gratis, sed exacto pretio permitterentur, plane exaruisse, sublato autem illo iniquo vectigali et pensione, concessoque usu libero omnibus valetudinis curandae gratia advenientibus rursus ex fontibus copiose, ut antea, manare coepisse constat, Camer. *medit. ist. cent.* 2. *c.* 34 69. Besold. *d. l.* Et epropter Carol. IV. imper. privilegio munivit: *das Wildbad der Vogtey zu Bern.* verb. *Wir Carolus IV. befreyen auch ihr von Gott gesegnetes Wildbad, etc.* uti id refert Limn. *t.* 1. *addit. ad j. p. l.* 5. *c.* 7. *p.* 813. Quod si tamen 35 princeps modicam pensionem ex iis exigat, et non suo aerario, sed piis causis, v. g. templis vel similibus in talibus locis extruendis impendat, quis hoc valeat, dubium non est, cum sic non in proprium, sed ipsorum pauperum commodum vertatur, talia autem loca prope fontes salutares instituti quotidie videmus, quo aegroti et miserabiles personae sacris quoque exercitiis simul vacare possint, adeoque haec vectigalia et pensiones potius necessariae videntur ad eadem loca, quibus sacri coetus haberi queant, extruenda.

Utilitatibus subterraneis principi debitis annumerandae denique sunt decimae novalium ex sylvis seu locis sylvestribus eradicatis et in agrum conversis, *Neubruchzehenden*, Hartm. Hartmanni *l.* 2. *pract. observ. tit.* 53. *o.* 10. *n.* 17. dicitur autem novale ager antea omnino incultus nunc primum coli coeptus, *c.* 1. *c. quid per novale de v. s.* Rimin. jun. *cons.* 142. *v.* 2. Cardin. Tusch. *pract. concl.* 114. *n.* 1. *lit. s. Ein neu rent und Neubruch ist nicht anders, dann ein Grund und Boden, so zum erstenmahl aufgebrochen ist, als da man eine Wiesen aufbricht.* Johan. 36 Werndle *tr. von zehend Recht, l,* 4. *c.* 1. Quod olim cuivis licuit, imo ipsis in industriae laudem cessit, si quis loca deserta excoluit, hodie vero, quando alicui terra deserta est et nunquam culta, regalibus statuum imperii accensetur, adeo ut nemo sibi sumere debeat privata auctoritate eam colere, dominus de Rhetz. *d. l. l.* 2. *tit.* 17. §. 6. Gryph. *in tract. de insul. c.* 21. *n.* 75. *et c.* 20. *n.* 58. Ex hisce no- 37 talibus datur domino territorii decima, Mylerus ab

40 Ehrenbach. *de princ. et stat. imp. c.* 70. *n.* 2. Quae jure can. praedialium loco habentur, ac ideirco parocho loci pendi debet, *c.* 13. *c.* 29. *x. de decim.* Covarr. *var. resol l.* 1. *c.* 17. *n.* 13. quod si incertae parochiae sint, earum decimae ad episcopum pertinent, ut vel alteri ecclesiae eas adsignet, vel ad opus suum
41 retineat, *d. c.* 13. Hodie autem hae decimae non ad ecclesiasticos, sed superioritatem territorialem pertinent, Everhard. Jun. *v.* 2. *cons.* 36. Wehner. *cont.* 77. cum principibus et statibus imp. propter pacis religiosae constitutionem in *rec. imp. de anno* 1555. jura episcopalia tanquam fiduciariis possessoribus competant. *d. rec.* §. *damit auch obberührte. art.* 5. *instr. pac. Osnabr.* §. 30. *et art.* 8. §. 1. *ejusd. instr. pac.* Gylman. 3 *Symphor. verb. religion-Fried* Mylet. ab
42 Ehrenbach. *d. l. c.* 70. *n.* 3. *et c.* 82. *n.* 1. Haeque decimae adhuc debentur, si forma agri saltem mutetur, v. g. si venia mutetur in agrum *c. commissum* 4. *x. de decim.* Quod domino quidem facere licet sine contradictione ejus, cui decima debetur, dummodo tamen eidem, qui antea ex fundo decimas percepit, et eodem postea mutato iterum persolvantur, *d. c.* 4. *X. de decim.* Covarruv. *d. l. et pract. quaest. c.* 37. *n.* 5. *et* 13. Hartm. Hartmanni *d. l. n.* 11. Siquidem mutatio culturae domino decimarum in jure decimandi non praejudicat, Myler. *d. l. c.* 70. *n.* 5. quamvis hoc modo novale dici non possit, cum novale sit ager antea incultus nunc primum coli coeptus. Werndle. *l. c.* 1. *in fin.*

Et haec sunt, benevole lector, quae de hac mate- 43
ria breviter jam disserere licuit, fateor sane plura et ampliora esse jura principum subterranea, quae hic adduci potuissent, sed temporis angustia exclusus filum dissertationis academicae abrumpere cogor, quod si Deus vitam et otium concesserit, copiosiorem aliquando eorum tractationem exhibere, et quod hic ex festinatione peccatum solidiori industria resarcire licebit. Sicubi autem hic erravero, veniam quaeso indulge ac omnia in meliorem partem interpretare, certo persuasus, me modeste corrigentem et meliora docentem promptissime secuturum, nunquam enim (ut cum Antonio Fabro loquar) puduit me nec pudebit, agnito quandocumque errore mutare sententiam. Interim quod restat, Deo t. o. m. immortales ago gratias.

TANTUM.

DISPUTATIO VIGESIMA SECUNDA

DE JURE PRINCIPIS AEREO,

AD DIEM OCTOBR. ANNO MDCLXXXVII.

PRO LICENTIA

JOHANNES STEPHANUS DANCKO, SERVEST. ANHALTINUS.

PROOEMIUM.

Tanta principi incumbit sollicitudo, saluti publicae, et subditorum privatae prospiciendi, ut nil quicquam, quod turbare vinculum societatis civilis possit, sine remedio ipsi relinquendum. Provida illa imperantium cura se non tantum ad praedia et agros civium, sed et ad maria, flumina, imo ad aerem ipsum extendit. Servat enim omnia, nutritque aer, inde, ne circa aerem quid committatur, quod salubritatem ejus intervertat, vel commoditates aliis praeripiat, lege aliquando publica cavendum est a principe. Quapropter cum mihi seligenda materies esset, quam publice loco disputationis inauguralis proponerem, occasionem mihi suppeditavit clarissimi quondam mei contubernalis, domini Christophori Ernesti Bauermeisteri, j. u. l. serenissimi principis Anhaltini, domini Victoris Amadaei, domini mei clementissimi, praefecti Ballenstadii etc. solemnis disputatio, quam de jure principis subterraneo in hac universitate pariter pro licentia doctorali proposuit, cogitandi, an non circa aerem specialia quaepiam jura principi possent assignari. Feci ergo periculum, et quae festinanti mihi succurrebant collegi, et in illum, qui sequitur, ordinem redegi. Tuum est, benevole lector, benigne interpretari meam, quam suscepi, operam, et defectus, quos deprehendes subinde, saventissima interpretatione supplere. Deus vero o. m. dirigat omnia feliciter!

CAPUT I.

De jure principis aereo in genere.

SUMMARIA

Vocabula ab ambiguitate liberanda. n. 1. 2.
Varia principis significatio, remissive. n. 3.
Juris acceptio varia, remiss. n. 4.
Quid h. l. principis appellatione veniat? n. 5. 6. 7. 8. 9. 10.
Quid jus denotet? n. 11.
Quid importet Tò aereum? n. 12.
Quo sensu diabolus in sacris princeps aeris dicatur? n. 13. 14. 15.
Item princeps mundi? n. 16.
Quo jure sibi princeps jus in aerem vindicet? ratio dub. n. 17.
Responsio. n. 18. 19. 20.
Mos regum Hungariae. n. 21.
Progressus ad ulteriorem juris aerei expositionem. n. 22.
Definitio juris aerei principis. n. 23.
Delineatio subseq. methodi. n. 24.

1 Expositurо mihi jus principis aereum, prima incumbit cura, obscuras vocum nebulas e medio tollendi, quo illud eo lucidius nostro sistatur conspectui.
2 Verum quoniam circa disputationis vocabula satis superque doctorum mentes manusque laborarunt, ut omnia sua jam luce radient, soli facem accendere noto. Interim de varia principis significatione videri
3 possunt Limn. *de jur. publ. tom. 1. l. 4. c. 2.* Reinking. *de reg. sec. l. 1. cl. 4. c. 8.* Illustr. dn. de Rhetz. *j. jur. publ. l. 1. c. 17. §. 10. et seqq.* Schwed.
4 *intr. in jus publ. p. 2. resp. sect. 2. c. 8.* Vocabuli juris acceptio varia habetur *in l. pen. et ult. ff. de j. et j.* conf. Eckold. *ad d. t. §. 16.* Donell. *enucl. c. 4.* H. Grot. *de j. b. ac p. l. 1. c. 1. §. 3. seqq.* cujus mentem illustravit excell. dn. Valand. *in disp. quirit. Phoenicis. interp. Mantias. §. 1.* Achill. Epstein. *in not. ad* Joh. Frid. Horn. *de civit. l. 2. c. 3. §. 3.*

5 In praesenti vero disputatione princeps significat in genere personam publicam, penes quam summa in republ. est potestas: ita ut hac appellatione veniat non solum sacratiss. imperator, qui princeps, in jure civili et hodienum in titulis *der Allerdurchlauchtigste Frürst* secundum excellentiam et in gradu eminenti vocatur: nec illi tantum, qui ab imperatore de principatu *einem Fürstenthum* una cum dignitate *eines Fürsten* investiti et decorati sunt, quales inter caeteros serenniss. principes Anhaltinos, dominos meos clementissimos, qui teste Schwed. *d. l.* ab antiquissimis Friderici nempe Barbarossae temporibus hanc dignitatem habuerunt, summa
8 cum reverentia nomino: sed huc etiam referendi, minime autem gentium excludendi sint reliqui imperii principes, quocumque dignitatis titulo sive electorum, sive ducum, sive marchionum, sive alio denique fulgeant et insigniantur, utpote qui vi superioritatis territorialis sibi competentis majestatico quodam jure provinciis suis praesunt, ac subditorum salutem promovent.
9 Imo nec illos excludendos censeo, qui, licet principes non sint, status tamen imperii sunt. et expropter aequali cum principibus jure territoria sua moderentur. Ad quam classem civitates quoque imperii refero, quae 10
utut eminentia principum personali non gaudeant, realia tamen eorum jura, ex superioritate territoriali dependentia, omnino cum reliquis statibus communia habent. Jus notat potestatem moralem adaequate sumptam, 11
Grot. *d. l. §. 4.* facultatem vocat.

Adjectivum τὸ aereum propriam suam retinet si- 12 f.
gnificationem, ita ut jus aereum sit jus circa aerem et ea quae in aere sunt et contingunt. Aer vero quid sit, et quomodo accurate describi debeat, physicorum inquisitioni relinquo: res ipsa cum vulgo nota sit, juridica hoc in passu non indiget tractatione, cujus eam quoque esse, ex juris nostri textibus infra allegatis apparebit. Jus autem aereum quin principi adscribam, 13
dubium movet nullum, quod Apostolus diabolum appellet principem cui potestas est aeris *ad Ephes. 2. v. 2.* non enim ipsi proprie potestatem adscribit, sed tyrannidem, quam Dei permissu exercet. Joh. Calvin. *com. in h. l.* nisi rectius forteam tota haec locutio di- 14
catur impropria, videlicet malignum istum spiritum in conflictu etiam loco esse superiorem, ideirco eo magis metuendum, idem *com. in c. 6. Ephes. v. 12.* Alii 15
afferunt, obsidere, instar latrunculorum aereum daemones, ne dona Dei ad nos descendant, nec praeces nostrae et gratiarum actiones ad coelum ascendant, idque suis quando insidiis et tentationibus homines in peccatum impellunt, ut indigni sint recipere dona Dei vel ad eum preces fundere. Alph. Salmer. *disp. 5. in com. c. 2. ad Ephes.* ex mente Bernhardi *de incarnat. verb.* Alii aliter allegg. dictum Paulinum interpretantur, verum theologis genuinum illius sensum relinquo; cum illud quicquid etiam significet, non magis mihi obstet, quam *ad Ephes c. 6. v. 12.* ubi princeps mundi vocatur diabolus. Dedit Deus o. m. filiis hominum 16
terram *Psalm. 115. v. 16.* et una, cum terrae accessionem, aerem, adeoque diabolus nec in terram, nec in aerem quicquam potestatis, nisi jussu ac permissu Dei, qui universi est dominus, sibi arrogare valet: quamvis tyrannidem suam erga homines exercere annitatur maxime, Leonis instar rugientis obambulans, et quem devoret quaerens. 1. *Petr. 5. v. 8.*

Quo autem jure princeps sibi jus aliquod in aerem 17
tribuere ac vindicare possit? disquisitionem meretur, quippe cum aer communis omnium et liber esse dicatur §. 1. *j. de r. d. l. 2. §. 1. ff. eod. l. 13. §. ult. ff. de injur. et fam. l. l. 11. c. de aedif. priv.* et hac ratione nihil peculiare sibi in eumdem privative quoad alios tribuere posse videatur princeps: nam

Nec solem proprium natura, nec aera fecit!
Ovid. 6. *Metamorph.* Sed utut hoc verum sit non solum 18
intuitu aeris naturae, sed etiam hominum aptitudinis: tamen uti de reliquis rebus, quae usui omnium prodiit natura, disponere ac H. ferre, imo et magnam illorum partem sibi soli vindicare potest princeps: ita et circa aerem ipsi non denegandum est liberum disponendi arbitrium; accedit, quod Deus principi, ut vicario suo 19
et pro Deo in orbe partiali universae reipubl. regimen

credidisse censentur, Joh. Frid. Horn. *de civit. l. 2. c. 2. §. 2. n. 11.* et majestas se in omnia, quae ad civitatem spectant, extendat; nihilque ab ipsius imperio sit exemptum, ut adeo principis etiam potestatem ad aerem et omnia, quae in aere sunt et fiunt, pertingere neminem reer esse, qui de eo dubitare possit: ut taceam, omnia jura populi lege regia olim in principem esse translata §. 6. *j. de j. n. g. et. c.* sine dubio e. et illa, quae circa aerem quicquam specialis utilitatis habent, translata censenda. Ad quod aeris dominium designandum mos regum Hungariae referri posse videtur quando in coronationis actu stricto s. Vladislai ense quater aerem versus omnes mundi plagas verberant. Exc. d. Becman. *in not. dign. illustr. diss. 5. c. 2 §. 7.* Cum igitur pateat principi juste ascribi posse jus circa aerem quod aereum recte appellatur. Legitimus nunc ordo exigit ut naturam hujus juris introspiciam penitius.

Definiri illud ad ductum Hug. Grot. *c. l. 1. c. 1. n. 4.* poterit: qualitas moralis perfecta Superiori ad usum aeris habendum et in aere faciendum competens. Quod clarius in Capp. sub seqq. reddetur, quae jus principis aereum primo ad necessaria, deinde ad utilia, et tandem ad jucunda diriget.

CAPUT II.

De jure principis aereo ad vitam conservandam competente.

SUMMARIA

Egressus. n. 1.
Aer omnium est communis ad respirationem: n. 2.
Princeps tamen in aerem absolutam et liberrimam habet potestatem; n. 3.
Dum vel sedem ad locum, in quo aer salubrior, transfert. n. 4. 5. 6.
Vel eam ad tempus relinquit; n. 7. 8. 9. 10.
Cunprimis tempore pestis. n. 11. 12.
Quia multum aer ad constituti onem hominis facit. n. 13. 14. 15. 16.
Ne igitur sordibus inficiatur tranquillitas aeris, principis est curare. n. 17. 18.
Exemplo veterum Italorum. n. 19.
Quorum interdicta de cloacis purgandis et reficiendis. n. 20. 21.
Item de non projiciendis stercoribus. n. 22. 23.
Constitutiones etiam de cadaveribus cito sepeliendis. n. 24.
Non vero arrestandis ob debitum. n. 25.
Item ut lanii, coriarii, etc. in extrema civitatis parte habitent. n. 26.
Deinde potest etiam princeps usum aeris limitare subditis. n. 27.
Prohibendo ipsos discedere. n. 28.
Ratio dubitandi. n. 29. 30.
Ratio decidendi. n. 31. 32. 33.
Hinc principis interdictum de non emigrando tempore determinato: n. 34.
Imperatoris Russorum: n. 35.
Ne certae personae discedant: n. 36.
Ne certis casibus: n. 37.
Ne tempore pestis: n. 38. 39.
Academiae excipiuntur n. 40.
Limitatur quoque liber aeris usus per detractionem: n. 41. 42. 43.
Porro subditus aere privatur per bannum. n. 44.
Relegationem n. 45.
Per impositionem venditionis etc. n. 46.
Quid de subditorum, qui diversae sunt a dominis religionis, emigratione? n. 47. 48.
Privatur etiam in carceribus: n. 49.
In patibulo. n. 50.
De suspendii justitia, incidenter. n. 51.
An suspensorum cadavera in aere consumi debeant? n. 52.
Pertinet huc certa ratione poena culei. n. 59.

Quoniam prima et praecipua mortalium cura de conservatione vitae esse solet, primo mihi loco dicendum, quid juris ejus occasione circa aerem competat principi? Est quidem aer secundum *all. praeced. c. n. 17. texx.* omnium communis; imo nihil communius eo, et magis proprium hominum necessitatibus. Gryphiand. *de insul. c. 11. n. 27.* dum omnibus sufficit ad respirationem, Oldend. *int. jurid. t. 4. §. 1. conf.* Bachov. et Vinn. *comm. in §. 1. j. de r. d.* sine qua nemo vivere potest. Hippol. a Collib. *de incr. urb. cum add. Naurat. p. 27. seqq.* cujus modum et rationes adducit Tholos. *s. j. univ. l. 1. c. 5.* Item Havem. *Amus. sect. 1. c. 6. n. 15.* de quibus tamen calculum philosophis permittere malo, quam meum iis adjicere. Attamen l. princeps potestatem habet aere absolute ac liberrime utendi fruendique, adeo, ut illum haurire possit, quando ubi et quomodo lubitum. Hinc vel plane sedem suam ad locum salubriorem transferre amat; sicuti ob aeris sanitatem Madritum regum Hispaniarum, et Ispahan Persarum habitae factaeque sunt regiae dignissimae. Exc. d. Becm. *hist. orb. g. 6. sect. 1. § 4. p. 161. et c. 6. sect. 2. §. 5. pag. 256.* Ita etiam de M. Hostilio testantur historiae, ipsum Salapiam oppidum quatuor passuum millibus a veteri situ, loco salubriore deprehenso, transtulisse: vel saltem ad tempus coelum solumque in dies mutare, ac instar principis siderum, solis, non modo ditionum suarum orbem, sed extraneas etiam provincias libere peragrare non minus voluptate atque solemne est principi; secus ac principibus orientalibus, qui aulis suis quasi adscripti in publicum non prodeunt. Herod. *in hist. Dej l. 1.* Neuhoff. *Sines. Reisebeseh. p. 175.* Regibus item Hispaniarum, qui alibi extra sedes suas vix, et non nisi certis anni temporibus, aerem haurire consueverunt: ita *Mackel in vers. Germ. der Spanisch. Reisebeschr. Alle jahr gehet Er* (Rex Hispan.) *zu gleicher Zeit in seine Lust-Haeuser, man sagt es koenne ihn Jnichts, als Krankheit verhindern, sich nach Aronjuetz, nach Pardo oder nach dem Escurial in denen Monaten, da er gewohnet die frische Lufft des Feldes zu geniessen, zu begeben. c. 6. p. 34.* et Philippum publico libenter ab-

stituisse, et quasi ex nobilio veneratione intentasse, refert Fam. Strad. *de bell. belg. dec. 1. l. 2 p. m. 48.*

11 Huc spectat aeris coelique mutatio, principi ob illius pestilentiam et suae salutis conservandae causa omnium maxime licita et suscipienda: quod si enim aeris intemperies justa causa translationis et mutationis sedis in episcopo dicitur Gloss. *in can. tribus* 16. *de consecr. dist. 1. et can. quorundam 6. dist. 74.* Menoch.

12 *r. j. q* cas. 423. *n.* 12. Multo magis in principe, cujus vita multis est utilis,

Cum tot ab hac anima populorum vita salusque
Pendeat, et tantum caput sibi fecerit orbis,

13 Aug. Grot. *de j. b. ac p. l. 2. c. 1. §. 8. et passim.* Principis autem vita tempore infecti aeris facile periclitatur, quippe maxime interest, qualem spiremus aerem, qualesque hauriamus odores, Gothofr. *ad l. 2. §. 29. ff. ne quid in loc. publ. lit. X.* hinc uti pu-

14 rus aer ac salubris plurimum ad bonam principis constitutionem facit, exemplo Caroli V. imp. qui Madriti paucos dies commoratus, morbo quartanae, quo diu laboraverat, est liberatus quod Madritum salubri-

15 no donatum sit aere; ob quam etiam causam reginae olim partui vicinae huc concesserunt, ut principes recens nati purum statim hauirent aerem Excell. d.

16 Beemann. *d. c. 6. sect. 1. p. 161.* Ita aer corruptus labem fert corporibus, et negotiis infirmat humana. Arnob *l. 1. adv. gent. p. 4.* dum juxta Ovid.

Ora patent auraeque graves captantur hiatu.

17 Quoniam vero putredo aliaeque res foetorem excitantes corruptum efficiunt aerem, et hic saepius pestem generat. Dan. Cram. *diss. de peste* et ei add. Berould. *disc. de peste* passim; principi non tantum licet, sed ejus etiam officio et personae congruit, omnem ope-

18 ram dare, ne aer ullo modo corrumpatur vel inficiatur: e contrario salubritatem aeris, in qua tutela etiam civitatum videtur posita esse, *arg. l. 1. §. 2. ff. de cloac.* sibi quam commendatissimam habere. vid. omnino Christoph. Besold. *consid. pol. vit. et mort. l. 2. c. 2.*

19 Hanc ob causam veteres legumlatores de salubritate aeris maxime soliciti fuerunt, et, ut ille ab omni pu-

20 tredine et foetore salvus servaretur, caverunt: inde peculiaria interdicta praetorum de cloacis purgandis reficiendisque. *d. l. 1. junct. l. 15. eod. l. 2. §. 29. ff. ne quid. in loc. publ. l. fin. §. 3. ff. quod vi aut clam.*

21 et purgandae quidem cloacae hyeme potius, quam aestate, Gloss. *in l. 21. §. fin. ff. quod vi aut clam.* et de nocte potius quam die. Ripa *de peste c. 4. de rem. praes. cont. pest. n.* 65. Prohibitum etiam in via publica stercora projicere et morticinia atque pelles ja-

22 cere *l. 1. §. 5. ff. de vi publ. et si quid in ea fact.* Quo facit prohibitio in vicinis civitatum aquis linum macerare aut cannabem, quisquilias item olerum leguminumque putredinem vel linum intra aedes in civita-

23 te habere. Dn. Praeses *de jur. sens. diss. 5. n. 35. seqq.* Tholos. *s. j. u. d. l. 1. c. 5* Receptum praeterea, ut mortuorum cadavera quam citissime mandentur sepulturae. Boer. *decis.* 287. et quidem extra civitatem

24 *l. 3. §. 5. ff. de sepulch. viol.* Besold. *d. tr. l. 3. c. 2.*

25 hinc eadem ob debitum arrestari non licet. *l. fin. et seqq. auth. c. eod.* Fieri etiam prohibitio potest, ut lanii et accomodantes pelles, similesque alii, suam artem non exerceant, nisi in extrema civitatis parte, ad aeris salubritatem conservandam Besold. *d. l. in fin. n. 1.* Oldenb. *it. jur. d. t. 4. §. 19.* et Caepoll. *de servit. c. 43. n. 2.*

Quandoquidem autem juris naturae non solum in fa- 27
ciendo, sed etiam in excludendo alios, ne idem faciant, consistit, dicendum nunc II. posse principem naturalem utendi aere libertatem subditis limitare et auferre, non quidem proprie et directo, sed improprie et per consequentiam. Ita limitatur usus aeris, quando subditis 28
praetexta salubrioris alibi aeris patriam suam libere et pro lubitu relinquere non licet; dum enim subditi 29
aliud sibi domicilium quaerere possint. *l. 5. §. 3. ff. de capt. et post. lim.* adeo, ut inviti retinendi non sint. Gail. *obs. 35. n. 9.* per *l. 20. 31. 34. ff. ad municip.* 30
haec tamen libertas ex reipublicae utilitate metiri debet, cum non id, quod privatim interest unius ex so- 31
ciis, servari soleat, sed quod societati expedit *l. 65. et 5. ff. pro soc.* hoc praecipue casu, ubi non solum 32
respublica membris et commodis suis paulatim privatur, ut civilis tandem societas interire habeat necesse; 33
verum sibimet etiam ipsis familiaeque suae ruinam interitumque parant, sibi hucillucsese moventes, nam arbor saepius transplantata facile arescit, et familia saepius translata raro augescit. plur. Theod. Reinking. *Biblisch. Policey. 3. b. a x. 41. p.* 90. Hinc posse do- 34
minum territorii statuere, ut cives qui e. g. triennium, quadriennium aut ultra se dimiserint in territorium ipsius, postea aliorsum se conferre non possint, opinatur illustr. dn. de Rhetz. *j. jur. publ. l. 2. tit. 14. §. 7.* Quod in dispotico Russorum imperio magis ex- 35
tenditur, dum principes non patiuntur quemquam e suis ad exteras nationes commeare, nisi quos in legationem mittunt. ex Thuan. *l. 21. ad an. MDLIX.* exc. d. Beeman. *hist. civ. c. 7. §. 2.* Caeterum exci 36
piuntur certae personae, quibus emigrare atque aere frui alieno non licet v. g. olim senatores *l. 2. §. 6. ad municip.* Dn. Struv. *s. j. c. ex. 9. §. 23.* It. pro- 37
pril homines dn. de Rhetz. *d. l. §. 6.* Item milites, monachi etc. certi etiam casus, quos videsis *in l. 34. ff. d. t.* B. Brunn. *ad h. l. et l. 31. n. 2. eod.* Hug. Grot. *l. 2. c. 5. §. 24.* Quo tempus corrupti ac pesti- 38
lentis aeris merito refertur, dum singuli hac infecti aedibus suis (*Sie dürffen nicht an die freye Lufft gehen*) D. Ewich. *von Ampt der Obrigk. zu Pestilentz. l. 2. c. 1.* universi autem urbe includendi sunt, *dass sie nicht aus der Stadt fliehen, und in fremde Lufft weichen*, ut modo dict. a. loquitur; absonum 39
enim non videtur, quando in republ. aliqua certa sub poena prohibetur, ne cives ex urbe tempore pestis inibi grassantis ad loca, in quibus aer est salubrior, Secedant. Besold. *p. 2. c. 2. n. 3.* eo quod multorum salus paucorum saluti, saepius incertae, sit praeferenda. Peculiare tamen privilegium sortiuntur academiae, si 40
enim pestis aut alia lues contagiosa nimium incipiat ingravescere loco academiis addicto, princeps mandare solet, ut corpus hoc literarum alio transferatur, quia salubritas aeris maximum corporibus adjumentum praestat, et subtilioribus cogitationibus mirifice confert, nec debent academiae esse caratficinae quaedam corporis, sed ejusdem aeque atque mentis campi quidam Elysei: hinc non temere mirantur, qui Platonem academiam in loco pestilenti delegerit, cum locus non magis tutus et commodus, quam sanus eligendus, ubi academiarum sedem volunt principes. Limn. *de j. p.*

l. 8. *c.* 1. *n.* 52. *et seqq.* Döring. *bibl. Jctor, voc. academia. n.* 90. *et n.* 95.

41 Quando autem nec specialis quaedam prohibitio, nec conditio sua, neque singularis aliqua causa solum coelumque mutaturo obstet, princeps vigore superioritatis territorialis per §. 3. *cap. Leop. circ. med.* imponendo onus, quod census emigrationis seu gabella, *Abzug, Nachsteur*, dicitur, emigraturum gravat. Illustr. dn. de Rhetz. *j. jur. publ. l.* 2. *tit.* 14. Plur. vide *disp. sub ejus praes. de sarcina emigrant. habita.* Dn.
42 Struv. *ex.* 50. *th.* 54. In principatu Anhalt. ab emigrantibus, si quidem in alio Anhalt. loco domicilium constituunt, vigesima, sin vero ad alterius cujusdam principis territorium se conferunt, decima pars bonorum immobilium solvenda est. *Fürstl. Anhalt. Landes-*
43 *Ord. tit.* 14. *vom Abzuge.* Aliud tamen in patria, civitate Servest. singulariter observatur vi *stat. VIII.* cujus tenor: *Wann einer aus der Stadt hinweg zeucht, so darff er keinen Abzug geben, sondern nimmet das Seyne frey unbeschweret hinweg.* Idem in tractu Wurtenbergico tenere annotat dn. de Rhetz. *in j. jur. p. d. t.* §. *ult.*

44 Privatur praeterea a principe libero aeris usu subditus, et quidem vel ficte vel vere: illo modo bannitus, qui aere quidem utitur, at peregrino, et simul cum metu mortis momentaneae perpetuo, sic enim tenet formula bauni: *Derowegen er in die Acht und Verfestung erklaeret, aus den Frieden in Unfrieden gesetzet, sein Leib und Leben, wie eines Vogels in der Lufft, jederman gemein, und in denselben Gerichten erlaubet wird, dass er ohne alle Straffe entleibet, und vom Leben zum Tode möge gebracht werden, und dass sich niemand an ihm vergreiffen könne.* Carpz. *pr. crim. p.* 3. *qu.* 140. *n.* 132. *inde Phrases: Vogelfrey machen: dass einer so frey ist wie der Vogel in der Lufft, i. e. dass sein Leib und Guth jederman, wie der Vogel in der Lufft erlaubet.* Ol-
45 denb. *it. jur. d. t.* 4. §. 17. *p.* 457. Item relegatus ad eum modum, quo jure civili interdicti sunt aqua et igne, in cujus interdictionis locum successit deportatio *l.* 2. §. 1. *ff. de poen. l.* 3. *ff. ad l. jul. pecul.* Gail.
46 *l.* 2. *de pac. publ. c.* 1. *n.* 17. Item cui imposita venditio ac emigratio ex pago aliquo certo: *Wann denen Unterthanen aufferleget wird ihre Güter unter denen Gerichten zu verkauffen und sich anders wohin*
47 *zu wenden*, Carpz. *pr. crim. p.* 3. *qu.* 130. Qua occasione oportune quaeritur, an princeps subditis diversae religionis necessitatem emigrandi imponere possit? Resp. Neg. quod de iis, qui anno 1624. illam religionem exercuerunt, nullum est dubium, propter *art.* 5. §. 34. *Inst. pac. Osn.* Illis vero, qui vel d. anno exercitium religionis non habuerunt, vel post illum religionem mutarunt, obstare videtur *d. art.* §. 36. *et* 37. *j. p.* Verum hi textus de subditis, qui non quiete vivunt, sed ansam turbis, praecipue religionis occasione suppeditant, intelligendi sunt. Myler. ab Ehrenb. *tr. de princip. imp. c.* 83. *n.* 3. Illustr. dn. de Rhetz. *disput. de jur. stat. imp. circ. sac. c.* 4. *n.* 12. *seqq.* Idem etiam imperator Silesiis immediate ad 48
cameram regiam spectantibus ex gratia concessit *art.* 5. §. 39. *j. p.* Dn. de Rhetz. *inst. j. p. l.* 2. *c.* §. 50.

Hoc modo (scil. vere) privatur subditus aeris usu 49
vel partialiter vel totaliter: partialiter, quando delinquentes continentur in carceribus, vel ad poenam hodie, vel ad custodiam; quamvis autem criminalistae tolerabilem de jure carcerem exigant, ut in eo vivere aereque frui possit captivus; Carpz. *d. qu.* 130. *n.* 11. *per dd. all. et l.* 1. *c. de cust. reor.* Solet tamen is ut plurimum in Germania esse locus subterraneus, horribilis, male olens. Idem *qu.* 111. *n.* 45. Totaliter, 50
quando in furca laqueo suffocantur fures, *wenn die Diebe in der Lufft arrestiret werden*, ut loquitur Oldenburg §. 19. *p.* 464. et quidem, ne aer corrumpatur, extra civitatem, Borell. *de magist. edict. l.* 3. *c.* 12. *n.* 17. *arg. l.* 3. §. 5. *ff. de sepulch. viol.* supra n. 24. all. quo haec observatio pertinet. Suspendii hujus 51
justitiam theologi pariter ac Jc i examinant; verum recte illam defendi posse statuo. Plur. vid. dn. Praeses *in annot. ad* §. 5. *j. de oblig. quae ex delict. nasc.* Carpzov. *pr. cr p.* 2. *qu.* 77. *n.* 13. *seqq.* Oldenburg. *d. l.* Item an corpora ad furcam (rotam etc.) damna- 52
torum juste maneant in elemento aeris, corvorumque esca fiant? quod affirmat Carpz. *p.* 3. *qu.* 137. *n.* 70. Mihi in furto isthaec consuetudo iniqua videtur, confer. Oldenb. *d. l. p.* 470. Huc spectare videtur suffo- 53
catio in aquis, quando delinquens elementorum usu vivus carere, eique superstiti coelum auferri dicitur, in §. 6. *j. de publ. jud. et l. unic. c. de his qui per. vel lib.* et de jure quidem romano insutus culeo correo, in quod haud dubie aliquamdiu vivere oportuit parricidas, eo quod aqua in eum penetrare facile non potuit. Myns. *in d.* §. *j. n.* 11. *et* Harppr. *n.* 17.

CAPUT III.

De jure principis aereo ad palatium exstruendum competente.

SUMMARIA

Priscus habitationum neglectus. n. 1.
Moderna aedificiorum superbia. n. 2.
Ab ipsis privatis affectata quidem; sed coercenda a principe. n. 3.
Qui absoluta aedificandi potestate pollet. n. 4. 5. 6.
Hinc in locis editioribus palatium suum constituit. num. 7.
Ob rationes. n. 8. 9. 10. 11.
Q. An principi ad pompam aedificare liceat? n. 12.
Q. an ad aemulationem? n. 13.
*Q. An facultas aedificandi usque in coelum princip*i *per servitutem possit circumscribi? n.* 14.
Progressus ad limitatam subditorum aedificandi potentiam. n. 15.
Ratio dubitandi. n. 16. 17.
Ratio decidendi. n. 18.
Per legem, statutum aut consuetudinem certa aedificandi forma introduci potest. n. 19.
Exempla. n. 20.
Rationes. n. 21. 22. 23.
Certis etiam casibus altius tollere non licet: n. 24. 25. 26. 27. 28. 29.

Uti nec palatia nec turres. n. 30.
Potest praeterea princeps subditorum aedes altius ex structas destruere. n. 31. 32. 33. 34. 35.
Quid de excelsis, campanis, et gallis turrium et templorum? n. 36. 37. 38. 39.

1 Nemo reperitur hodie, quem cum aurei seculi hominibus in speluncis habitare juvat. Exc. d. Becman. *not. dign. illustr. diss.* 1. *c.* 1. §. 3. aut in casis, quas furcae utrinque suspensae fulciebant, spissatis ramalibus, ac fronde congesta et in proclive disposita. Senec. *ep.* 90. postquam dudum aetas posterior multo superbiora, non solum quoad ornatum et amplitudi-
2 nem, sed etiam altitudinem reddidit habitacula. *Ad deliciias dementis luxuriae lapis omnis eruitur, caeduntur gentium sylvae: aeris ferrique usus, jam auri quoque in exstruendis et decorandis domibus*, inquit
3 Fabianus Papirius apud Senec. *l.* 2. *contr.* 1. Qui et privatorum adeo domorum magnificentia ac splendore certantium, ut sortem suam excedant, Contzen. 8. *pol. c.* 14. §. 8. ausus est; verum a superiore, ut infra
4 patebit, coarctandus. Solus princeps major est legibus: adeoque ipsius in coelum usque aedificandi facultas nullos agnoscit limites. Imperiali fortuna omnes supereminet alias, oportet ergo et principales aedes eminen habere praecipuum, ut in alia reloquuntur impp.
5 *in l. cum multa* 7. *c. de bon. quae lib.* Quod si etiam ex magnitudine et pulchritudine aedificiorum quis praesumitur magnanimus Bart. *in l.* 2. *n.* 5. *in f. c. de praed. navic. l.* 2. ex altissimis sane principum palatiis majestatis innotescet altitudo; ita Boecler *in Tacit. annal. l.* 1. *c.* 9. §. 10. *nam ut singularis*, inquit, *et sublimis et incomparabilis habeatur summi imperii majestas, non solidis tantum artibus, sed inanium etiam splendore efficitur. Hinc oculis hominum haud raro serviendum est: per quos omnium facillime intrat in animos veneratio.* Item Cassiod. *l.* 7. *ep.* 5. *haec nostra sunt*, inquit, *oblectamenta, potentiae imperii, decora facies, testimonium praeconiale regnorum: haec legatis sub admiratione monstrantur, et prima fronte talis dominus esse creditur, quale ejus*
6 *habitaculum comprobetur.* Principis igitur palatium non tantum ad necessitatem et commoditatem, sed
7 splendorem quoque extrui debet. In quem finem, ut eo altius illud attolli queat, loca editoria et montes eligi solent; ita Tullus Hostilius, Octav. Augustus et omnes ab eo impp. romani in monte palatino (qui una cum aliis sex montibus pomerio urbis Romae inclusis) suam habuere sedem; inde cujusvis principis aulam palatium dicimus. Ahasver. Fritsch. *Syll. var. tr. de palat. c.* 1. *n.* 14. *et seqq.* Sixtin. *de regal. l.* 2. *c.* 17. *n.* 1. Et regia hispanica in editiore Madriti parte sita est: *Sein Pallast ist auff einen Ende der Stadt auff einer schier unbegreifflichen Hoehe, etc. Spanisch. Reisebeschr. vers. Germ. c.* 5. *p.* 26.
8 Hujus rationes sunt; quoniam aeris salubritas in exstructione palatii omnino attendenda; quod ipsum de extruendis domibus Arist. 7. *polit.* 11. *et* 1. *oecon.* 6. Columel. *de re rust. l.* 1. *c.* 4. Castris, Hering. *Mantiss. tr. de molend. add. c.* 4. *n.* 545. *seqq.* urbibus, Camill. Borell. *de magist. edict. l.* 3. *c.* 12. monent, et de constituenda academiarum sede c. precc. u. 40 dictum, atque hic exemplo universitatis francofurtanae ob aeris inter caetera temperiem, in hac urbe vigentem, erectae, ut ex privilegiis Maximiliani I. imp. et Julii p. m. academiae concessis, et in memorandis Francof. exhibitis, patet, illustrandum. Jam vero edita non nihil loca perflationibus pro purificando aere accommodatiora sint, adeoque in iis aer multo salubrior. Gryphiand. *oecon. leg. l.* 1. *c.* 21. *n.* 34. D. Grem. *diss. de pest. fere in f.* Borell. *d. l. n.* 4. 5. Deinde, quia 9
ex loco sublimi gratior liberiorque datur prospectus. 10
Praeterea, securitati per excelsam habitationem consulitur e. g. grassante in urbe aliqua lue: suborienteincendio (ideo fortassis palatia principum aedificiis privatorum cohaerere non debent, ex Matth. de Afflict. Sixtin. *d. l. n.* 3. Fritsch. *c.* 9. *n.* 8.) Item excitato a plebe tumultu: adventante hoste. Insuper, quia principis majestas ex loco, qui, ut ipse homo, suam habet majestatem, Boter. *de orig. urb. l.* 2. *c.* 11. *pr.* 11
augetur; quando nimirum princeps, vicarius Dei, qui loca olim montana et excelsa e reliquis terrae partibus elegit, et in iis coli voluit. Mart. Schoock. *exercit.* 15. *de excels.* in editiori civitatis loco habitans, superioritatem suam, qua in terris pollet, magnifice ostendit, cultumque ac reverentiam exposcit a subditis.

Hac occasione quaeritur: anne principi ad solam 12
pompam et ostentationem ad coelum usque instar turris babylonicae, ut loquitur Oldenb. *it. jur. tit.* 14. §. 2. aedificare conveniat? Resp. nulla quidem lex obstabit principi: interim monent politici, modum, uti in omnibus aliis rebus; ita etiam in exstructione palatiorum esse servandum, quia aedificationes augustam potius utilitatem, quam pomposam vanitatis ostentationem habere debent, quae ipsa maximos requirit sumptus, instar vanae ac stultae pyramidum Aegypti ostentationis, in quarum erectione pro laborantibus mille et octingenta talenta, i. e. decies centena milia aureorum in raphanos, allium et cepas erogata fuisse traditur. Fritsch. *c.* 10. *n.* 3. 5. et eapropter exactionibus et superactionibus premuntur subditi. Id *cap.* 11. *n.* 17. *et seqq.* Movetur etiam a doctoribus quae 13
stio: an principi ad aemulationem aedificare liceat? Verum huc ea non spectat, quia negotium mihi est cum aedificio ad habitationem principis, de quo nulla praesumptio, quod ad aemulationem aedificatum; quemadmodum arces in finibus structae inter argumenta pacis ruptae non sunt referendae, quando tuendi gratia aedificatae. Grot. *de j. b. ac p. l.* 3. *c.* 20. *n.* 40. Ut taceam, nondum satis liquere; quid significet ad aemulationem aedificare. Dn. Ziegl. *de jur. maj. l.* 1. *c.* 35. §. *seqq.* Döring. *bibl. Jctor. voc. aedes, aedificium, n.* 185. *seqq.* quod tamen regulariter prohibetur in *l.* 3. *ff. de oper. publ.* Gail. *l.* 2. *o.* 96. *n.* 19. Anne 14
vero principis facultas in infinitum attolleudi sedem suam principalem per servitutem quadamtenus limitari potest? Resp. intuitu subditorum negandum omnino esse, ipsa res loquitur: intuitu autem vicini territorii servitutem altius tollendi et altius non tollendi, item ne prospectui officiatur, introduci posse, asserit illustr. dn. de Rhetz. *j. jur. publ. l.* 2. *t.* 18. §. *fin.*

Absolutum hoc et illimitatum jus principis ex se- 15
quiore multum et circumscripta subditorum potentia non illustrandum venit. Permittunt quidem jura altius 16
tollere, per *l. altius* 8. *et l. seq. in fin. c. de servit. et aq. l.* 24. *ff. de s. u. p. l.* 12. §. 2. *c. de aedif. privat.* et coelum (h. e. aer) quod supra cujusque solum in-

tercedit liberum esse debet *l.* 1. *pr. ff. de s. u. p.* Cothm. *vol.* 2. *r. sp.* 93. *n.* 32. dum aer sequitur solum, ita, ut cujus est solum, illi quoque usque ad coelum esse debeat aer. *l. ult.* §. *si quis projectum ff. quod vi aut*
17 *clam.* Gloss. *ad l. si intercedat f. ad verb. quia coelum ff. de servit.* Hinc dd. loqui consueverunt, licere in coelum usque aedificare. Gail. 2. *o.* 69. *n.* 1. licitum esse in infinitum plus quam turrim Babel attollere. Steph. Forcatul. *de oc. jurispr. dial* 16. *n.* 9. citante Ol-
18 denb. *d. l.* §. 1. de cujus genuino sensu vid. Wesenb. *cons.* 34. *n.* 16. *l.* 1. Gryphiand. *de insul. c.* 8. *n.* 8. Verum enim vero recte hoc procedit in quantum civilis legis dispositio cessat, quippe, cum aedificiorum structurae civilem maxime dispositionem atque ordinationem requirant, ut juxta praescriptum Aristot. misceantur ex antiqua et recentiore forma, quo et splendori inserviant urbis et securitati pulchre consulant *l.* 7. *polit.* 11. Majestati sane, uti omnia et singula civitatis, ita et
19 aedificia subjicienda sunt. Igitur quemadmodum illis, qui superiorem non renognoscunt, nulla in aedificando regula posita est: sic in genere, privatorum, quibus vel lex, vel statutum, vel consuetudo certam aedificandi formam et modum, ultra quem aedificia extollere non liceat, praescribit, naturalis aedificandi libertas coarctatur. *l.* 11. *ff. de s. u. p. l.* 1. *l.* 3. *c. de aedif. priv. l.* 1. §. 17. *ff. de nov. op. nunc.* Spreng. *tractat. de jur. aedif. c.* 7. Klock. *de aerar. l.* 2. *c.* 18. *n.* 16. Barbos. *collect. in c. ad l. altius de servit. n.* 3. Gomez *in Com.*
20 *ad l. tauri. l.* 46. *n.* 6. Ita Augustus Caesar altitudinem 70. pedum statuit, Suet. *c.* 89. Tacit. *l.* 15. *annal. c.* 43. Quibus Trajanus 10. pedes detraxit Klock. *d. l. n.* 15. Senatum quoque reipubl. Noricae 80. pedes altitudini aedium constituisse notat Piccart. *ad pol. Arist. l.* 7. *c.* 11. et Monachium in Bavaria aedes privatorum justa symmetria sibi respondere, ut et Vratislaviae in Silesia, habet Oldenb. *d. t.* 4. §. 2. Quibus merito urbes
21 Belgii adjiciendae. Qui introductus in rempubl. altitudinis determinatae modus, suis haud destituitur rationibus, facit enim ad civitatis ornatum, qui in aequalitate et aedium proportione magis, quam sumptu consi-
22 stit, Oldenburg. *d. l. p.* 428. ut et ad securitatem, aedes enim fastigiatae et in altum deductae, seorsim consistere non possunt, ut Amstelodami et alibi conspicimus, nisi tota vicinia inter se conglobata ventorum violentiae resistere, verba sunt Oldenb. *d. l.* Ingens quoque damnum ex ejusmodi aedificiorum ruina, *tanta*, inquit Seneca, *altitudo est aedificiorum, tantaeque viarum angustiae, ut neque versus ignem praesidium neque ex ruina ullam in partem effugium sit. l.* 2. *controv.* 1.
23 Promovetur praeterea per certam altitudinis formam salus civium, quorum effusa in aedibus exstruendis libido compescitur, et, ne rem omnem aedificando exhauriant atque secundum tritum illud: litiget aedificet, qui vult cito pauper haberi, fortunae suae adversae existant fabri, praecavetur. conf. Vent. de Valent. *in parth. litig. l.* 1. *c.* 13. *n.* 19.

24 Specialiter et certis casibus altius aedificandi libertatem naturalem a legibus circumscribi tradit. Coras.
25 *l.* 3. *misc. c.* 24. *n.* 3. *seqq.* Ita e. g. non licet juxta aream vicini, in qua fromenta conteruntur vel conculcantur, et ab ea quidem parte, ex qua tantummodo area ventum habere potest, aedificare *l. fin.* §. 1. *ff. de s. u. p.* Prohibetur etiam haeres altius aedifi-
26 cando obscurare aedes alteri legatas, per *l. Gaurus*

10. *ff. d. t.* Item prope monasteria monialium s. mo- 27
nachorum, et scholas, ne praejudicetur Scholariem luminibus, aedificare. Barbos. *collect. ad leg.* 8. *cap. de servit.* Resistunt porro aedificanti pacta et servi- 28
tutes, *d. leg. altius* 8. *c. de serv. et l.* 12. §. 3. *cap. de aedif. priv.* Nec licet ad invidiam, aemulationem 29
ac praejudicium cujusquam sine utilitate propria in altum aedificare *l.* 1. §. 1. *et seq. ff. de uq. pluv. arc.* Gomez. *ad l. taur. c.* 46. *n.* 8. Hinc in specie nemo 30
palatium, quamvis suo sumptu, extruere potest, *l. opus novum pr. ff. de oper. publ.* cum res ad alterius aemulationem pertinere, et quandoque seditioni materiam praebere posse censeatur Zoes. *ad d. t. n.* 1. neque turres extollere, ita de jure Sax. *Man sol auch keine Burg noch Stadt vefesten mit Blanchen, noch mit Mauren, noch Berg, noch Thürne bey Dörffer bauen, etc. Land-Recht. l.* 3. *art.* 66. cit. dn. Ziegler. *de jur. majest. l.* 1. *c.* 35. §. 9. Ad hanc principis circa ae- 31
dificia potestatem quoque spectat mandatum de diruendis privatorum aedibus e. g. si ultra usitatum altitudinis modum, facta nunciatione, *l.* 1. §. 11. *ff.* 32
de nov. op. nur. aut si contra ornatum commodum ac 33
decoram faciem civitatis extructae *l.* 6. *et* 17. *c. de oper. publ.* Item si affectati principatus aut rebellionis suspicionem praebent. Exemplum habet Livius *l.* 2. *c.* 7. de Valerio Poplicola, qui atrox invadendae reipubl. crimen, quo notatus, quod Romae in summa Velia aedificaverat, vix ante purgare poterat, quam deferrentur in planum aedes, ac in infimo clivo aedificarentur: simile fere exemplum de Gennensibus et Pisanis habet Sigon. *de regn. Ital l.* 11. *et* 15. Item 34
si aedificia securitati publicae officiunt, exempli loco sint arces Ganerbicae, *Ganerben-Hausser oder Schlaesser*, quae a nobilibus quibusdam generosis contra incursum hostilem se tuendi ac defendendi causa, cum in Germania itinera passim minus essent secura et tuta, *da das Faust Recht im Schwange gieng*, in montibus, aliisque locis opportunis exstructae; postea vero ab imperatoribus et civitatibus, quod illi (Nobiles) a prisca virtute degenerantes alios non tantum opprimere, verum etiam confratres alios opprimentes receptare coeperint, arces istae, *als Raub Schloesser*. diruitae sunt ac dejectae; unde tot in Germania passim adhuc extant rudera. plur. vid. Speidel. *Spec. voc. Ganerben. it voc. Schloesser.* Sic in specie an. 1282. Rudolphus rex duo ejusmodi latronum castella non procul a Rheno sita cepit, ac funditus delevit. Idem *voc. Raub-Schloesser*: ex Trith. *l.* 2. *annal. f.* 20. quae dissipatio arcium praedatoriarum non so- 35
lum licita, sed etiam ex constitutionibus imperii praecepta, praesertim r. i. de anno 1559. §. *nachdem aber hierinn* 28. *dass solche Raub-Schloesser verbrennet und sonst umbgerissen werden sollen.* plur. Supplem. Speidel. *voc. Raub-Schloesser.*

Quid de excelsis sentiendum, plur. vid. Mart. 36
Schoock. *exerc.* 15. *de excels. ubi n. ult.* docet eadem extirpanda non esse, quod neque serviant usui idololatrico, neque exstet praeceptum Dei de illis abolendis. Quo loco etiam ostendit, campanas a pontificiis 37
relictas omnino tolerandas esse, quamvis illae superstitiosam in modum, baptizatae sint et ridiculum in modum, die quasi lustrico proprium nomen acceperint. Tandem *sub fin. ejusd. n. et exerc.* mentionem 38
facit galli aenei campanili seu cacumini turris impo-

siti. Cujus symboli non una affertur ratio; quidam fingunt, pontificios pro hoc usu gallus hoc frequentasse, ut forent quasi praecones resipiscentiae, quod Petro usum hunc galli cantus exhibuerit, atque ideo submovendos illos esse clament. Exemplum cujusdam pastoris habet B. Schoockius, qui physicam potius rationem agnoscit, nempe quod animal hoc, uti sanguine calidiori et spiritibus subtilioribus gaudet; ita mox levissimam aeris et aurae mutationem percipiat: indeque gallus aeneus in cacumine turris ponitur, ut aurae quasi ventorumque sit index. Interim ornamenti etiam loco fieri, autumant alii; sic turri jaurinensi ad portam aquaticam Turcae eo tempore, quod Jaurinum praecedenti seculo tenuerunt, gallum aeneum imposuerunt, cum inscriptione: jaurinum a Christianis tunc recuperatum iri, quando gallus iste cantaturus esset. Quos tamen augurium hoc fefellit, et jaurinum singulari stratagemate Baronis Schwartzenbergii a. 1598. 29. mart. in Christianorum potestatem redactum est. *Es haette ihnen wohl noth gethan, dass der Hahne sie mit seinem Geschrey erwecket haette, damit sie nicht also stillschweigend waeren überfallen worden etc.* Ortel. *p.* 1. *f.* 234. Gallorum in summis templorum symbola pleres eruditis meditationes suggesserunt, sc. intelligi per illos concionatores, qui nobis verba salutis enunciant, et jacentibus in tenebris et umbra mortis lucem, quae Deus est, praenunciant, et a nobis mentis nostrae veternum ac torporem suo cantu excitant. Girald. ap. Gesner. *de anim. l.* 3. *f.* 408. Item, admoneri Christianos omnes, docentes pariter ac discentes, vigilantiae: item, quemadmodum leo et basiliscus tum aspectum tum vocem gallinacei extimescunt; ita diabolum quem sacra leonem rugientem, draconem, serpentem, toties vocant, hinc totisque ecclesia esse arcendum. Plura vide ap. Durand. *rational. divinior. officior. lib.* 1. *cap.* 1. *n.* 22. 39

CAPUT IV.

De jure principis aereo ad augendum aerarium competente.

SUMMARIA

Aerarii justitia et necessitas. n. 1. 2. 3.
Redditus intuitu principis dominii in aerem. num. 4. 5. 6. 7. 8.
Tributum aerium. n. 9.
Pecunia ab advenis solvenda. n. 10.
Tributum tegularum. n. 11.
Jus reg. Hisp. primam sibi domum Madrid. contignationem vindicantis. n. 12.
Poena contra altitudinis modum iterum struentis aedificium jam dirutum. n. 13.
Tributum fumarium. n. 14.
Caminarium. n. 15.
Molendina pneumatica. n. 16.
Eorum redditus. n. 17. 18.
Jus aucupii commune. n. 19.
Principibus hodie competit. n. 20. 21.
Rationes dubitandi cum respons. n. 22. 23.
Quid juris circa aucupium in princip. anhalt. et alibi. n. 24. 25. 26.
Emolumenta et fructus aucupii contra Bachovium. n. 27.
Gallinae ferae in specie Phasian-Huner. n. 28.
Turdi etc. n. 29.
Dohnenstege. n. 30.
Coturnices. n. 31.
Anates sylvestres. n. 32.
Privatis aucupium concedituy pro certa pensione. num. 33.
Subditi tenentur diras et noxias oves capere. n. 34.
Exemplum Henrici I. imp. n. 35.

1 Principibus ac regibus bona quaedam esse assignanda, unde dignitatem suam sustineant, recte monet in-
2 comparabilis ille Grot. *de j. bell. ac p. lib.* 2. *c.* 8. *th.* 5. eum quoque in finem, ut tributa solvamus, honestum est ac conscientiam obligans, ut Apostolus *Rom.*
3 13. *v.* 3. 4. 6. explicat. Idem *l.* 1. *c.* 2. §. 7. *n.* 12. cum principes sumptus per multos quotidie fecere habeant necesse. Illustris dn. a Seckendorff *im Teutschen Fürsten Staat p.* 3. *c.* 4. *n.* 4. cit. Henel. *tr. de aerar. procem. et c.* 4. §. 1. Quot vero modis et quibus ex rebus illi desumendi, atque in principis aerarium inferendi sint, consul. dd. qui ex professo de hac materia scripserunt, in genere instar omnium Döring. *Biblioth. Jctor. voc. aerarium.* Hoc loco fisci augmentum in aere 4
quaerendum, intuitu quidem juris et dominii in aerem, quod principi competere *c.* 1. *n.* 17. *et seqq.* ex- 5
positum, et hic exemplo erectionis furcarum illustrandum: symbola namque illa particularis justitiae, seu signa repraesentant signatum, nimirum jurisditionis et imperii qs. possessionem; furcae siquidem sunt res et signum, denotantque dominium aeris, Knichen. *de jur. territ. cap.* 3. *n.* 398. *seqq.* ex Bald. *cons.* 445. *in f. lib.* 5. plur. vid. Speidel. *Spec. voc. Galgen.* Inde 6
quicquid multarum poenarumque nomine colligitur, ex totius fere Germaniae consuetudine, de fructibus jurisdictionalibus esse perhibetur, per dd. a Carpz. *pr. crim. part.* 3. *qu.* 109. *n.* 41. *seqq. citt.* Et jure sane 7
in recompensationem oneris erogandorum sumptuum ad erectionem furcarum, aliorumque signorum jurisdictionalium, ad superiorem deferuntur gerada et res expeditoriae, in casu, quo vir aut mulier moritur non relictis haeredibus harum rerum legitimis. Idem *d. l. n.* 7. *et seqq* Saepius quidem magistratus inferior haec 8
sibi commoda et fructus vindicat, plerumque tamen hic titulo oneroso merum imperium habet: ita senatus servestanus quotannis 500. aureos Rhenanos ad cameram principalem perferre tenetur. Sed proprius ad rem. 9
Et statim paucis modo tangendum ἀτοπὸν tributum pro coelo et spiritu aeris a Michaele Pophlagone, juxta Cedrinum, inventum. Cujac. *l.* 10. *obs. c.* 7. Klock. *de aerar. l.* 2. *c.* 147. *n.* 10. Tob. Magir. *Polymn. voc. tributum n.* 5. Döring. *bibl. Jct. d. l. n.* 226. hoc vero tyrannicum apud politicos merito audire, notat Oldenb. *cit. saep. tit.* 4. *ab init.* Nam.

Quis probet uriuae vectigal? Quis nivis? umbrae?
Aeris? et decimas quaslibet illicitas?

Klock. *d. c. post. summ.* Pro tali autem tributo he- 10
benda non est pecunia ab advenis, qui in civium nu-

merum recipiuntur, solvenda. Mev. *ad jus lub. t.* 2. *rubr. n.* 28. Georg. Mund. *de mun. honor. et oner. c.* 2. *n.* 445. non enim ideo est solvenda, ut in civitate saltem vivere queant, sed etiam ut honorum atque munerum sint capaces. Rectius tributo aerio aequiparan-
11 dum, quod in singulas aedificiorum tegulas impositum fuit, quod pro inaudito, et novitate magnitudineque admiranda exclamat Adr. Turneb. *l.* 29. *advers. c.* 10.
12 *circa fin.* Magir. *d. l. n.* 6. Singulare est in regno Hispaniae, ubi rex sibi domuum civicarum Madriti exstructarum primam contignationem vindicat: *Der Koenig hat ein Recht. Ueber die Haeuser, so man in Madrit bauet, das Ihm viel eintraegt. Eines jeglichen erstes Stockwerck gehoeret Ihm zu, wann man es nicht wieder erkauffet, kan ers geben, wem es Ihm beliebt etc. Spa-*
13 *nische Reisebeschr. c.* 20. *p.* 138. *vers. Germ.* Apud Romanos non licuisse modum altitudinis usitatum excedere, ita ut facta nunciatione, illicite aedificatum diruendum fuerit, constat ex *l.* 1. §. 11. *ff. de nov. oper. nunc.* Quod si igitur dirutum hoc aedificium dominus, neglecto altitudinis modo, rursus struere non vereretur, fisco cum solo cessit superficies. Klock *de*
14 *aerar lib.* 2. *c.* 95. *n.* 41. *seqq.* Tributi fumarii a Ni-
15 cephoro Phoca impositi meminit Magir. *d. l. n.* 6. Nostra etiam aetate a sagacibus tributorum exactoribus excogitatum esse vectigal aut tributum, quod a singulis domorum focis et caminis exigitur, vulgo ob id caminarium, focarium, per fumantes dictum *von dem Herd, oder Feuer Statt, unde Germanis Hesrd Recht, Herd-Zinss, Camin und Schorstein Geld; Eo quoque pertinere die Rauchhennen, so man aus den Haeusern und Herdstaetten giebet, habet* Besold. *Thesaur. pract. voc. camin etc. et in add. it.* Diether. *Contin. Thes. Besold.* Georg. Mundius *tr. de munер. honor. et oner. c.* 4. *n.* 22. *seqq.* Peller. *in annot. ad Klock. de aerar. l.* 1. *c.* 1. *n.* 100.

16 Ad Molendinum πνευματικὸν s. ventosum, id est, quod ventorum flatibus agitatur, *Wind. mühle*, progredior; reipubl. enim et aerario conducit maxime, habere instructas complures molas. Klock. *de aerar. l.* 2. *c.* 8. *n.* 33. Eas quidem in praesens non intelligo, quibus loca palustria et aquosa pascua, imo et in latifundiis integra stagna lacusque aliquot milliarium ex siccantur, et in Batavia frequentes sunt; sed illas tantum, quibus frumentum frangitur, ex eo enim amplum cogitur tributum. Peller. *in annot. ad Klock. d.*
17 *l. n.* 9. Haec molendina pneumatica s. alata nemini in suo erigere licet, nisi aerem a principe redemerit. Gryphiand. *de insul. c.* 11. *n.* 27. Klock. *d. l. n.* 3. ut sic ipsa naturae elementa vi pecuniae discreta,
18 Gryph. *d. l. n.* 28. *ex Plin. et Amb.* Ratio autem interdictae molendinorum aedificationis promiscuae est ne publicae rei per nimiam eorum frequentiam fraus fiat. plur. Peller. *d. l. p.* 483. deinde etiam, ne molendinorum multitudo sibi ipsi officiat. Sed ne actum agam ad cit. saepe Klock. et Hering. *de molend.* provoco. conf. Mund. *de mun. etc. c.* 6. *n.* 136.

19 Superest jus aucupii, *das Vogelfangs-Recht:* hoc quidem jure gentium commune et liberum est omnibus, ita ut volucres, quae in coelo, h. e. aere, nascuntur, fiant capientis. §. 12. *j. de r. d. l.* 1. §. 1. *l.* 3. *pr. et* §. 1. *ff. de a. r. d. l.* 1. §. 1. *ff. de acq. possess. l.* 16. *ff. de s. p. r.* Klock. *tom.* 1. *cons.* 29. *n.*
20 746. *et de aerar. l.* 2. *c.* 5. *n.* 104. Hodie tamen usu juris publici Germaniae aucupii jus determinatum jureque regalium censetur. Illust. dn. de Rhetz. *j. jur. publ. l.* 2. *t.* 26. §. 6. Camman. *de jur. majest. disp.* 7. *th.* 4. Besold. *in disput. de regal. c.* 9. §. 6. Sixtin. *de regal. l.* 2. *c.* 18. *n.* 32. *et* 45. Klock. *de cons.* 29. *n.* 185. *et de aerar. d. l. n.* 102. *seq.* Dubium hoc aliquan- 21
do visum in aula madritensi Caroli. V. imperat. referente id sequentibus Hub. Thom. Leodio: *Quodam autem die, cum me oblectarem confabulationibus ante caesaris cubiculum; vocavit me de janua dominus a Prato et introire jussit, ibi audiente caesare interrogavit me, num verum esset, quod rustici, in Germania prohiberentur capture perdices et hujusmodi aves, quae inter feras nominantur? Resp. verissimum esse quidem, et ne dum rustici, sed et nobiles, nisi ex singulari indulto principis consecuti essent jus aucupandi. Imo non solum perdices, sed et turdos, alaudas, et alias aviculas aucupari prohibentur. Qua de causa rogat ille? Quantum ad rusticos facilis est, inquam ratio, ne hujusmodi otio dediti agriculturam negligant. De ignobilibus ignoro, atqui, inquit, non manent in uno loco, nunc in hac ditione, momento temporis sunt in alia. Ad haec coepit imperator ridere, et capite, ut dimittere, annuere. Postmodum rescivi, suam majestatem noluisse credere aucupium in Germania interdictum, depositioneque facta veritatem scire voluisse etc.* hactenus Leodius *in annal. de vit. et reb. gest. Frider. II. l.* 10. *p.* 196.
Verum omni dubio jus principis circa aucupium caret; 22
obstare quidem videtur prima lex creationis: subjicite vobis bestias, dominamini in volucres coeli; attamen haec capiendi facultatem concedit homini, non vero ut capiat imponit necessitatem dn. Praeses *in annot. ad* §. 12. *de r. d.* vel habet haec concessio privilegii, non praecepti, rationem. Clariss. dn. Pufendorf. *elem. jurispr. univ. l.* 1. §. 7. *p.* 41. Majestas igitur hic li. figere et refigere debet. Generos. dn. a Seckendorff. *Teutsch. Fürsten Staat. p.* 441. Odenb. *t.* 4. §. 18. *p.* 461. Nec
obstat aucupium esse juris naturalis; concedendum hoc 23
est de jure naturali permittente, non concedente. Grot *de j. b. ac p.* 2. *c.* 3. §. 5. potest autem lex civilis naturalem libertatem circumscribere et vetare, quod naturaliter licebat. Idem *l.* 2. *c.* 2. §. 5. *conf.* 8. §. 5. Principes proinde Germaniae jus sibi reservant, quod romani imperatores in suo primaevo statu reliquerunt, omnibusque concesserunt, adeoque Romanorum decempeda justitiam hujus juris aucupandi metiri non licet. Reifends. Herom. *de summ. princip. Germ. potest. c.* 2. *p.* 40. haec enim ex imperii et superioritatis territorialis viribus clare satis patet. dn. Ziegl. *de jure majest. l.* 2. *c.* 14. §. 21. ut, qui territorii vel castri dominus est, idem jus aucupandi habeat. Klock. *tom.* 1. *cons.* 29. *n.* 748. Ita serenissimi principes Anhaltini, 24
domini mei clementissimi privatos ab aucupio verbis sequentibus excludunt: *Desgleichen soll auch niemandes keine wilde Hüner, Gaense, Enten, Trappen, Eranichs, Aur-oder Birckhahnen, oder Feder-Wildpret in unserem Geholtze, Feldern, Waessern, Teichen, Gehaegen schiessen oder fahen etc. Fürstl. Anhat. Landes-Ordn. Tit. XXII. von Wild-Bahn und Jagten.* Magis extensum jus aucupii et juris strictissimi est in ducatu 25
würtenbergico, ut ne quidem aviculas minores sclopetis liceat trajicere, teste Oldenburg. *d. l.* Alias certis tem- 26
poribus aucupium, ubi subditis id permissum, juste interdicitur, ne vastentur species Georg. Mor. *tr. de*

27 *jur. venand. auc. pisc. p.* 1. *c.* 2. *n.* 39. Quo minor autem de aucupandi jure dubitandi causa et necessitas, eo major circa utilitatem ejus a Bachovio movetur quaestio, dum omne penitus emolumentum ex aucupio proveniens, contra Wesenbec. *in paratit. ff. de a. r. d. n.* 7. *in not. lit. r.* negat: verum frustra est Bachovius, qui alias etiam non tam suae sententiae adstructor, quam alienae destruc-
28 tor audit Vinnio *de pact. c.* 11. *n.* 9. Etenim in deliciis habentur a principibus ferae gallinae, inter illas praecipue *die Phasanhüner*: pro quibus peculiares hortos cellis et alibi extrui testatur Oldenb. *dict. saep. t.* 4. §. 16. et in Marchia earum capturam prohiberi, ex affixis in sylvis interdictis una cum depicta ipsarum figura, vi-
29 dere est; ita et alias nobiliores aves, e. g. turdos, qui inter volatilia habentur delicatissimi. Horat. *l.* 1. *ep.* 15.
30 (*Krammesvogel, Drossel*) capere non licet; neque pri-
31 vatis recte in sylvis competunt, *die Dohnenstege*. Oldenb. *d. l. pag.* 461. Ex hoc reservato sibi aucupandi jure sat commodi principem capere, quis ibit inficias? Hostiensi episcopo ex coturnicum aucupio millia nummum aureorum amplius quatuor quotannis obvenire, testatur Zo-
32 naretta *de Gen. venat. fer. n.* 23. Quantum etiam anatum sylvestrium captura principum aerario prosit? ad experientiam provocat Klock. *de aerar. l.* 2. *c.* 5. *n.* 116. et nullus est, qui sordidum esse sibi persuadet, principem mercatura avium quaestum facere. Id. *n.* 94. Nec minus ad fisci complementum facit, si certa pen- 33
sione aucupium conceditur sublitis dn. Struv. *s. j. c. ex.* 41. *th.* 21. quod in specie de alaudarum aucupio, et areis *Lerchenstreich*, asserit Jac. Kylling. *disp. de venat. ult.* cit. Dieth. *in cont. thes. pract. Besold. voc. Vögel, Vögelfang*. Uti vero princeps sibi jus capiendi volucres reservat; ita subditis non tantum concedit no- 34
xias et diras capere, exceptis Falconibus, *Falcken und Blaufuss*, Ferd. Weizeneg. *tr. de servitut. diss.* 5. *c.* 5. 35
n. 1. sed in nonnullis etiam locis coguntur rustici certum capitum ejusmodi, *Sperling und Kreyenköpffe*, numerum sub certa poena loci praefecto apportare, Oldenb. *p.* 463.

Coronidis loco hisce annectere mihi liceat exemplum Henrici I. qui in aucupio constitutus, nunciam accepit, se in imp. esse electum, unde una cum cognomine aucupis imperiale aucupatus est diadema. Klock. *de aerar. c.* 1. *n.* 106. et Peller. *annot. Ziph.* 56.

CAPUT V.

De jure principis aereo ad capiendam delectationem competente.

SUMMARIA

Ingressus. n. 1.
Aucupium. n. 2.
Et quidem Ardearum Reigerbeitze. n. 3.
Jacobi r. a. de eo judicium. n. 4.
Patricii sententia. n. 5.
Principum praesertim Germaniae cum eo delectationum. 6.
Magnis impensis non obstantibus. n. 7.
Nec dispendio temporis. n. 8.
Electoris brand. interdictum de non capiendis philomelis. n. 9.
Ignes lastifici, Feuerwercke. n. 10. 11. 12.
Agilitas funambulorum, Lufftspringer. n. 13.
Pro fascinatione saepius habenda. n. 14.
Conclusio. n. 15.

1 Quemadmodem princeps infinitis, iisque gravissimis curis die noctuque premitur; ita plures sunt, quibus earum sarcinam aliquantisper deponit, recreationum modi: inter quos aucupium primo loco, quod ab ejus juris expositione modo digressus, commemorandum mihi sumo, quatenus id nimirum ad solam voluptatem ac delectationem a principe exerceri solet.
2 Nulla idcirco mihi res est cum aucupio, quod fit retibus, laqueis, pedicis, praecipitiis, arcu, visco, ha-
3 mo: sed cum eo saltim, quod industria et ope nisi et falconis in ardeas peragitur, germ. *Reigerbeitze*. Qui aves avibus capiendi modus priscis seculis aut ignotus fuit, aut paucis aguitus, Georg. Mor. *de jur. ven. auc. pisc. p.* 2. *c.* 12. *n.* 19. Conf. Klock. *de aerar. l.* 2. *c.* 5. *n.* 107. et Peller. *in annot.* hodie autem principibus satis superque exploratus, usitatusque.
4 Jacobus quidem Anglorum rex doctissimus, parcius illud laudat, quamvis non damnet, quia non item militiam refert, ut venatio: quia infortuniis magis est expositum: et quia bilem caeterasque animi perturbationes supra modum irritet. *Don. Reg. l.* 3. *pag.* 77 *ed. Francof.* Cujus primae rationi contradicere videtur Patric. Senens. *de regn. et reg. inst. l.* 2. *tit* 7. *pag.* 187. non dissimilem in disciplina militari speciem habere asserens sequentibus: *disponit namque* 5
juvenum comitatum, equitum quasi alas adjicit, indagatores cum sagacissimis canibus quasi milites levis armaturae praemittit, qui aves terrore excitent, et ad venandum compellant, speculatores in montium verticibus statuit, qui volatum observent. Adsunt suo ordine, qui elata sinistra manu accipitres servant, adversusque volantes alites artificii jactu eos dimittant. Alii surgentem e terra volucrem, quam primum reperiunt; alii per opertum volantem invadunt. Alii in sublime sese efferentem, deinde singuli vocati sibiloque allecti ad notam proprii heri laevam redeunt etc. Cla- 6
rius hic lusus nobilis cognoscitur ex Klock. *c. l. n.* 110. Eoque Germaniae praesertim principes voluptatem capiunt, sacratissimus comprimis imperator noster Leopoldus Laxenburgi in Austria, teste Oldenburg. *it. jurid. d. t.* 4. §. 18. *p.* 461. Quamvis autem 7
multi in apportandis ex Norwegia et aliunde accipitribus fringillariis, iis alendis, habendisque praefectis (*Falckenmeister*) atque receptaculis (*Falckenhaeuser*) impendendi sumptus. Dn. a Seckendorff. *im Deutschen Fursten Staat p.* 3. *c.* 3. *reg.* 5. *n.* 3. Oldenb. *d. l.* Verum quanti quanti illi sint, pro minimis tamen reputandi, quibus molestiae principis ac sollicitudines pro salute subditorum compensari queunt. Neque idcirco 8
attendendum, multum consumi temporis aucupando; norunt enim optime optimi principes, quod Jacobus r. a. filium suum docuit, moderationem esse tenendam, neque horas muneri obeundo destinatas, negligendas. *don. reg. c. l. p.* 77.

9 Occasione hujus tangenda singularis potentiss. electoris brand. prohibitio de non capiendis lusciniis, quarum cantus suavitate delectatur magnopere.

10 Ad hanc classem maxime spectant pyrotechniae, sive ignes laetifici seu recreativi, *Ragge'en und Feuerwerck*; non tantum enim in aere e. g. stellae et scintillae igneae pyrotechnicae, *Stern Feuer, Feuer-Putzen*: rota versatilis: organum pyrobolicum etc. sed etiam aere commoto seu spirante vento praesentantur, e. g. draco, aquila etc. de quorum, aliorumque spectaculorum exhibitionibus artis pyrotechnicae ope instituendis, vid. Kirch. *in mundo subterr. l.* 12. *sect.* 5. *p.* 4. *de arte pyrabol. c.* 8. *pr.* 1. *et seqq.* meminit eorumdem quoque Klock. *de aerar. l.* 2. *c.* 108. *inf.*

11 Principum haec esse oblectamenta, neminem latet; et licet his ipsis uno quasi momento multa florenorum millia inutiliter profundantur, et leves mittantur in auras. Vent. de Valent. *parth. litig. l.* 1. *c.* 13. *n.* 21. Klock. *d. l. n.* 17. 18. quibus principes sibi ipsis, suisque subditis plurimum commodare, et omnibus necessitatis casibus obviti possint. Diether. *contin. thes. pract.* Besold. *voc. Feuerwerck.*; idem tamen repetendum, quod modo de aucupio dixi. Privatis autem omnino haec interdicenda esse suadet ratio:

12 illi enim invitantur ad otium: opes facile consumuntur: et incendia procurantur.

13 De petauristarum volutationibus aut funambulorum perichlitationibus non est, quod moneatur; histrionibus enim et agyrtis ad panem lucrandum inserviunt.

14 Jacob. Reg. Angl. *don. reg. d. l. pag.* 76. adeoque istae a principe non exercendae sunt, sed interdicendae, uti omnes inhonesti ac turpes ludi, Cam. Borell. *de magistr. edict. l.* 2. *c.* 11. *n.* 83. praesertim, cum saepius pro meris praestigiis et fascinationibus potius, quam agilitate, habendae. Speidel. *specul. observ. jur. polit. hist. voce, Gauckler*; ubi inter alia ex Godelmann. *l.* 1. *de lam. et sagis. c.* 3. *n.* 17. *f.* 28. haec refert; praestigiator quidam magicus Magdeburgi equulum, theatro frequenti, per circulum transilientem ostentabat certa stipe; in fabulae exitu exiguam se apud mortales collegisse pecuniam questus, se in coelum conscendere velle, ait. Hinc in sublimi erecto fune consequitur in alium equulus: praestigiator, quasi eum cauda retenturus, quoque ascendit, cujus uxor maritum apprehendens assectatur, itidem ancilla, ut viderentur ascensu contiguo, velut concatenati simul aerem petere. Haec dum populus ad stuporem spectaret, cuidam civi eo forte declinanti, quaerentique, quidnam rerum ibi gereretur? Responsum est, circulatorem cum equulo in aera conscendere: hic se statim vidisse eum in vico ad diversorium abeuntem asseveravit. Illusos itaque se cum animadverterent, discesserunt.

Hic me subsistere, non argumenti, sed temporis penuria jubet: plura enim alia huc facientia potuisse addi, pluribusque illa, quae festinante calamo congessi, doctorum juris publici praesertim, auctoritatibus illustrari, fateor; verum tempus huic negotio impendendum mihi in praesens non concedit fortuna. Quare benevolum lectorem dissertationis hujus non tantum brevitatem, sed etiam methodum, dictionem, atque omnia aequi bonique consulturum esse, totus confido. Tibi vero, Deus o. m. pro concessa mihi gratia, praestitoque auxilio ex imis mei cordis penetralibus persolvo gratias, humiliter te adorans, ut mea imposterum studia coeptaque ita prosperare velis, quo curram non ut in incertum, pugilemque agam, non ut aerem caedens. 15

FINIS.

DISPUTATIO VIGESIMA TERTIA

DE FACTO DEFUNCTI AB HAEREDE NON PRAESTANDO,

AD DIEM 11. NOVEMBR. ANNO MDCLXXXVII.

PRO LICENTIA

JOHAN. ADOLPH. MATTHESIUS, HALL. SAX.

I. N. J.

Defuncti voluntatem haeredi legem esse, propterea que sancta veneratione implendam ab eo, qui in illius jura succedit, extra omne dubium esse reor. Sicut enim provida defuncti sollicitudo sibi non saltem, sed et posteris, prospicere solet, in tantum, ut quamvis haeredum ne quidem facta mentio, attamen et pro his contraxisse censeatur defunctus *l.* 13. *c. de contr. stipul.* ita pariter, vel ipsa gratitudinis lege id exigente, successori incumbit necessitas, jussa defunctorum exequendi; cum turpe omnino ac iniquum foret, lucrum captasse ex illius patrimonio, cujus voluntatem de caetero

floccipendis. Quapropter cum ipsa naturalis ratio illos turpitudinis convincat, qui, cum commodum ex alicujus persona sentiunt, nullum subire cupiunt incommodum; merito haeredem similis manet nota, si Plautinum illud elogium mereri studeat: *illic homo tuam haereditatem inhiat, quasi esuriens lupus*; et inde haereditatis captationem tantum ad fertilissimos quaestus referat, caeteroqui securus, quid fieri mandaverit defunctus, quidve non fieri prohibuerit. Detestantur hanc ingratitudinem juris nostri sanctiones, dum omni lucro haereditario illum censuerunt privandum, qui voluntatem testatoris implere recusaverit *novell.* 1. *cap.* Quam ob causam regulae loco aliquoties jura nostra inculcarunt: haeredem praestare debere factum defuncti; ipsius haeredis factum reputaverint, cum haeres ipsam defuncti personam sustineat. Verum uti nulla obsequii necessitudo tanta est, quae non aliquando suffragante etiam justitia, sentiat deliquium; ita haeres quoque parendi illa necessitate non raro absolvitur, concessa facultate, contra ipsum defuncti factum veniendi, et contractus ab ipso celebratos impugnandi. Quibus vero hoc eveniat casibus, non indignum disquisitione thema censui, in quo disputationis inauguralis loco qualescumque ingenii vires periclitarer. Collegi ergo casus huc pertinentes praecipuos, si non quos debui, certe quos potui, non dubia spe fretus, benigni lectoris benevolentissimum affectum facile suppleturum, quicquid hic desiderari adhuc potest. Deum vero o. m. supplex invoco, ut facta nostra benigno Spiritus s. ductu ita regat, dirigatque, ne unquam in voluntate ipsius adimplenda segnes deprehendamur. Sit itaque

CAPUT I.

Generalia de obligatione haeredis ex facto defuncti exhibens.

SUMMARIA

Ingressus. n. 1.
Vocabuli haeredis derivatio. n. 2.
Acceptio vocabuli haeredis proponitur. n. 3. 4. *seq.*
Haeres et successor an differant? n. 6.
Quinam proprie dicatur haeres? n. 7. *et* 13.
Maritus an recte dicatur uxoris haeres mobiliaris? num. 8.
Jus haereditarium quid involvat? n. 9.
Legatarius interdum appellatur haeres, et quomodo? n. 10. 11.
Variae distinctiones haeredum proponuntur. n. 12.
Haeres non succedit in jura personalia. n. 14.
Ratio. n. 15.
Limitationes l. 12. sol. matrim. *remissive proponuntur. n.* 16.
Haeredi competit restitutio in integrum ex persona minoris. n. 17.
An privilegium restitutionis sit personale, an reale? remissive. n. 19.
Haeres interdum melioris conditionis est quam defunctus. n. 21.
Haeres tenetur praestare factum defuncti. n. 22.
Tenetur ad aes alienum. n. 23.
Tenetur quoque exonerare conscientiam defuncti. num. 24.
Ratio praecedentium. n. 25.
Limitatio. n 26.

1 Acturo mihi in praesenti disputatione de facto defuncti ab haerede non praestando ante omnia juxta monitum Ulpiani in *l.* 1. *ff. de reb. cred.* in tituli hujus etymologiam, sive cujusvis vocabuli genuinam derivationem foret inquirendum, nisi haec peragendo, nimis vulgaria, et huc proprie non spectantia tractasse viderer. De vocabulo quidem haeres, unde illud ipsum derivetur, dd. non satis conveniunt. Alii 2
enim ab haerendo, alii ab aere, Isidor. *l.* 9. *etymol. c.* 5. alii a graeco Χηρας h. e. vidnatus, orbus, Menag. *amoenit. jur. civ. c.* 39. *p.* 326. alii ab Αιρεω capio, quod defuncti bona capiat, originem illud ipsum traxisse statuunt. Nos vero securius manemus in derivatione illa, quam nobis subministrat *l.* 1. *ff. de success. edict. et* §. *ult. j. de haered. qual. et differ.* ubi dicitur: pro haerede gerere, est pro domino gerere, ut hinc vocabulum haeres idem sit ac herus; veteres enim dicitur in *alleg.* §. *ult.*, haeredes pro dominis appellabant, et Plautum *Menaech. act.* 3. *sc.* 2. *n.* 2. in eadem significatione vocabulo isto utentem, allegat Briss. *de verb. sign. l.* 8. *sub voce haeres.*

Facto denotant generaliter omnia, quae quocumque 3
modo expediuntur, aut fiunt, Rebuff. *ad l.* 208. *ff. de v. s.* postquam scil. haec ad effectum deducta; factum enim regulariter non dicitur, ubi adhuc aliquid superest agendum *l.* 11. *c. de his quib. ut indign.* In *l. aut facta* 16. *ff. de poen.* per facta intelliguntur furta ac caedes, et hinc etiam factores a Jcto *in l. solent.* 7. *ff. de custod. et exhib. reor.* vocantur illi, qui delictum aliquod commiserunt. Hoc loco per facta de- 4
functi intelligo omnes omnino defuncti dispositiones, contractus, actusque celebratos tam inter vivos, quam per ultimam voluntatem.

Quantum jam ad ipsam vocabuli haeredis acceptio- 5
nem, longe lateque illud patere ex *l.* 65. *ff. de v. s.* satis constat et haeredis appellatione omnes successores venire, licet verbis non sint expressi, dicitur in *l.* 107. *ff. de v. s.* Et quamvis saepe saepius vocabu- 6
lum haeredis cum successore confundatur, ac unum pro altero promiscue capiatur, aliqualem tamen adhuc subesse differentiam omnino putarem; scil. bene posse dici omnem haeredem esse successorem; sed non vice versa. Dantur enim et successores singulares, quibus definitio haeredis, utpote universalis, uti paulo

post dicetur, applicari non poterit; dantur et successores in officio, in dignitate, v. g. succedentes jure electitio, qui nimis improprie haeredes forent dicendi. Conf. *l.* 1. §. 7. *ff. ad sct. Trebellian. l. sciendum* 70. *ff. de v. s.* Socin. *cons.* 266. *n.* 36. *vol.* 2. Vultej. *vol.* 4. *cons.* 47. *n.* 18.

7 Haeres autem proprie dicitur ille, qui in omne jus defuncti succedit, *l. venditor.* 21. *ff. de haered. l. act. vend. l.* 20. *ff. de petit. haered.* Dn. Brunnem. *ad l. nominem.* 37. *ff. de a. p.* Rimmald. *cons.* 244. *n.* 18. Giesebert. Justin. Harm. *l.* 11. *tit.* 14. *pr. n.* 17. Petr. de Morga *tr. de benefic. eccles. qu.* 3. *sect.* 3. *n.* 222. Brisson. *de v. s. sub voc. Haeres.* et hinc quoque in

8 aes alienum. *l.* 6. §. *illud ff. de his qui not. infam.* Ex quo statim patet; maritum minus proprie dici haeredem uxoris mobiliarem, cum non in omnia ejus bona, sed mobilia saltem ex statuto succedat. Carpz.

9 *p.* 3. *c.* 20. *def.* 43. Involvit vero omne illud jus, quod ad haeredem devolvitur, dominium rerum defuncti. Dn. Brunnem. *ad l.* 37. *ff. de acquir. haered.* possessio tamen non transit in haeredem *l.* 23. *ff. de a. p.* nisi forte statuto aliud sit dispositum. Zoes. *ad tit ff. de acquir. haered. n.* 11. Wissenb. *ibid. th.* 7. quale statutum in Gallia obtinere tradit Tiraquellus, qui integrum de hoc edidit tractatum, *le mort saisit le vif.*

10 Et ita propria vocabuli haeredis est acceptio; interdum tamen etiam improprie sumitur, sic enim legatarius, utut successor saltem singularis sit, haeres appellatur in *l.* 14. §. *ult. ff. de usurp. l.* 19. *ff. de v. s.*

11 quamvis notanter ibi dicatur: *quodammodo haeres est*, h. e. speciem saltem et certo casu jus tantum haeredis habet, non vero revera haeres est, quippe cum non omne jus defuncti in ipsum devolvatur.

12 Uti vero successio non est unius ejusdemque generis, ita quoque haeredes ratione illius diversi sunt a se invicem. Alii enim sunt ex testamento, alii ab intestato, dn. Praes. *tr. de succ. ab intest. diss.* 1. *c.* §. 14. Illi sunt vel instituti, qui primi; vel substituti, qui secundi vocantur haeredes *l.* 25. *ff. qui test. fac. poss. l.* 8. *ff. de lib. et posth. l.* 56 *ff. de fideicomm. libert.* Alii deinde sunt vel directo instituti, alii fideicommissarii, ad illos spectat fiduciarius, qui detracta sua Trebellianica haereditatem alteri restituere tenetur. Alii sunt ex asse, alii ex parte, si scil. plures adsint cohaeredes, *l.* 10 *ff. de haered. petit.* Alii sunt necessarii, qui bodie sublata servitute cessant, alii sui et necessarii, alii plane extranei. *Tit. inst. de haered. qual. et differ.* Quae tamen omnes distinctiones vulgares et passim a dd. prolixe satis propositae, hinc in illis ulterius explicandis amplius nos non detinebimus, sed ut ad propositum nostrum paulo propius accedamus, quid et quale jus ipsis haeredibus competat, disquiremus.

13 Dicitur vero haeres eadem persona cum defuncto, §. 5. *j. de obl. quae quas. ex contr.* Roland. a Valle. *vol.* 4. *consil.* 30. *n.* 29. *et consil.* 143. *n.* 33. Mantic. *de tacit. et ambig. conv. l.* 2. *tit.* 5. *n.* 10. Hartm. Pistor. *l.* 2. *q.* 26. *n.* 12. Dn. Brunnem. *ad l.* 34. *ff. de a. r. d.* Bes. *cons.* 6. *n.* 175. in tantum, ut non debeat melioris conditionis esse, quam ipse defunctus. Hartm. Pistor. *d. l. q.* 9. *n.* 3. Bened. Pinelli *variar. resol. lib.* 2. *c.* 8. *in fin.* in omnia jura defuncti succedit, *l.* 37.

14 *ff. de acquir. haered.* Ferdinand. Arias de Mesa *variar. resol. lib.* 2. *c.* 27. *n.* 18. nisi forte illa sint personalia, uti privilegia, vel alia jura singularia *l. in* 15 *omnibus* 68. *ff. de r. j. l. privil.* 196. *ff. de eod.* Haec enim cum a persona non sint separabilia seu cessibilia, nec in haeredem erunt transmissibilia, *l.* 42. *ff. de adm. tut.* Ripa *in cap. saepe. n.* 25. *X. de restit. spol.* Menoch. *consil.* 416. *n.* 21. *vol.* 5. Barbos. *lib.* 3. *axiom. c.* 16. *axiom* 2. Mesa *d. l. ibique aut.* Tiraqu. *de retr. consang.* §. 26 *glos.* 1. *n.* 48. Berlich. *p.* 2. *dec.* 165. *n.* 12. Dn. Brunnemann. *ad l.* 42. *ff. de adm. et per tut.* quale est beneficium competentiae, 16 de quo casus habetur *in l. maritum.* 12. *ff. solut. matrim.* Mantz. *tr. de asyl. debitor. decad.* 3. *qu.* 1. *n.* 45. *seqq.* Limitationes tamen illius *legis* 12. vid. prolixe apud dn. Brunnem. *ad d. l.* 12. 17

Repraesentat quoque haeres personam defuncti per omnia, in tantum, ut si quis minori haeres existat, etiam huic competat beneficium restitutionis, per express. *l. non solum.* 6. *ff. de in integr. restit.* Bartol. et dd. *ad d. l.* 6. *c.* 15. *n.* 1. non quidem ex 18 sua sed minoris persona, cujus privilegiis et beneficiis tamquam successor etiam utitur. Videtur quidem obstare, quod hoc privilegium restitutionis in integrum sit personale, et sic ad haeredes non possit transire, argumen o *l.* 13. *ff. solut. matr.* Verum quale hoc ipsum privilegium sit, a dd. in utramque partem disputatur, 19 Alii enim id personale, alii mere reale esse statuunt, et quidem quod magis restitutionis causa quam personae qualitas attendatur, quos omnes allegatos vid. apud Sford. Odd. *de restit. in integr. p.* 1. *qu.* 50. 20 *art* 1. Ubi et accurate satis dissentientium opiniones conciliantur. Hoc certum, beneficium restitutionis in integrum transire in haeredes ex persona minoris, et eo ipso succurri haeredibus, non quod ipsi, sed quod antecessores eorum fuerint laesi, et sic beneficium illud, quod antea antecessoribus competens, erat personale, ex postfacto fit reale, cum quaesita sit spes et actio haeredibus recuperandi illud, quod per laesionem amissum. Actio autem dicitur esse in patrimonio illius, cui actio quaesita *l.* 52. *ff. de acquir. rer dom. l.* 49. *in fin. ff. de v. s.* et per consequens etiam in haereditate, et sic una in haereditate, ad haeredem devolvitur, fitque hoc ratione hoc privilegium ad haeredes transitorium.

Uti autem nihil tam generale est, quod non suas pa- 21 tiatur exceptiones, ita et ea, quae de haerede supra diximus, quod scilicet non sit melioris conditionis, quam ipse defunctus, non ita universaliter procedunt. Dantur enim casus, ubi haeres melioris conditionis dicitur, et ubi haeredi plus permittitur, quam ipsi defuncto, *l. fin. c. de evict.* Goed. 1. *cons. Marpurg.* 27 *n.* 125. Barbos. *lib.* 8. *c.* 5. *ax.* 6. qualis est *in l. si per imprudentiam* 51. §. 3. *ff. de evict.* Ubi expresse asseritur, *pleniorem quibusdam casibus haeredi competere obligationem, quam defuncto*, et in *l. reperitur* 4. *ff. ad l. Falcid.* dicitur, *reperitur casus, quo haeres agere potest, quamvis testator agere non potuisset*, item *in l.* 7. *ff. de reb. aut jud. poss. haereditarium aes alienum intelligitur etiam id de quo cum defuncto agi non potuit, veluti quod is, cum moreretur, daturum se promisisset*, Barbos. *lib.* 17. *c.* 61. *ax.* 12. Colleg. Argentor. *de tutel. et ration. distr. th.* 8. *in fin.*

Qualitate itaque haeredis satis, ut puto, exposita, quod 22 scilicet reputetur una persona cum defuncto: *per alleg. supr.* Fluit exinde etiam demonstrationis illa jurique

a regula: quod scilicet haeres teneatur prae
defuncti. *l. cum a Metre* 14. *c. de r. v. l.*
qui 2. *c. de liber. caus. l. filium.* 31. *ff. eod. l. ex*
persona 149. *ff. de r. j. l. ab eo.* 7. *c. de neg. gest.*
patri suo. 24. *c. de donation l. successores.* 10.
c. de solution. l. si uxor. 7. *c. de bon. aut. jud. possid.*
Cravett. *consil.* 984. *n.* 15. Mod. Pistor. *quaest. illustr.*
qu. 140. *n.* 2. Berlich. *p.* 2. *concl.* 56. *n.* 4. Dunozett.
Dec. 6. *n.* 1. Augel. Cels. *dec.* 101. *n.* 2 et *decis.* 183.
n. 8. Roland. a Valle *vol.* 4. *cons.* 30. *n.* 29. Vultej.
cons. 15. *n.* 13. *p.* 137. *et cons.* 38. *n.* 35. *p.* 939. Mev.
cons. 1. *n.* 50. *et. cons.* 67. *n.* 117. Mangil. *de im-*
putat. q. 32. *n.* 5. Ferdin. Arias de Mesa. *variar. re-*
solut. lib. 1. *c.* 19. *n.* 14. Marquard. *de jur. mercat.*
lib. 1. *cap.* 6. *n.* 14. Andr. Alciat. *respons. l.* 3. *c.* 1.
n. 28. *et lib.* 9. *c.* 17. *n.* 22. Pruckman. *consil. vol.* 2.
cons. 5. *n.* 234. Peregrin. *de fidecommiss. artic.* 33. *n.*
23 10. eique nullo modo contravenire possit, ac per conse-
quens quoque teneatur ad exolutionem aeris alieni. *l.*
cum haeres 11. *ff. de divers. temp. praescript. nov.* 48.

Imo etiam defuncti conscientiam exonerare debeat, *ll.* 14
in cap. vigilanti X. de praescript. Anton. Faber. *in co-*
dic. lib. 7. *tit.* 4. *def.* 1. *n.* 14. Carpzov. *p.* 3. *c.* 15.
def. 17. Joh. Valer. *different. utriusque for. tub voce*
heres. diff. 6. *p.* 336. Zoes. *ad jus can. lib.* 3. *tit.* 28.
n. 11. Alciat. *respons. l.* 5. *c.* 50. *n.* 8. *et lib.* 6. *c.* 29. *n.* 6.
et. cap. 30 *n.* 32. Quorum omnium ratio in illa per- 25
sonae unitate consistit, quia, uti nemo potest impugna-
re factum proprium *l. post mortem.* 25. *ff. de adopt. l.*
11. *ff. de s. r. p.* Menoch. *cons.* 89. *n.* 47. Barbos.
lib. 6. *c.* 3. *ax.* 24. ita quoque nec haeres factum de-
functi, quia hoc in effectu juris factum, haeredis pro-
prium censetur. *arg. l. veteris* 13. *c. de contr. stipul.*

Sed nec hoc generaliter verum; nam sicut interdum
haeres melioris est conditionis, quam defunctus, ita et
interdum facto ejus pro lubitu contravenire, idque re-
vocare potest. Hoc autem quomodo et quando procedat,
in sequentibus exponemus, precipuoque casus, quantum
possibile, a generali supra dicta regula recedentes, or-
dine summo proposituri.

CAPUT II.

De facto defuncti ab haerede non praestando in actibus inter vivos.

SUMMARIA

Ingressus. n. 1.
Tutoris haeres ad rationes reddendas obligatur. n. 2.
Limitatur. n. 3. 4. *seqq.*
Haeres tutoris non tenetur ad culpam levem. n. 6.
Excipiuntur tres casus. n. 7.
Cujacii contraria opinio n. 8.
Carpzovii ad illam responsio n. 9.
An haeres tutoris, qui alienae se immiscuit tutelae, pupillo exinde teneatur, an vero ipse tutor? n. 11. *seqq.*
Haeres tutoris inchoata ab illo perficere tenetur. n. 14.
Exemplum. n. 15.
Limitatur. n. 16.
Contra factum patris potest peti restitutio. n. 17.
Princeps tenetur praestare factum antecessoris. n. 18.
Distinctio dd. circa hoc axioma n. 19. 20. 21. *seqq.*
Princeps ad nullum factum antecessoris obligatur, si id noceat reipub. n. 24.
Ratio. n. 25. 26.
Dubium obstans proponitur. n. 27.
Ubi duo concurrunt i. n. praecepta standum est fortiori. n. 28.
Tutor res pupilli periculo subjectas alienare potest, utut pater prohibuerit. n. 29.
Haeres filius a patre celebratos contractus revocare non potest. n. 31.
Limitatur. n. 32.
Filius a patre alienata titulo oneroso ex capite diminutae legitimae revocare non potest. n. 33.
Limitatur. n. 34.
Laesio ex tempore alienationis non mortis judicanda. n. 35.
Donatio inter vivos revocari non potest. n. 38.
Limit. n. 39.
An beneficio l. si unquam. 8. c. de revoc. donat. possit renunciari? n. 40.
Nec jurata patris renunciatio legitimae filii praejudicat n. 42. *et seqq.*
Haeres non servando juramentum defuncti, non potest dici perjurus n. 45.
An testator valide possit renunciare l. fin c. de revoc. don.? n. 46.
An haeres donantis ob ingratitudinem donatarii revocare possit donationem? n. 48. 49. 50.
Filia res ad geradam pertinentes a patre alienatas post mortem matris revocare potest. n. 52. *et* 53.
Contrarium obstans retolvitur. n. 54. 55. *et* 56.
Haeres potest venire contra factum defuncti, ubi alienatio per se nulla est. n. 57. 58.
Donatio summam a ll. praescriptam excedens potest revocari. n. 59.
Etiam lusu a patre perdita ad legitimam usque filius revocare potest. n. 60. 61.
Contraria opinio Beroi proponitur. n. 62.
Haeres ad dotandam filiam potest compelli. n. 63
Limitatur. n. 64.
Si pater dotem promittat, filia et filio haeredibus institutis, sola filia ad illam tenetur. n. 65. *seqq.*
Limitatur. n. 68.
Pater de dote certis terminis solvenda potest pacisci, non de restituenda. n. 70. 71.
Limitatur et sublimitatur. n. 72. 73.
Contraria opinio Barbosae addacitur, n. 74.
Ad illam respondetur. n. 75.
Quem de evictione tenet actio, illum multo magis repellit exceptio. n. 77.
Quando haeres ad rem apud testatorem depositam restituendam non teneatur? n. 79. 80 *et seqq.*
Fidejussoris haeredes tenentur ex facto defuncti, nisi consuetudine aliud inductum. n. 83. 84.
Haeres ad exsolutionem aeris alieni non tenetur ultra Vires haereditatis n. 85.
Limitatur. n. 86.
Haeres fidejussoris non tenetur, si in locum illius alius substituatur. n. 87.

Limit. n. 89.

Si fidejussor vivus adhuc de solutione fuerit interpellatus, executio vero nondum facta, an non obstante pacto, quod alius in ejus locum debeat substitui, haeres nihilominus teneatur? n. 90. 91. *et seqq.*

In obligatione facti post moram succedit interesse. n. 93.

Haeres fidejussoris non tenetur, si dictio taxativa in instrumento obligationis fuerit posita. n. 94.

Dissentientium opinio adducitur. n. 95.

Haeres fidejussoris non tenetur si defunctus fidem suam interposuerit, tantum quoad vivit. n. 96.

Nec ipsius haeredes tenentur, si negent se patris haeredes esse factos. n. 97.

Quomodo probetur aliquem esse haeredem? remissive. n. 98.

Vassallus pro domino feudi neque fidejubere neque aes alienum solvere cogitur, n. 99.

Haeres fidejussoris non tenetur, si defunctus se ad obstagia obligaverit. n. 100.

Ubi personae habetur ratio, contractus non transit ad hueredes. n. 103.

Limitatur prius. n. 104.

Mira decisio l. fin. cap. de evict. *proponitur. n.* 105.

Jus protimiseos competit liberis jure civili. n. 109.

Quare hodie illud abrogatum? n. 110.

Jure saxon. liberis competit jus protimiseos in bonis avitis. n. 111.

Obstans dubium resolvitur. n. 112.

Limitatio subjicitur n. 114.

Quando haeres locatoris non teneatur? n. 117. 118.

Ad quam culpam ille obligetur? n. 119.

Haeres non tenetur ex delicto defuncti in foro civili. n. 120. *et* 127.

Aliud in foro animae obtinet. n. 121.

Haeres non privari potest emphyteusi ob non solutum a defuncto canonem. n. 122.

Quando haeres socii non obligetur? n. 123. *seq.*

Quando haeres mandatarii non teneatur? n. 125. 126.

Si in delictis publicis agitur criminaliter, non sola sufficit litis contestatio, sed sententia quoque condemnatoria. n. 129.

Juramentum contra haeredem contumacis non admittitur. n. 130.

An pater ad dotandam filiam a filio stupratam teneatur? n. 132.

1 Stat itaque immotum juris nostri axioma: eodem nexu teneri haeredem, quo tenetur defunctus ipse, quippe cum non novam, sed defuncti personam repraesentet haeres: attamen quandoque jura benignius cum haerede agunt, nec iisdem vinculis ipsum constringunt, quibus obstrictum habebant defunctum. Operae pretium itaque erit, quibus casibus a defuncti facto absolvatur haeres, hic ordine eo, qui imperatori Justiniano probatus, exposuisse. Quare ut a tutelis ordiamur, haeres tutoris regulariter ad rationes reddendas tenetur. *l. fin.* §. *fin. c. de haered. tut.*. Escobar. *de ratiocin. c.* 3. *in fin.* et quos adducit Joh
3 Heeser. *de rat. redd. loc. i. n.* 22. Nisi forte tutor vivus adhuc saepe ad rationes reddendas se obtulerit, eumque, cui reddendae illae erant, admonuerit, is tamen admonitus recipere illas noluerit, et ita in mora fuerit, sic enim omnino haeres rationes reddere postea non obligatur, mora enim cuique sua non alteri debet nocere. *l.* 173. §. 2. *ff. de r. j. l. mora* 32. §. 3. *ff. de usur. cap. mora. de r. j. in* 6. Carpz. *p.* 2. *c.* 19. *def.* 2. *n.* 6. et *p.* 2. *c.* 34. *def.* 9. *n.* 6. Barbos. *lib.* 2. *c.* 48. *axiom.* 2. et rationes jam hoc 4
casu pro redditis habentur, quia per adultum stetit, quo minus tutor vivus adhuc illas reddere potuerit, quin potius defraudandi haeredis gratia moram commisisse, ac mortem tutoris expectasse videtur, ut scil. haeredem ejus, qui forte in probabili ignorantia versabatur, ac non sufficientem actuum in administratione gestorum notitiam habebat, eo facilius illaqueare possit. Menoch. *lib.* 2. *praesumpt.* 91. *n.* 7. et *consil.* 988. *n.* 7. Escobar. *de ratiocin. cap.* 6. *in fin.* Mev. *p.* 4. *dec.* 110. Richter. *dec.* 13. *n.* 24. Do. Brunnemann. *ad l.* 3. *ff. de neg. gest. n.* 9. accedit, quod 5
adultus sit in dolo manifesto, ac per hunc conditionem suam cupiat meliorem facere, *l.* 3. *ff. de arbitr.* Aug. Beroi *consil.* 196, *n.* 5. *vol.* 1. Roland. a Valle *cons.* 4. *n.* 19. *vol.* 2. Riminald. *consil.* 243. *n.* 22. Pantschmann. 2. *qu.* 21. *n.* 149.

Pariter nec obligatur haeres tutoris praestare culpam levem defuncti, quamvis enim ex dolo, et quae 6
dolo aequiparatur, lata culpa, obligetur *l. quod Nerva* 32. *ff. depos. l. fin. ff. de fidejuss. nomin. et haered. tut. et curat.* Do. Brunn. *ad l.* 4. *ff. d. t.* Aliter tamen se res habet in levi culpa, utpote de qua haeres tutoris respondere non tenetur Guttierez. *de tutel. p.* 2. *c.* 16. *n.* 9. quamvis adhuc in *l.* 1. *de haered. tut.* excipiantur tres casus (1.) Si in casu culpae levis a 7
defuncto admissae lis contestata. (2.) Si lucrum captatum, (3.) Si quid gratiae datum; quae ultima verba explicantur in *l.* 8. §. *fin. ff. mand.* ut contineant latam culpam, si sc. mandatum alicui sit, ut hominem emat, is vero gratia ducatus, passus sit alium istum hominem emere, sic enim ex mandato hoc casu tenetur, et quidem lata culpa dicitur commissa, vid. Bachov. ad Treutl. *vol.* 2. *disp.* 9. *th.* 5. *lit. d. et e.* Brunnemann. *ad l.* 1. *c. de haered. tut.* Cujacius equi- 8
dem, aliique cum eo, absurdum esse statuunt, haeredem tutoris non teneri praestare culpam levem defuncti, cum tamen in illum detur actio tutelae, in quam etiam culpa levis venit, et regulariter ex persona haeredum non mutetur obligatio. *l.* 2. §. 2. *ff. de v. o.* Verum scire debuissent, elegenter dicit Carpz. *p.* 2. *c.* 11. *def.* 35. haud absurdum esse, ut actio in 9
haeredes transitoria non semper eodem modo et qualitate contra haeredes detur, ac novum non esse aliter defunctum, aliter haeredem obligari Bachov. *d. disp.* 9. *th.* 5. *lit. d. et e.* Montan. *de tutel. c.* 39. *n.* 50. Do. Brunnem. *ad l.* 1. *c. de haered. tut.* Constat 10
enim, magistratum de omni periculo, haeredes vero ejus ex lata tantum culpa teneri, *l.* 2. *c. de magistr. conven. l.* 4. *ff. h. t.* Montan. *c.* 32. *reg.* 7. *n.* 33. *et* 45. et sic omnino exceptio regulae in supra alleg. *l.* 2. *ff. de v. o.* propositae hic habetur.

Quid si vero pater meus cujusdam pupilli fuerit 11
tutor, meque filio haerede relicto decesserit, ac testamento tutorem mihi, utpote pupillo adhuc, constituerit, ille tutor autem mihi datus in tutelam quoque, quam pater meus gesserat, se immiscuerit; an ego tamquam haeres patris mei tenear; an vero ipse tutor meus, qui negotia gessit, exinde pupillo obli-

12 getur? Primum quidem affirmandum videtur, me tamquam haeredem pupillo ex tutela a patre gesta obligari, cum haeres regulariter de facto defuncti respondere teneatur, *per alleg. superius.* Verum clare haec quaestio deciditur in *l.* 31. §. 5. *ff. de neg. gest.*

13 Scil. non me, ceu haeredem, tutelae, sed tutorem mihi datum, qui alienae se immiscuerat tutelae, negotiorum gestorum actione conveniri posse, et quidem ex ratione, quia haec gesta sunt post mortem tutoris, ex his vero haeres non tenetur dn. Brunnem. *ad d. l.* 31. *de neg. gest.*

14 Quae vero a tutore vivo adhuc inchoata sunt, ea omnino haeres, si mas sit et perfectae aetatis, ut impleat, compelli potest. Dn. Brunnem. *ad l.* 1. *ff. de*

15 *fidei nom.* Exemplum est in tutore, nomine pupilli interposita appellatione decedente, uti haeres ejus omnino appellationem prosequi tenetur, nondum scil. redditis rationibus Gottierez. *de tutel. p.* 2. *c.* 19. *n.*

16 11. Quod secus si rationes jam reddiderit, post has enim nec tutor ipse, nec curator appellationis merita probare cogitur, uti expresse dicitur *in l. tutor.* 27. *ff. de appellat.* Dn. Brunnem. *ad l. un. ff. si pend.*

17 *appell. mors interv.* per consequens ergo nec haeres ejus, cum non debeat deterioris conditionis esse, quam ipse defunctus. Nec pater etiam, si tutor fuerit filii pupilli, et hic ex contractu laesus sit, a resarciendo damno immunis est. Quamvis hoc casu non quidem contra ipsum patrem *l.* 2. *c. qui et advers. quos.* sed contra factum patris, qua tutoris, restitutionem petere possit *l.* 29. *pr. ff. de minor.* 25. *ann.* Dn. Brunn. *ad d. l.* 29. Nec obstat, quod pater optimum pro filio consilium capere praesumatur; haec enim praesumptio non excludit probationem laesionis, vel fraudem tertii.

18 Princeps et tutor, uti in hoc tertio inter se conveniunt, ut, quemadmodum hic utilitatem pupilli omni modo quaerere tenetur, ita et ille omni cura ac studio commodo ac incremento reip. suae invigilare debeat, ita pariter quoque ipsorum haeredes antecessorum suorum facta praestare tenebuntur Roman. *consil.* 140. *in fin.* Mantic. *consil.* 71. *n.* 14. *vol.* 2. Decian. *consil.* 31. *n.* 157. *vol.* 1. *et cons.* 56. *n.* 20. *vol.* 2. Roland a Valle *cons.* 2. *n.* 40. *vol.* 1. Menoch.

19 *cons.* 89. *n.* 5. *vol.* 1. Communiter quidem a dd. solet distingui, an princeps succedat jure haereditario, an electitio, vel alio modo, ita, ut ille praecipue teneatur ad facta antecessoris, ex regula *l. cum a matre.* 14. *c. de r. v.* Ruin. *cons.* 25. *n.* 11. *vol.* 2. Afflict. *decis. neapol.* 285. *n.* 11. Tiraquell. *de retr.*

20 *consangu.* §. 1. *gl.* 9. *n.* 48. Hic vero non semper ita: si enim antecessor promissiones vel conventiones in fraudem regalium inierit, contra has successorem venire optimo jure posse, aliqui statuunt, regalia enim non esse in marsupio principis, dicunt, sed esse viscera imperii et vires majestatis; has vero pro lubitu debilitare, et viscera imperii eviscerare principis arbitrio non esse relictum, sed homicidam potius dignitatis suae tali casu illum fore appellandum, Roland. a Valle *vol.* 2. *cons.* 1. *n.* 133. Bald. *in cap. intellecto.* 33. *X. de jurejur.* M. Anton. Peregrin. *de jur. fisc. tit. habent. jur. fisc. an poss. aliqu. ag. n.*

21 71. Vultej. *consil.* 16. *n.* 227. *vol.* 4. Addentes ulterius rationem, quod scil. par in parem non habeat imperium, et ita princeps successorem aeque principem gravare nequeat, *l. nam magistratus.* 4. *de recept. qui arbitr. recep.* Klock. *vol.* 1. *cons.* 13. *n.* 13. *et* 57. *cons.* 29. *n.* 214. Menoch. *de arbitr. jud. qu.* 2. *cas.* 438. *n.* 9. *et consil.* 147. *n.* 35. *et cons.* 250. *n.* 41. Surd. *consil.* 47. *n.* 11. *et cons.* 106. *n.* 22. Scacc. *de appellat. qu.* 2. *n.* 10. Dn. Brunnem. *ad l.* 4. *ff. de arbitr.* Mangil. *de imput. qu.* 81. *n.* 3. et princeps antecessor successorem suum neque lege legis, Castrens. *ad l. digna. vox.* 4. *c. de ll. n.* 4. neque lege contractus adstringere possit, Rol. a Valle *consil.* 1. *n.* 38. *et* 39. *vol.* 2. Bald. *in l.* 1. *ff. de const. princ.* Imo regulam *legis supra alleg.* 14. *c. de r. v.* silere penitus in successore principatus seu dignitatis, et locum sibi tantum vindicare in haerede, non propterea, quod antecessor ejus imperium aliquod in hunc habeat, sed quod imperio legis subjectus sit, quae non vult successorem melioris esse conditionis, quam auctor ejus fuit, *haeredem.* 59. *ff. de r. j.* Vultej. *consil.* 16. *n.* 231. *vol.* 4. 22 23

Quam prolixe vero haec ipsa a dd. proponantur, 24
inque diversas utrinque partes ventilentur, commodissime tamen salva meliori cujusvis opinione, pro decisione solemnis hujus quaestionis ad salutem ac incrementum reip. in quam succeditur, respiciendum putarem. Quid enim obstaret, quo minus princeps, 25
sive electitio sive haereditario jure succedat, facta antecessorum revocare ac impugnare possit, si tendant in praejudicium reip. Salus sane populi suprema lex esto. *l. quod semel.* 5. *ff. de decret. ab ordin. faciend.* Barbos. *l.* 17. *c.* 4. *axiom. un.* et haec non superior esse debet illa, quod princeps teneatur praestare factum defuncti, non attento, an nocest hoc reipubl. an. non. Imo cum princeps ll. utut non omnibus, ci- 26
vilibus tamen sit solutus *l. princ.* 31. *ff. de ll.* absolute quoque non potest cogi, ut servet contractum principis antecessoris, praesupposita hypothesi, illum sc. reip. non satis esse proficuum. Obligatio e- 27
nim illa, qua princeps ut haeres tenetur, mere privata est. Illa vero, qua ad promovendam salutem publicam constringitur, publica est; et sic priori praevalebit. Dn. Praes. *exam. jur. feud. c.* 12. *qu.* 37. vid. prolixius dn. Brunnem. *consil.* 1. Videtur equidem juris gentium principium, servare pacta, conventiones, promissiones, aliesve actus antecessoris sui; 28
non minus tamen et hoc ex jure gentium fluit, salutem reipubl. semper esse promovendam, et hinc cum duo hic concurrant diversa juris praecepta, utrumque autem non possit observari, ultimo tamquam fortiori, non attento priori omnino standam putarem. Dn. Praes. *in annotat. ad inst. tit. de j. n. g. et c.* Simile exemplum est *in l. minime.* 35. *ff. de relig. et sumpt. fun.* Et eodem fere modo tutor distrahere pot- 29
est res pupilli periculo subjectas, si scil. omissa alienatio in praesentissimum pupilli damnum vergere videatur, utut a patre defuncto expresse hoc fuerit prohibitum; minus enim propenso consilio id fecisse videtur. *l.* 5. §. 9. *ff. de adm. et peric. tut.* dn. Brunnem. *ad d. l.*

Qui liberam rerum suarum administrationem habet, libere quoque de illis disponere, ac quovis titulo tam lucrativo, quam oneroso illa alienare poterit, 30
nisi tendat in praejudicium alterius. Haeres igitur fi- 31
lius contractus a patre celebratos servare debet; nec alienata ab illo revocare potest, *l. veteris.* 13. *c. de*

contract. stipul. Jul. Clar. *l.* 4. *sent.* §. *don. qu.* 24. *n.* 5. Bart. *in l. haeredit.* 17. *ff. de bon. auct. jud. possid.* Andr. Rauchb *p. j. qu.* 43. *n.* 10. Petr. Heig. *p.* 1. *qu.*
32 25. *n.* 38. Nisi, uti antea dictum, praejudicium exinde filio contra ll. permissionem oriatur, et laesus forte sit in legitima, sic enim cum salva haec ipsi semper debeat esse. *l.* 32. *c. de inoff. test.* alienationem, utut non in totum, pro parte tamen annullare, et ad supplementum legitimae agere potest, *l. omnimodo.* 30. *c. de inoff. test.*

Doctores equidem hoc in casu non satis inter se
33 conveniunt; alii enim ex capite diminutae legitimae filium a patre titulo oneroso alienata revocare posse, absolute negant; Molinaeus *in consult. parisiens.* §. 8. *gl.* 3. *n.* 18. Covarr. *in c. Rainutius.* §. 20. *n.* 9. *X. de test.* Pinell. *de bon. matern. l.* 1. *p.* 3. *n.* 76. Matth. Cuno *de pact. l.* 1. *c.* 16. *n.* 54. et quidem ex ratione, quod legitima aestimanda si ex bonis testatoris tempore mortis relictis *l. cum quaeritur.* 6. *c. de inoff. test.* ibique dn. Brunnem. et quod quisque rerum suarum sit moderator et arbiter, *l. in re mand.* 21.
34 *c. mand.* Andr. Rauchb. *p.* 1. *qu.* 43. *n.* 17. Nihilominus si de fraude ipsius patris satis constet, quod scil. alienatio illa propterea facta, ut diminuatur liberorum legitima, alienata ab haerede revocari posse, non quidem penitus et in totum, sed pro modo legitimae portionis, extra dubium ponimus. *l. fin. ff. si quid in fraud patron.* Bartol. *in l.* 2. *n.* 1. *ff. si quis a patre manumiss.* Rauchb. *d. qu.* 43. *n.* 30. Heig. *p.* 1. *qu.* 25. *n.* 72. Carpzov. *p.* 2. *c.* 11. *def.*
35 36. Imo tempus mortis hoc casu respiciendum plane negamus, sed laesionem potius ex tempore alienationis, uti regulariter in omni contractu judicandum
36 existimamus. Heig. *d. l.* Quod et praeprimis in donatione inofficiosa uni liberorum facta procedit, ubi laesio pariter a tempore donationis attenditur d. Mar. Ginrha *dec.* 105. *n.* 4. Menoch. *arbitr. jud. qu. cas.* 149. *n.* 20. et sic receditur a regula alias satis generali in *l. cum quaeritur* 6. *c. de inoff. test.* proposita. Dn. Brunn. *ad d. l. n.* 10. Tiraqu. *in l. si unquam*
37 8. *c. de revoc. donat. n.* 35. Et liberis semper pro legitima tantum manere debet, quantum habituri fuissent tempore donationis factae. *nov.* 92. *pr. auth. unde etsi parens.* ibique dn. Brunn. *et alii* dd. *c. de inoff. test.* Heig. *p.* 11. *q.* 21. *n.* 73.

38 Quamvis autem per donationem inter vivos semel acceptatam in tantum jus quaeratur donatario, ut libere a donante illa revocari non possit, *l.* 3. *et fin. c. de revoc. donat.* Barbos. *lib.* 4. *c.* 49. *ax.* 5. ne quidem sub praetextu alicujus rescripti imperialis *l. si*
39 *donat.* 5. *c. de revoc. donat.* Certum tamen est, beneficio non tantum *l. si nunquam.* 8. *de revoc. donat.* donationem perfectam et consummatam a donatore iterum posse revocari, ob supervenientiam sc. liberorum, Finkelth. *obs.* 36. *n.* 31. Dn. Brunn. *ad l.* 8. *c. de revoc. donat.* sed etiam *in l. fin. c. eod.* causae sufficientes ad revocationem donationis proponuntur,
40 Riminald. *vol.* 2. *consil.* 134. *n.* 64. Verum an hisce beneficiis valide a donatore renunciari possit, jam videndum: et quidem quantum ad primam *l. sc.* 8. *c. de revoc. donat.* omnino dicendum puto, ejusmodi renunciationem quantum ad renunciantis personam esse validissimam, non vero quantum illa concernit favorem liberorum, huic enim pater pro lubitu ita renunciare non potest, quo minus post mortem ipsius liberi inofficiosam donationem arguere, et ita illam ad legitimam usque revocare possint, Gomez. *tom.* 2. *res. c.* 4. *n.* 11. Cuno *de pact. lib.* 1. *c.* 16. *num.* 116. *seq.* Brunn. *ad l.* 8. *c. de revoc. don.* Haec enim sicut non 41
potest quacumque dispositione ultima, ita nec actibus inter vivos auferri, Joh. Schneidew *in* §. *sciendum. n.* 9. *j. de donat.* Bocer. *de donat. c.* 3. *n.* 22. *in fin.* Ant. Fab. *in cod. l.* 8. *tit.* 36. *def.* 5. *n.* 13. Carpz. *p.* 2. *c.* 12. *def.* 33. Nec quicquam facit, quod jura- 42
mento renunciationem confirmaverit pater. *l. hac edict.* 6. *c. de secund. nupt.* Est enim tali casu juramentum 43
nullum, cum sit contra ll. *l. non dubium c. de ll.* ac bonos mores, cum liberorum favorem eo ipso tollere audeat pater. Dn. Brunn. *ad d. l.* 6. Bartol. *ibid. et in l. Titia.* §. *imp. n.* 5. *ff. de leg.* 11. propterea que actus gestus ne minimam quidem validitatem ex tali juramento capere, sed filius potius haeres, non obstante illo, legitimam petere poterit. Toties enim haeres non 44
tenetur approbare factum defuncti, quoties non habet a defuncto illud, quod defunctus ipsi relinquere tenebatur, Riminald. *cons.* 194. *n.* 69. Nec haeres non 45
servando tali casu juramentum a defuncto praestitum, potest dici perjurus, Farac. *qu.* 160. *n.* 117. Vinculum enim hoc, tamquam spirituale et personale, morte juramentis extinguitur, Benekendorff. *ad Seraph. de Seraphinis de privil. juram. privil.* 68. *n.* 3. Carpz. *p.* 2. *c.* 36. *def.* 7. *n.* 4. quamvis alias quoad bona jurantis subsistat. Besold. *p.* 4. *c.* 181. *n.* 33. Gail. *l.* 2. *obs.* 27. *n.* 3.

Quantum ad secundum, an sc. *l. fin. c. de revoc.* 46
donat. valide renunciari possit? Sane dicimus, non inanem modo, sed invalidam penitus esse cautelam donationi adjectam, ut sc. revocationi ob supervenientem ingratitudinem renunciet ipse donans. Est enim tale pactum, quod ad delinquendum invitat. Zoes. *ad ff. de donat. inter vivos et mort. caus. n.* 93. Molina *de j.* 47
et j. tr. 2. *disp.* 181. *n.* 20. Dn. Praeses. *in cautel. contr. sect.* 3. *c.* 9. §. 7. et sic non potest subsistere.

Sed quid si donatarius in donantem ingratitudinem 48
commiserit, numne hujus haeres donationem ob justam hanc causam revocare potest, anne vero factum defuncti praestare, et donationem semel contractam firmam servare tenetur? Resp. distinguendo: aut enim meram 49
vindictam continet haec ipsa revocatio, et sic haeredibus merito deneganda: pariter sicut actio injuriarum nec haeredibus nec contra haeredes datur. Riminald. *cons.* 22. *num.* 28. *seq.* sed uti in caeteris ex delicto actionibus morte delinquentis vel agentis exspirat, nisi sit praeparata. Aut ob non servatam conditionem re- 50
vocatio fieri debet, et omnino haeres intervenire poterit, quid enim impedit, quo minus contra donatarium ejusve haeredes agere possit, ut aut modum impleat aut rem donatam restituat, nulla autem hoc casu versatur poena, nec delictum in committendo. Dn. Brunn. *ad l. sancimus. fin. c. de revoc. don.*

Non autem ex supra propositis duabus causis tantum, 51
supervenientia sc. liberorum, et ingratitudine revocari potest semel facta donatio, sed plures insuper dantur casus, uti neutra harum causarum interveniente, nihilominus haeres defuncti factum impugnare, et donationem ab ipso factam irritam reddere poterit; sic haeres e. g. filia, si forte post mortem matris ex meta 52
aliquo reverentiali res ad geradam pertinentes non pe-

lierit, vel pater illas secundae uxori dono dederit, revocare illas non prohibetur, Hartm. Pistor. *obs. sign. obs.* 190. Berlich. *p.* 3. *concl.* 28. *n.* 87. De his enim dispouendi facultas patri non erat concessa, cum de
53 jure saxonico bona haec utensilia ad solas filias, et his deficientibus, proximam cognatam transferantur, hisque tamquam aes alienum debeantur *Carpz. p.* 3. *c.* 11.
54 *def.* 3. *n.* 8. Et quamvis contrarium videatur veritati magis consentaneum, ex eo, quod haeres pro portione, in qua successit, factum defuncti impugnare non possit, *l.* 24. *c. de donat. ibi: si haeres non extiti-*
55 *sti. l.* 7. *c. de liber. caus. l.* 149. *de r. j.* Notandum tamen tam de recepta juris saxon. consuetudine, quam etiam secundum novas constitutiones *const.* 14. *p.* 2. etiam in persona ipsius mulieris, cujus gerada est propria, non subsistere illius alienationem, nisi adhibita certa quadam ac solemni praescripta forma. Hartm.
56 Pistor. *obs.* 190. Multo minus ergo alienatio illa a patre facta, filiae tamquam haeredi praejudicare poterit, cum non observatis justis alienandi solemnitatibus alienatio sit contra legis prohibitionem, et sic ipso jure
57 nulla. Regulare autem est, quod in casu, quo alienatio a defuncto facta per se nulla est, etiam haeredi contra factum defuncti venire liceat, per text. *l. quemadmodum.* 7. *c. de agricol.* et censit Bald. *in l. cum a matre* 14. *c. de r. v.* Alex. Sperelli *dec.* 170. *n.* 20. *ibique dd.* Excell. dn. Herold. *tract. de jur. ratificat. p.* 45. *n.* 43.
58 Accedit, quod ipse defunctus ob nullitatem actus gesti rem donatam revocare, et sic factum proprium impugnare potuerit, et sic multo magis haeres, cujus summum hic versatur praejudicium, illud facere poterit, Bald. *consil.* 161. *vol.* 5. Afflict. *dec.* 240. *n.* 8. Arius Pinell. *de bon. matern. lib.* 1. *p.* 3. *n.* 32. Cravetta *consil* 200. *n.* 5. *seqq.* Rolande a Valle *consil.* 1. *n.* 88. *vol.* 2. Menoch. *cons.* 1. *n.* 104. *et cons.* 89. *n.* 12.
59 Constant. Capriol. *de success. ab intest. in protheor. n.* 43. *seqq.* Ex paritate rationis eadem obtinebit decisio, si pater vel alius defunctus testator ultra summam a legibus praescriptam actum liberalitatis exercuerit sine insinuatione, quod enim illam excedit, libere ab haeredibus revocari poterit, ex antea data ratione, quod actus quoad excessum sit ipso jure nullus.

60 Quae de revocatione donationis inofficiosae hactenus dicta, applicari quoque possunt ad illum casum, si pater lusu perdiderit maximam partem bonorum; commune enim dd. est assertum, a donatione ad lusum in tantum valere argumentum, ut quantum pater liberis donando possit praejudicare, tantum etiam ludendo, et per consequens, sicuti ipsis donando legitimam imminuere nequit, ita nec ludendo dn. Brunnem. *ad l.* 1.
61 *et* 2. *ff. de aleator. n.* 8. Covarr. *in cap. Raynutius.* §. 10. *n.* 19. *de test.* Sed haeres etiam post mortem patris ludo perdita usque ad legitimam portionem impune revocare poterit, Farinac. *prax. crim. p.* 3. *qu.* 109. *n.* 187. Menoch. *remed. recuper. poss. remed.* 9. *n.* 172. Carpz. *pr. crim. p.* 3. *q.* 134. Tiraquell. *de ll. connub. glos.* 5. *n.* 87. Statuit equidem Aug. Berous.
62 *consil.* 47. *n.* 4. *vol.* 2. Haeredem non posse revocare neque poenitere ad praejudicium illius, cui ex facto defuncti jus esset quaesitum, etiamsi defunctus ipse potuisset revocare et poenitere. Sed nimis dura mihi videtur haec ipsa opinio. Quid enim generalius *l.* 2. *ff. de v. o.* proposita, ex persona vid redum non mutari obligat[illegible]que e

in defuncto, in haerede adest obligatio, quid obstaret, quo minus et hic poenitere possit, illo in casu, ubi defunctus poterat. Imo cum pro una persona habeantur, per alleg. super sequale quoque utrique jus competet.

Dotare filiam paternum esse officium ex *l. si pater* 63
ult. c. de dot. promiss. satis constat; Michalor. *de fratribus p.* 3. *c.* 5. *n.* 13. Dn. Brunn. *ad d. l. fin.* Molina *de j. et j. d.* 424. *n.* 2. Mascard. *de probation. concl.* 1155. Menoch. *lib.* 3. *praesumpt.* 15. *n.* 5. ac haeres quoque ad id poterit compelli Mantic. *de tacit. convention. lib.* 12. *tit.* 18. *n.* 1. Excellentis. dn. Herold. *tr. de jure ratific. p.* 19. *n.* 16. *et p.* 106. (7.)
Propteres, quia tenetur ad factem defuncti. Sed formemus casum, adesse statutum, vi cujus omnes filiae a 64
successione penitus excluduntur, quamdiu adhuc adsunt masculi, masculum vero haeredem velle renunciare statuto, et admittere filiam ad successionem, prout alias illa a jure civili vocaretur. Sic enim haeres ille masculus ad dotandam filiam non obligaretur *l. si quis in conscribendo* 29. *c. de pact.* Bald. *in l. maximum vitium n.* 12. *ff. de lib. praeterit.* Mantica *d. l. n* 19. Renunciaret enim hoc casu favori pro se introducto, quod cuivis permissum, *l. pen. de pact.* Bartol. *in l.* 1. *c. de pact.* Anton. Gomez. *tom.* 2. *c.* 13. *n.* 27. Menoch. *consil.* 89. *n.* 97. Surdus *consil.* 198. *n.* 2. Mantic. *lib.* 12. *tit.* 18. *n.* 26. Rot. *decis.* 265. *n.* 3. Oc- 65
casione dotis, de qua sermo jam nobis est, haud inepte movetur quaestio: si pater pro filia dotem promiserit, et antequam exsolverit, filia et filio haeredibus institutis decesserit, an onus solvendi dotem promissam ad filiam, an ad filium, an vero ad utrumque pertineat? Hoc ultimum quidem asserendum videtur, quia uter- 66
que eorum haeres est, et sic quoque quemvis illorum pro portione haereditaria debere esse obligatum, *l.* 1. *c. de haered. action.* Carpz. *p.* 2. *c.* 20. *def.* 2. *n.* 5. Ve- 67
rum filiam hoc casu fratrem cohaeredem penitus liberare, et solam ex portione sua dotem exsolvere debere verius est, ex ratione, quia tenetur dotem conferre *l.* 1. *ff. de collat. dot.* Dn. Brunnem. *ibid.* Mod. Pistor. *q.* 152. *n.* 5. Carpz. *p.* 3. *c.* 11. *def.* 14. *n.* 6. Jam vero aequius est, ex portione sua habere dotem, quam petere partem a fratre, et eam solutam iterum fratri conferre, Petr. Barbos. *in l. si cum dotem* 23. §. *si pater. n.* 45. *ff. sol. matr.* Quod tamen tantum procedit, si filius cum filia 68
institutus, secus, si extraneus, ob cessantem rationem collationis, Bartol. *in l.* 6. *ff. de collat. dot.* cum inter has personas nulla servanda sit aequalitas, Mantica *de tacit. convert. lib.* 12. *tit.* 18. *n.* 22. Sic enim ille ex- 69
traneus, tamquam haeres, omnino factum defuncti praestare, et pro dimidia dotem filiae solvere teneretur, cum filia dotem ipsi conferre non habeat necesse.

Quamvis autem patri necessario onus dotandi filiam 70
incumbat, libere tamen poterit pacisci, ut partem dotis primo, aliam secundo, aliam tertio anno solvat, dn. Brunnemann. *ad l.* 19. *ff. de pact. dotal.* de restituenda 71
vero dote filiae in certis terminis pacisci pater non poterit, cum exinde conditio ipsius reddatur deterior, *l.* 18. *ff. de pact. dotal.* Gail. *l.* 2. *obs.* 84. *n.* 4. Molin. *consil.* 82. *n.* 6. Socin. Jun. *consil.* 85. *n.* 20. *vol.* 2. 72
Limitatur hoc in *l.* 19. *ff. de pact. dot.* Nisi filia sit haeres patris, sic enim factum ejus praestare tenetur; subli- 73
atur tamen et hoc, nisi se jure proprio aliunde quaeret non haereditario nitatur haeres. *l.* 38. *ff. sol.* Cravett. *consil.* 200. *n.* 7. Surd *consil.* 91. *n.* 18.

et 19. Sperelli *decis.* 170. *n.* 24. *ibique aut.* Uti hoc in casu, ubi dos per mortem patris consolidatur in perso-
74 nas filiae, ergo et ex antea dicta ratione facto defuncti contravenire potest. Contrarium ejusdem statuit Petr. Barbos. *ad l.* 2. *pr. p.* 1. *n.* 145. *ff. solut. matr.* absolute negans, haeredem non debere stare facto defuncti, si utatur jure proprio, probaturus suam opinionem, *ex l.*
75 *venditrici.* 3. *c. de reb. non alien.* Sed ex hac *l.* 3. firmari posse hanc sententiam dubitarem propterea, quod longe diversus casus in illa proponatur. Scil. vendidit quis rem non suam, venditori huic successit ut haeres verus dominus, qui impugnare vult illam venditionem a defuncto factam, et rem vindicare, hic omnino haeres tenetur praestare factum defuncti, quia, cum emptor in bona fide fuerit, ac justo titulo rem sibi acquisiverit, verus dominus ceu haeres fuisset obligatus de evictione
76 Dn. Brunnem. *ad d. l.* 14. *c. de evict. n.* 6. absurdum vero esset, rem vindicare velle, de qua teneor ad evictionem, post hanc enim contra me ipsum regressum institueret emptor; dolo itaque agit, qui petit rem, quam postea restituturus est, dicitur *in l.* 8. *ff. de except. dol.*
77 Dn. Brunnem. *ad l.* 11. *c. de evict.* Igitur quem de evictione tenet actio, illum multo magis repellit exceptio. *l.* 17. *ff. de evict.* Imo plane dici non poterit, hoc casu haeredem posse ulli jure proprio, propterea quod de evictione sit obligatus, evictio enim oritur ex contractu, contractum vero servare tenetur, non ex propria, sed ex
78 defuncti persona ex *l.* 13. *c. de contr. stipul.* Et si tandem concedamus, illum jure proprio posse rem vindicare, sed actione empti ad praestandam evictionem emptori obligari, de subtilitatibus saltem juris essemus sollicitati, et in effectu nil lucri exinde haberet, cum de evictione emptori debeat respondere.

79 Haeres, si rem apud testatorem depositam vel commodatam distraxerit, ignarus, rem talem esse, propter factum suum inculpabile non tenetur ad rei restitutio-
80 nem, quia dolo non fecit, uti dicitur in *l.* 1. §. *fin. ff. depos.* Pretium tamen, quod exinde percepit, omnino restituere tenetur, hoc enim ipso dolo facit, quod id, quod ad se pervenit, non reddit, *d. l. in fin.* ibique dn.
81 Brunnem. Et si forte re vendita pretium nondum exegerit, aut minoris, quam debuit, vendiderit, actiones suas tantummodo praestabit, *l.* 2. *ff. depos.* ne scilicet cum alterius damno locupletetur *l.* 14. *ff. de condict. indeb. l.* 50. *ff. de act. empt. l.* 206. *ff. de r. j. l. ult. de usucap. cap.* 47. *de r. j. in* 6to. Imo si rem possit redimere nec velit, depositarii vero multum intersit, rem ipsam, non pretium habere, non careret culpa *l.* 3.
82 *ff. depos.* Mantic. *de tacit. convent. lib.* 10. *tit.* 9. *n.* 36. Lauterbach. *ad tit. ff. depos.* §. 2. *th.* 3. et sic ad ipsam praecise praestandam omnino foret obligatus: ob intervenientem culpam latam, quae dolo aequiparatur, *l.* 32. *ff. depos. l.* 226. *ff. de v. s.* Barbos. *lib.* 3. *c.* 13. *ax.* 12.

83 Fidejussoris quoque haeredes, utut eorum nulla facta fuerit mentio, stricto tamen jure valide obligari, nullum est dubium §. 2. *J. de fidejuss. l.* 4. §. *ult. ff.* et *l.* 24. *c. eod.* Joh. Schneidwin *ad d.* §. 2. Hering. *de fidejussor. c.* 20. §. 10. *n.* 21. ex saepius dicta ratione, quod scil. haec ipsa obligatio oriatur ex contractu. Ve-
84 senbec. *p.* 1. *cons.* 14. *n.* 85. Attamen consuetudine multis in locis contrarium est inductum, scil. haeredes ex fidejussione defuncti non teneri, nisi hoc expresse fuerit conventum, veluti de ejusmodi consuetudine ducatus luneburgensis testatur Modest. Pistor. *vol.* 2. *cons.* 1. *qu.* 2. *n.* 46. Matth. Berlich. *p.* 2. *concl.* 26. *n.* 11. Eamdemque vigere in Bohemia refert Anton. Hering. *de fidejussor. c.* 20. §. 10. *n.* 83. Idem scribit de Normandia, Jacob. Cujac. *lib.* 23. *n.* 25. Hering. *d.* §. 10. *n.* 81. nec non de ducatu megapolitano Schepflitz. *in addit. ad Clammeri promptuar. jur. tit.* 34. *lib.* 3. Et 85
quamvis alius haeres praecise ad exsolutionem aeris alieni teneatur; in tantum tamen haec ipsa tenet obligatio, ut, si bona defuncti fidejussoris, exsolutioni debitorum, pro quibus fidejussit, non sufficiant, ultra vires hereditarias haeredes obligationi fidejussoriae non adstringantur. Matth. Coler. *de proc. exec. p.* 1. *c.* 10. *n.* 326. Wesenbec. *d. cons.* 14. *n.* 91. *seqq.* sed pro portionibus saltem haereditariis obligentur. Limitatur hoc, nisi in 86
mora fuerint conficiendi inventarium, quae limitatio de jure sax. nullum habet effectum, sed indistincte, nulla habita ratione moras, ultra vires haereditarias haeredes non sunt obligati. *Land-Recht. art.* 6. *lib.* 1. Carpz. *p.* 2. *c.* 20. *def.* 7.

Porro obligatio fidejussoria in haeredes non transit 87
si conventum fuerit, ut in locum defuncti fidejussoris alius fidejussor substituatur. Coler. *de proc. execut. p.* 1. *c.* 10. *n.* 318. Wesenbec. *p. cons.* 14. *n.* 78. Hering. *de fidejuss. c.* 20. §. 11. *n.* 60. Hartm. Pistor. *obs.* 120. *n.* 2. Per expressum enim pactum adjectum derogatur, 88
l. veteris 13. *c. de contract. stipul.* cum provisio hominis facit cessare provisionem legis, *l. fin. c. de pact. convent.* Notabiliter hoc ipsum limitat Carpzov. *p.* 2. *c.* 20. *def.* 6. scil. Nisi executio vel immissio vivo adhuc 89
fidejussore in ejus bona facta fuerit; quia tum creditor non tantum ipsum fidejussorem personaliter habet obligatum, sed et jus reale in ejusdem bonis est consecutus, quod sive vivat, sive moriatur fidejussor, aliter quam per solutionem aut satisfactionem tolli nequeat, sed una cum bonis ad haeredes fidejussoris transit, *l. miles.* 6. §. *ult. l. ex contractu.* 44. *ff. de re jud.*

Paulo majorem adhuc difficultatem continere vide- 90
tur quaestio: si executio vel immissio nondum facta sit, sed fidejussor, dum adhuc in vivis esset, a creditore de solutione fuerit interpellatus, et in solvendo cesserit, an non obstante pacto, quod alius in locum defuncti fidejussoris debeat substitui, haeres ipsius nihilominus possit conveniri. Pro decisione hujus 91
quaestionis dd. in diversas abeunt sententias. Affirmativam enim amplectuntur Moller. *ad constit. sa-* 92
xon. p. 2. *c.* 20. Valent. Franc. *de fidejuss.* Berlich. *p.* 2. *concl.* 26. *n.* 17. ex eo, quod rarum non sit, ut obligatio, quae in se personalis est, propter moram intervenientem ad haeredes transmittatur, uti videre est in obligatione facti personalis, quae regulariter cum persona exspirat, et transit tantum ad haeredes, si promissor post moram decesserit, Bartol. *in l.* 93. *ff. de v. o.* Mod. Pistor. *vol.* 2. *consil.* 1. *qu.* 2. *n.* 39. Negativam defendunt Carpz. *p.* 2. *c.* 20. *def.* 6. 93
n. 9. Hartm. Pistor. *obs.* 220. *n.* 13. Cui et nos tamquam veriori subscribimus. Adest enim hic expressum pactum, quod debeat fidejussor ad vitam tantum esse obligatus, aliusve post mortem ejus substitui, haeres ergo non potest onerare haec conventio, cum id jam tacite actum videatur, ut fidejussio ad vitam tantum fidejubentis duret, et post mortem statim exspiret *arg.* §. *at si ita* 3. *j. de v. o l. pen. ff. de fidejuss.* Quomodo vero mora postmodum interveniens poterit

tollere vel immutare qualitatem et conditionem huic obligationi ex prima conventione insitam? Sane longe alia ratio est in obligatione facti, in qua se fundant contrarium statuentes, in illa enim post moram succedit obligatio ad interesse, quae ejus est naturae, ut ad haeredes transeat, et sic non mirum, quod illa non perinde ut obligatio facti ante moram personalis censeatur. Hartmann. Pistor. et Carpz *cit. loc.* dd. *in l.*
94 *si sic stipulatus.* 39. *ff. de v. o.* Secundo quoque obligatio fidejussoria ad haeredes non transit, si in instrumento obligationis ponatur quaedam dictio taxativa, e. g. fidejussor solus, dumtaxat, tantum etc. debet esse obligatus, sic enim haeredes ad factum ipsius praestandum non tenentur, Matth. Coler. *de proc. exe-*
95 *cut. p.* 1. *cap.* 10. *n.* 318. Contrarium aliqui statuunt ex *l.* 8. §. *de pign. act. et l.* 38. *ff. de v. o.* dicentes, dictiones has taxativas excludere tantum personas extraneas, non vero haeredes, quod tamen dubium mihi videtur propterea, quod alias haec dictio frustra videatur adjecta, cum extraneus non opus habeat exclusione, quia ipsum plane non stringit obligatio, necessario ergo sequitur, vocabulo illo exclusivo indigitari haeredem, qui alias pariter sicut defunctus fuisset obligatus.

96 Tertio liberi vel haeredes ex obligatione fidejussoria non tenentur, si fidejussor fidem suam interposuerit, tantum quoad vivit, Hartm. Pistor. *obs.* 120. *n.* 4. *seqq.* Morte enim sua omnem penitus obligationem hoc modo tolli, nec ad haeredes transire debere, vo-
97 luisse censetur. Quarto idem obtinet, si liberi negent se patris esse haeredes factos *l.* 1. *et tot. tit. c. ne fil. pro patre* Valent. Franc. *de fidejussor. cap.* 5. *n.* 94. Vel etiam si haereditatem repudiassent, Sperelli *decis.* 270. *n.* 25. hoc enim casu creditori probandum incumberet, liberos paternae se haereditati immiscuis-
98 se, Mod. Pistor. *qu.* 34. Menoch. *de praesumpt. l.* 4. *praes.* 99. *n.* 4. Quomodo autem probetur, aliquem esse haeredem, tradit Coler. *de proc. execut. p.* 1. *c.* 10. *n.* 330. Tusch. *tom.* 1. *concl.* 186. *n.* 1. *seqq. et concl.* 190. *n.* 1. *etc.* Quinto licet vassallus fidejusserit pro domino feudi, non tamen agnatus proximus in feudo succedens hujusmodi debitum solvere tenetur; Johann. Koppen. *dec.* 39. *n.* 35. quem sequitur. Hering.
99 *de fidejuss. c.* 26. §. 10. *n.* 84. Wesenb. *consil.* 14. *n.* 92. 93. 94. *p.* 1. Cum enim vassallus pro domino ratione feudi ab ipso possessi, neque res alienum solvere cogatur. 2. *feud.* 26. §. *licet.* neque etiam dici poterit, ejusmodi debitum in utilitatem vel necessitatem feudi contractum esse, et sic agnatum vassalli tamquam successorem feudi hoc debitum ceu onus feudo cohaerens solvere debere, sed omnino hoc casu haeres vassalli prius foret conveniendus. Auth. *Hoc si debitor. c. de pignor.*
100 Uti in antea dictis haeredes fidejussorum ab obligatione sunt liberi, et defuncti facta praestare non tenentur, ita pariter non obligabuntur, si defunctus fidejussor se forte ad obstagia, arresta, vel etiam ad carcerem obligaverit, Modest. Pistor. *qu. illustr. p.* 4. *qu.* 138. Coler. *de process. execut. p.* 1. *c.* 8. Gail. *lib.* 2. *obs.* 45. *n.* 1. *in fin.* Berlich. *p.* 2. *concl.* 26. *n.* 28.

101 Est enim haec obligatio facti, quae tantum personae cohaeret, et sic obstagium non per haeredem, sed per
102 ipsum fidejussorem praestari debet, Mod. Pistor. *consil.* 1. *qu.* 2. *n.* 35. *vol.* 2. Imo est pactum cum una persona contractum, quod ad aliam non debet extendi *l. si unius* §. *pacta ff. de pact.* ac conditio personae adscripta non potest in alia persona impleri *l.* 7. §. *pactorum ff. de pact. l. cum ita datur. ff. de condit. et demonstr.* accedit, quod contractus non transeat ad haeredes, ubi 103
persona aliqua est electa, *l. un.* §. *ne autem. c. de caduc. toll.* Contrarium equidem diserte statuit Hering. *de fidejuss. c.* 20. §. 10. *n.* 51. Qui tamen omnino ita est ex- 104
plicandus, nisi fidejussor se ad obstagium obligaverit ac vivus adhuc ad illius praestationem fuerit interpellatus, conventionis vero fidem non servans decesserit, tali enim casu propter moram ipsius haeredes obligantur non ad obstagium ipsum, sed tantum ad interesse, uti eleganter tradit Mod. Pistor. *cons.* 1. *qu.* 2. *n.* 39. Franc. *de fidejussor. c.* 5. *n.* 104. quos allegat Berlich. *cit. loc.* 105

Mirum adhuc dicitur, quod habetur *in l. fin. c. de evi-ction.* Quod sc. haeredem fidejussoris rerum pro quibus defunctus apud emptorem intercesserat pro venditore, factum ejus cui successit, ex sua persona dominium vindicare non impediat; notum enim est, haeredem venditoris nec ex proprio jure rem venditam posse vindicare *l.* 3. *c. de reb. alien. l.* 14. *c. de eviction.* sed praecise ad defuncti factum praestandum obligari. Singulare 106
proinde est in haerede fidejussoris, qui ex sua persona defuncti facto contravenire potest, et utut fidejussor repellatur a vindicando propter interpositum consensum, hic tamen consensus sibi tantum potest praejudicare, et illi, qui ex ejus jure vindicat, non qui ex diverso, *l. si unus.* §. *ante omnia ff. de pact.* uti hoc casu haeres fidejussoris. Barbos. *ad l. Lucius Titius. n.* 25. *ff. solut. matrim.* Dn. Brunn. *ad l. ult. c. de evict.* ibique auctor. Non enim repraesentat personam defun- 107
cti, sed pro distincta persona habetur, et sic nec ex facto auctoris obligatur. Bachov. *de action. disp.* 5. *th.* 4. *etc.*

Vidimus hucusque, in quantum haeres obligetur ex 108
persona fidejussoris, paucis jam et disquirendum, in quantum ex emptione venditione, reliquisque contractibus consensualibus ille ipse defuncti factum praestare non debeat. Quantum equidem ad emptionem, 109
notum de jure communi, neminem bona sua titulo venditionis pro lubitu in extraneum potuisse transferre sed jure protimiseos proximis agnatis, aliisque consortibus illa semper revocandi facultatem competiisse, *l. si in evictionem* 3. *ff. de minor.* Quod jus retractus tamen postmodum *per l. dudum.* 14. *c. de contr. empt.* abrogatum fuit, et ita in imperio adhuc hodie observatur. Joh. Koppen. *decis.* 52. *n.* 10. Andr. Rauchb. *p.* 1. *qu.* 43. *n.* 22. *et p.* 2. *qu.* 22. *n.* 6. Rol. a Valle. *p.* 1. *consil.* 21. *n.* 8. Nec sine ratio 110
ne, cum gravis sit injuria, ut homines aliquid de rebus suis facere cogantur inviti, *l.* 1. *c. comm. divid. l.* 16. *c. de jur. deliber. l.* 3. *ff. comm. praedior.* Quod tamen assertum suas omnino patitur limitatio- 111
nes, quas omnes vid. ap. Carpzov. *p.* 2. *c.* 31. *def.* 2. 3. 4. *seqq.* interque illas primum locum obtinet, nisi statuto vel consuetudine aliud fuerit interdictum. Cujus solemne exemplum est in electoratu Saxoniae, 112
ubi liberis competit jus protimiseos in bonis avitis, non obstante, quod haeres teneatur praestare factum defuncti; possset enim dici, hoc loco illos admitti tamquam cognatos et proximos, *l.* 1. §. *sed videndum* 5. *ff. unde legitim.* Nicol. Boer. *decis.* 12. *n.* 1. Non

vero tamquam liberos. Vel etiam asseri posset, non admitti liberos, si factum patris in totum impugnare
113 velint, quod certe hoc casu liberi non faciunt; hi enim retrahendo non improbant alienationem, sed illam potius confirmant, in locum tantum prioris emptoris se surrogari petentes, Carpzov. *p.* 2. *c.* 31. *def.* 11. *n.* 4. Dn. Brunnemann. *ad l. cum a matre.* 14. *c. de r. v.*

114 Dicet quis, sed haeres tenetur de evictione, et per consequens nec hic liberi bona avita alienata jure retractus vindicare possunt, sed priori potius emptori tamquam haeredes de evictione tenentur. Respondeo;
115 nec hoc casu haeredem de evictione teneri. Res enim non avocatur ex vitio rei vel defectu juris venditoris, sed ex statuto aliter loquente, et liberis jus protimiseos concedente, Hartmann. Pistor. *p.* 1. *quaest.* 5. *n.* 16. Johan. Guttierez. *l.* 2. *pract. quaest. cap.* 149. Dn. Mevius *ad j. lubec. l.* 3. *tit.* 7. *art.* 2. *n.* 3. Tiraquell. *de retract. consanguin.* §. 1. *et* 9. *n.* 51.
116 Modo tamen haec ipsa revocatio ex contractu fiat (1.). ante factam a patre traditionem, hac enim intercedente expirat jus protimiseos. Constit. Saxon. 31. *vers. Ehe die Güter tradiret.* cum plenum ita in emptorem transeat dominium. *l.* 20. *c. de pact.* (2.) restitutio priori emptori venditionis pretio. Carpzov. *p.* 2. *c.* 31. *def.* 12. ne scil. liberi locupletentur cum damno alterius (3.) intra annum hanc ipsam fieri debere revocationem colligi videtur ex dict. constit. Sax. 31. Carpzov. tamen *dict. loc.* illam explicat de retractu consuetudinario, non vero illo, qui competit liberis
117 ob favorem scil. et conservationem familiae, huic enim spatium 30. annorum anni et diei concedit.

118 Locationem reliquorum contractuum naturam imitari, et ad haeredes esse transitoriam, vulgo notum est; sed uti regula illa saepius in reliquis, ita et hoc in casu suas
119 patitur exceptiones. Si enim locatio sit restricta ad beneplacitum locantis, morte illius finitur. Mantic. *de tacit. et ambig. convent. l.* 5. *tit.* 9. *n.* 40 Decius *ad l.* 3. *ff. de r. j. n.* 7. Dn. Brunn. *ad l.* 4. *ff. locat.* cum regulariter omnia, quae ad beneplacitum conceduntur, morte cessent. *l.* 32. §. *fin. ff. de donat. inter v. et u.* Gail. *l.* 1. *o.* 60. *n.* 15. Barbos. *l.* 19. *cap.* 41. *axiom. ult.* Pariter ad haeredes non transit locatio operae, quia
120 in hac personae industria videtur electa, ergo nec haeres locatoris operarum ad perficiendum opus a defuncto coeptum obligatus est. *l.* 31. *ff. de solut.* Dn. Brunn. *ibid.*

121 De culpa in hoc contractu praestanda constat, conductorem debere praestare culpam levem, si destruxerit aedes, per *l.* 29. *c. locat.* vel arbores exciderit, *l.* 25. §. 4. *ibid.* vel servum vulneraverit. *l.* 43. *ff. locat.* Sed an haeredes quoque ipsius ad talem culpam obligentur; dubium videtur, propterea, quod ex delicto defuncti haeres non teneatur, sed hoc casu non ex delicto, sed contractu obligatus est; ergo et ad culpam levem praestandam omnino tenebitur, uti tamen dixi non ad poenam, sed ad interesse ex contractu. *l. ex depositi.* 12. *ff. de et u.* Dn. Brunnem. *ad l.* 29. *c. locat.*

122 Simili modo, si alicui emphyteusis concessa fuerit, ac emphyteuta singulis annis canonem se soluturum jurato promiserit; postea vero nihilominus in solvendo deficiat, haeres sane ejus propterea emphyteusi privari non poterit, utut bene potuerit ipse defunctus ob interventem expressam conventionem. Juramentum enim hoc casu a defuncto praestitum haeredem stringere nequit, cum sit saltem personale, et non afficiat successores. *c. veritatis. X. de jurejur* Bald. *in l. generaliter. n.* 2. *de rebus cred. et in consil.* 353. *n.* 2. *lib.* 1. Paul. Castr. *consil.* 299. *n.* 2. *lib.* 1. Bero *cons* 118. *n.* 5. *l.* 1. Mantica, *de tacit. et ambig. convent. l.* 22. *tit.* 26. *n.* 7.

Ex contractu societatis non obligantur haeredes, ut in 123
choatam a defuncto societatem contiuuent, cum regulariter communio parat discordias, ac proinde nemo cogatur stare in communione. *l.* 26. §. 4. *ff. de conflict. indeb. l. cum pater.* 77. §. 20. *ff. de leg. I.* Castrens. *consil.* 107. *in pr. l.* 1. Alex. *consil.* 46. *n.* 11. *l.* 1. Mascard. *de probat. concl.* 328. *n.* 2. Cardin. Tusch. *pract. concl. tom.* 1. *lit. c. concl.* 138. *n.* 1. Hieron. de Cevall. *commun. contra commun. tom.* 4. *qu. fin. n.* 220. Nec ipse defunctus haeredi imponere potest, ut sit 124
socius. *l.* 35. *ff. pro soc.* Dn. Brunnem. *ad l.* 40. *ff. d. tit.* Interim ut bonam fidem praestet, actioni pro socio respondeat, et coepta a defuncto perficiat per *l.* 40. *ff. pro socio.* Franzk. *ad d. tit. n.* 27. Struv. *ibid. th.* 41. omnino obligatur, quod Valasc. *l.* 1. *consult.* 63. *n.* 8. declarat de negotiis particularibus, non de ipsa societate coepta. Nam ita omnis societas in haeredes transiret. Dn. Brunnem. *ad l.* 40. *ff. pro soc.* Actione autem pro socio propterea potest conveniri, quia, licet haeres non sit societatis, tamen haeres est emolumenti. *l. verum.* 63. §. 8. *ff. pro soc.*

Quod verum de haerede socii, procedit etiam in hae- 125
rede mandatarii, hic enim ad defuncti negotium suscipiendum non adstringitur. Si vero res non amplius sit integra, h. e. mandatum a defuncto jam coeptum, haeres illud perficere omnino tenetur, quod coll. ex *l.* 40. *ff. pro soc.* Struv. *exercitat.* 22. *th.* 16. et de hoc pariter, ac si ex mandato aliquid ad illum pervenerit, rationes reddere tenetur. *l.* 29. *pr. ff. mandat.* Quoad 126
hoc vero bene notandum, etiam haeredes ab onere illo scrupuloso scil. rationum redditione liberari posse, si culpa penes mandantem sit, aut ejus haeredem; si scil. diu non convenit defunctum, si haeredes probabilem ignorantiam habeant, eamque juramento velint confirmare. Menoch. *l.* 2. *praes.* 91. *n.* 7. Dn. Mev. *part.* 4. *dec.* 110. praesertim si defunctus se ad rationes reddendas obtulerit, nec hoc obtinuerit. Mascard. *de probat. concl.* 1263. *n.* 13. Escobar. *de ratiocin. cap.* 6. *in fin.*

Haec jam de contractibus dicta sunpto. Paucis jam 127
coronidis loco in hoc capite videamus, annon etiam haeredes ex delicto defuncti teneantur? Resp. Generaliter in foro civili non tenentur, cum delicta debeant tenere suos auctores. *l.* 22. *c. de poen.* et unus de delicto alterius non obligetur. *l. si quis* 33. §. 1. *c. de inoff. testam. l. fin. c. ad sct. Silan.* Covarruv. *variar. resol. l.* 2. *cap.* 8. *n.* 1. Farac. *i. cons.* 79. *n.* 7. Dn. Brunnemann. *ad l.* 1. *ff. de privat. delict.* quod tamen limitari solet.

(1.) Nisi lis contestata. Nam litem contestando haeres 128
quasi ad poenam privatam se obligare videtur, cum in judicio quasi contrahatur, *l.* 3. §. 11. *ff. de pecul.* quamvis et adhuc exceptio sit in actione ad palinodiam, quae non transit ad haeredes, utut lis fuerit contestata, propterea, quod veniat in illa praestationes, personalissimae. Dn. Brunnemann. *ad Wesenbec. tit. de injur. qu.* 43. (2.) Nisi ex delicto defuncti aliquid ad haeredem pervenerit. *l. sicut* 38. *de r. i. l.* 3. *c. ne ex delict. defunct. l.* 1. *ff. de privat. delict.* Saltem ad primum haeredem. *l. videamus* 17. *ff. quod met. caus.* Plures limit.

tollere vel immutare qualitatem et conditionem hnic obligationi ex prima conventione insitam? Sane longe alia ratio est in obligatione facti, in qua se fundant contrarium statuentes, in illa enim post moram succedit obligatio ad interesse, quae ejus est naturae, ut ad haeredes transeat, et sic non mirum, quod illa non perinde ut obligatio facti ante moram personalis censeatur. Hartmann. Pistor. et Carpz *cit. loc.* dd. *in l.*
94 *si sic stipulatus.* 39. *ff. de v. o.* Secundo quoque obligatio fidejussoria ad haeredes non transit, si in instrumento obligationis ponatur quaedam dictio taxativa, e. g. fidejussor solus, dumtaxat, tantum etc. debet esse obligatus, sic enim haeredes ad factum ipsius praestandum non tenentur, Matth. Coler. *de proc. exe-*
95 *cut. p.* 1. *cap.* 10. *n.* 318. Contrarium aliqui statuunt ex *l.* 8. §. *de pign. act. et l.* 38. *ff. de v. o.* dicentes, dictiones has taxativas excludere tantum personas extraneas, non vero haeredes, quod tamen dubium mihi videtur propterea, quod alias haec dictio frustra videatur adjecta, cum extraneus non opus habeat exclusione, quia ipsum plane non stringit obligatio, necessario ergo sequitur, vocabulo illo exclusivo indigitari haeredem, qui alias pariter sicut defunctus fuisset obligatus.

96 Tertio liberi vel haeredes ex obligatione fidejussoria non tenentur, si fidejussor fidem suam interposuerit, tantum quoad vivit, Hartm. Pistor. *obs.* 120. *n.* 4. *seqq.* Morte enim sua omnem penitus obligationem hoc modo tolli, nec ad haeredes transire debere, vo-
97 luisse censetur. Quarto idem obtinet, si liberi negent se patris esse haeredes factos *l.* 1. *et tot. tit. c. ne fil. pro patre* Valent. Franc. *de fidejussor. cap.* 5. *n.* 94. Vel etiam si haereditatem repudiassent, Sperelli *decis.* 270. *n.* 25. hoc enim casu creditori probandum incumberet, liberos paternae se haereditati immiscuis-
98 se, Mod. Pistor. *qu.* 34. Menoch. *de praesumpt. l.* 4. *praes.* 99. *n.* 4. Quomodo autem probetur, aliquem esse haeredem, tradit Coler. *de proc. execut. p.* 1. *c.* 10. *n.* 330. Tusch. *tom.* 1. *concl.* 186. *n.* 1. *seqq. et concl.* 190. *n.* 1. *etc.* Quinto licet vassallus fidejusserit pro domino feudi, non tamen agnatus proximus in feudo succedens hujusmodi debitum solvere tenetur; Johann. Koppen. *dec.* 39. *n.* 35. quem sequitur. Hering.
de fidejuss. c. 26. §. 10. *n.* 84. Wesemb. *consil.* 14. *n.*
99 92. 93. 94. *p.* 1. Cum enim vassallus pro domino ratione feudi ab ipso possessi, neque aes alienum solvere cogatur. 2. *feud.* 26. §. *licet.* neque etiam dici poterit, ejusmodi debitum in utilitatem vel necessitatem feudi contractum esse, et sic agnatum vassalli tamquam successorem feudi hoc debitum ceu onus feudo cohaerens solvere debere, sed omnino hoc casu haeres vassalli prius foret conveniendus. Auth. *Hoc si debitor. c. de pignor.*
100 Uti in antea dictis haeredes fidejussorum ab obligatione sunt liberi, et defuncti facta praestare non tenentur, ita pariter non obligabuntur, si defunctus fidejussor se forte ad obstagia, arresta, vel etiam ad carcerem obligaverit, Modest. Pistor. *qu. illustr. p.* 4. *qu.* 138. Coler. *de process. execut. p.* 1. *c.* 8. Gail. *lib.* 2. *obs.* 45. *n.* 1. *in fin.* Berlich. *p.* 2. *concl.* 26. *n.* 28.

101 Est enim haec obligatio facti, quae tantum personae cohaeret, et sic obstagium non per haeredem, sed per
102 ipsum fidejussorem praestari debet, Mod. Pistor. *consil.* 1. *qu.* 2. *n.* 35. *vol.* 2. Imo est pactum cum una persona contractum, quod ad aliam non debet extendi *l. si unius* §. *pacta ff. de pact.* ac conditio personae adscripta non potest in alia persona impleri *l.* 7. §. *pactorum ff. de pact. l. cum ita datur. ff. de condit. et demonstr.*
accedit, quod contractus non transeat ad haeredes, ubi 103
persona aliqua est electa, *l. un.* §. *ne autem. c. de caduc. toll.* Contrarium equidem diserte statuit Hering. *de fidejuss. c.* 20. §. 10. *n.* 51. Qui tamen omnino ita est ex- 104
plicandus, nisi fidejussor se ad obstagium obligaverit ac vivus adhuc ad illius praestationem fuerit interpellatus, conventionis vero fidem non servans decesserit, tali enim casu propter moram ipsius haeredes obligantur non ad obstagium ipsum, sed tantum ad interesse, uti eleganter tradit Mod. Pistor. *cons.* 1. *qu.* 2. *n.* 39. Franc. *de fidejussor. c.* 5. *n.* 104. quos allegat Berlich. *cit. loc.* 105

Mirum adhuc dicitur, quod habetur *in l. fin. c. de evi-ction.* Quod sc. haeredem fidejussoris rerum pro quibus defunctus apud emptorem intercesserat pro venditore, factum ejus cui successit, ex sua persona dominium vindicare non impediat; notum enim est, haeredem venditoris nec ex proprio jure rem venditam posse vindicare *l.* 3. *c. de reb. alien. l.* 14. *c. de eviction.* sed praecise ad defuncti factum praestandum obligari. Singulare 106
proinde est in haerede fidejussoris, qui ex sua persona defuncti facto contravenire potest, et utut fidejussor repellatur a vindicando propter interpositum consensum, hic tamen consensus sibi tantum potest praejudicare, et illi, qui ex ejus jure vindicat, non qui ex diverso, *l. si unus.* §. *ante omnia ff. de pact.* uti hoc casu haeres fidejussoris. Barbos. *ad l. Lucius Titius. n.* 25. *ff. solut. matrim.* Dn. Brunn. *ad l. ult. c. de evict.*
ibique auctor. Non enim repraesentat personam defun- 107
cti, sed pro distincta persona habetur, et sic nec ex facto auctoris obligatur. Bachov. *de action. disp.* 5. *th.* 4. *etc.*

Vidimus hucusque, in quantum haeres obligetur ex 108
persona fidejussoris, paucis jam et disquirendum, in quantum ex emptione venditione, reliquisque contractibus consensualibus ille ipse defuncti factum praestare non debeat. Quantum equidem ad emptionem, 109
notum de jure communi, neminem bona sua titulo venditionis pro lubitu in extraneum potuisse transferre sed jure protimiseos proximis agnatis, aliisque consortibus illa semper revocandi facultatem competiisse, *l. si in evictionem* 3. *ff. de minor.* Quod jus retractus tamen postmodum *per l. dudum.* 14. *c. de contr. empt.* abrogatum fuit, et ita in imperio adhuc hodie observatur. Joh. Koppen. *decis.* 52. *n.* 10. Andr. Rauchb. *p.* 1. *qu.* 43. *n.* 22. *et p.* 2. *qu.* 22. *n.* 6. Rol. a Valle. *p.* 1. *consil.* 21. *n.* 8. Nec sine ratio- 110
ne, cum gravis sit injuria, ut homines aliquid de rebus suis facere cogantur inviti, *l.* 1. *c. comm. divid. l.* 16. *c. de jur. deliber. l.* 3. *ff. comm. praedior.* Quod tamen assertum suas omnino patitur limitatio- 111
nes, quas omnes vid. ap. Carpzov. *p.* 2. *c.* 31. *def.* 2. 3. 4. *seqq.* interque illas primum locum obtinet, nisi statuto vel consuetudine aliud fuerit interdictum. Cujus solemne exemplum est in electoratu Saxoniae, 112
ubi liberis competit jus protimiseos in bonis avitis, non obstante, quod haeres teneatur praestare factum defuncti; possset enim dici, hoc loco illos admitti tamquam cognatos et proximos, *l.* 1. §. *sed videndum* 5. *ff. unde legitim.* Nicol. Boer. *decis.* 12. *n.* 1. Non

vero tamquam liberos. Vel etiam asseri posset, non admitti liberos, si factum patris in totum impugnare
113 velint, quod certe hoc casu liberi non faciunt; hi enim retrahendo non improbant alienationem, sed illam potius confirmant, in locum tantum prioris emptoris se surrogari petentes, Carpzov. *p.* 2. *c.* 31. *def.* 11. *n.* 4. Dn. Brunnemann. *ad l. cum a matre.* 14. *c. de r. v.*

114 Dicet quis, sed haeres tenetur de evictione, et per consequens nec hic liberi bona avita alienata jure retractus vindicare possunt, sed priori potius emptori tamquam haeredes de evictione tenentur. Respondeo;
115 nec hoc casu haeredem de evictione teneri. Res enim non avocatur ex vitio rei vel defectu juris venditoris, sed ex statuto aliter loquente, et liberis jus protimiseos concedente, Hartmann. Pistor. *p.* 1. *quaest.* 5. *n.* 16. Johan. Guttierez. *l.* 2. *pract. quaest. cap.* 149. Dn. Mevius *ad j. lubec. l.* 3. *tit.* 7. *art.* 2. *n.* 3. Tiraquell. *de retract. consanguin.* §. 1. *et* 9. *n.* 51.
116 Modo tamen haec ipsa revocatio ex contractu fiat (1.) ante factam a patre traditionem, hac enim intercedente expirat jus protimiseos. Constit. Saxon. 31. *vers. Ehe die Güter tradiret.* cum plenum ita in emptorem transeat dominium. *l.* 20. *c. de pact.* (2.) restitutio priori emptori venditionis pretio. Carpzov. *p.* 2. *c.* 31. *def.* 12. ne scil. liberi locupletentur cum damno alterius (3.) intra annum hanc ipsam fieri debere revocationem colligi videtur ex dict. constit. Sax. 31. Carpzov. tamen *dict. loc.* illam explicat de retractu consuetudinario, non vero illo, qui competit liberis
117 ob favorem scil. et conservationem familiae, huic enim spatium 30. annorum anni et diei concedit.

118 Locationem reliquorum contractuum naturam imitari, et ad haeredes esse transitoriam, vulgo notum est; sed uti regula illa saepius in reliquis, ita et hoc in casu suas
119 patitur exceptiones. Si enim locatio sit restricta ad beneplacitum locantis, morte illius finitur. Mantic. *de tacit. et ambig. convent. l.* 5. *tit.* 9. *n.* 40 Decius *ad l.* 3. *ff. de r. j. n.* 7. Dn. Brunn. *ad l.* 4. *ff. locat.* cum regulariter omnia, quae ad beneplacitum conceduntur, morte cessent. *l.* 32. §. *fin. ff. de donat. inter v. et u.* Gail. *l.* 1. *o.* 60. *n.* 15. Barbos. *l.* 19. *cap.* 41. *axiom. ult.* Pariter ad haeredes non transit locatio operae, quia
120 in hac personae industria videtur electa, ergo nec haeres locatoris operarum ad perficiendum opus a defuncto coeptum obligatus est. *l.* 31. *ff. de solut.* Dn. Brunn. *ibid.*

121 De culpa in hoc contractu praestanda constat, conductorem debere praestare culpam levem, si destruxerit aedes, per *l.* 29. *c. locat.* vel arbores exciderit, *l.* 25. §. 4. *ibid.* vel servum vulneraverit. *l.* 43. *ff. locat.* Sed an haeredes quoque ipsius ad talem culpam obligentur; dubium videtur, propterea, quod ex delicto defuncti haeres non teneatur, sed hoc casu non ex delicto, sed contractu obligatus est; ergo et ad culpam levem praestandam omnino tenebitur, uti tamen dixi non ad poenam, sed ad interesse ex contractu. *l. ex depositi.* 12. *ff. de et u.* Dn. Brunnem. *ad l.* 29. *c. locat.*

122 Simili modo, si alicui emphyteusis concessa fuerit, ac emphyteuta singulis annis canonem se soluturum juramento promiserit; postea vero nihilominus in solvendo deficiat, haeres sane ejus propterea emphyteusi privari non poterit, utut bene potuerit ipse defunctus ob interventientem expressam conventionem. Juramentum enim hoc casu a defuncto praestitum haeredem stringere nequit, cum sit saltem personale, et non afficiat successores. *c. veritatis. X. de jurejur* Bald. *in l. generaliter. n.* 2. *de rebus cred. et in consil.* 353. *n.* 2. *lib.* 1. Paul. Castr. *consil.* 299. *n.* 2. *lib.* 1. Bero *cons* 118. *n.* 5. *l.* 1. Mantica, *de tacit. et ambig. convent. l.* 22. *tit.* 26. *n.* 7.

Ex contractu societatis non obligantur haeredes, ut in 123
choatam a defuncto societatem continuent, cum regulariter communio parat discordias, ac proinde nemo cogatur stare in communione. *l.* 26. §. 4. *ff. de conflict. indeb. l. cum pater.* 77. §. 20. *ff. de leg. I.* Castrens. *consil.* 107. *in pr. l.* 1. Alex. *consil.* 46. *n.* 11. *l.* 1. Mascard. *de probat. concl.* 328. *n.* 2. Cardin. Tusch. *pract. concl. tom.* 1. *lit. c. concl.* 138. *n.* 1. Hieron. de Cevall. *commun. contra commun. tom.* 4. *qu. fin. n.* 220. Nec ipse defunctus haeredi imponere potest, ut sit 124
socius. *l.* 35. *ff. pro soc.* Dn. Brunnem. *ad l.* 40. *ff. d. tit.* Interim ut bonam fidem praestet, actioni pro socio respondeat, et coepta a defuncto perficiat per *l.* 40. *ff. pro socio.* Franzk. *ad d. tit. n.* 27. Struv. *ibid. th.* 41. omnino obligatur, quod Valasc. *l.* 1. *consult.* 63. *n.* 8. declarat de negotiis particularibus, non de ipsa societate coepta. Nam ita omnis societas in haeredes transiret. Dn. Brunnem. *ad l.* 40. *ff. pro soc.* Actione autem pro socio propterea potest conveniri, quia, licet haeres non sit societatis, tamen haeres est emolumenti. *l. verum.* 63. §. 8. *ff. pro soc.*

Quod verum de haerede socii, procedit etiam in hae- 125
rede mandatarii, hic enim ad defuncti negotium suscipiendum non adstringitur. Si vero res non amplius sit integra, h. e. mandatum a defuncto jam coeptum, haeres illud perficere omnino tenetur, quod coll. ex *l.* 40. *ff. pro soc.* Struv. *exercitat.* 22. *th.* 16. et de hoc pariter, ac si ex mandato aliquid ad illum pervenerit, rationes reddere tenetur. *l.* 29. *pr. ff. mandat.* Quoad 126
hoc vero bene notandum, etiam haeredes ab onere illo scrupuloso scil. rationum redditione liberari posse, si culpa penes mandantem sit, aut ejus haeredem; si scil. diu non convenit defunctum, si haeredes probabilem ignorantiam habeant, eamque juramento velint confirmare. Menoch. *l.* 2. *praes.* 91. *n.* 7. Dn. Mev. *part.* 4. *dec.* 110. praesertim si defunctus se ad rationes reddendas obtulerit, nec hoc obtinuerit. Mascard. *de probat. concl.* 1263. *n.* 13. Escobar. *de ratiocin. cap.* 6, *in fin.*

Haec jam de contractibus dicta sunpto. Paucis jam 127
coronidis loco in hoc capite videamus, annon etiam haeredes ex delicto defuncti teneantur? Resp. Generaliter in foro civili non tenentur, cum delicta debeant tenere suos auctores. *l.* 22. *c. de poen.* et unus de delicto alterius non obligetur. *l. si quis* 33. §. 1. *c. de inoff. testam. l. fin. c. ad sct. Silan.* Covarruv. *variar. resol. l.* 2. *cap.* 8. *n.* 1. Farac. *i. cons.* 79. *n.* 7. Dn. Brunnemann. *ad l.* 1. *ff. de privat. delict.* quod tamen limitari solet.

(1.) Nisi lis contestata. Nam litem contestando haeres 128
quasi ad poenam privatam se obligare videtur, cum in judicio quasi contrahatur, *l.* 3. §. 11. *ff. de pecul.* quamvis et adhuc exceptio sit in actione ad palinodiam, quae non transit ad haeredes, utut lis fuerit contestata, propteres, quod veniat in illa praestationes, personalissimae. Dn. Brunnemann. *ad Wesenbec. tit. de injur. qu.* 43. (2.) Nisi ex delicto defuncti aliquid ad haeredem pervenerit. *l. sicut* 38. *de r. i. l.* 7. *c. ne ex delict. defunct. l.* 1. *ff. de privat. delict.* Saltem ad primum haeredem. *l. videamus* 17. *ff. quod met. caus.* Plures limit.

vid. apud dn. Brunnemann. *ad l.* 1. *ff. de privat. de-*
129 *lict.* In foro vero animae seu canonico, vel uti alias dicitur, in foro conscientiae sive ecclesiastico omnino aliud dicendum. Ibi enim haeres tenetur exonerare conscientiam defuncti, restituendo extorta vel male acquisita per eum, etiamsi lite non contestata cum illo, et etiamsi ad haeredem res male acquisitae non pervenerint, quomodo vires haereditariae petiantur. *c. si episcopum.* 16. *quaest.* 6. *c. episcopi qui filios* 12. *quaest.* 2. *cap. fin. X. de sepultur. cap. fin. X. de raptor.* Johan. Valer. *different. utriusque for. p.* 336. *differ.* 6. *sub voce haeres.* Zoes. *ad jus canon. l.* 3. *tit.* 28. *n.* 11. Alex. Sperell. *decis.* 170. *n.* 45. Ultra illas enim nunquam tenetur. Dn. Brunnem. *ad l.* 1. *ff. de privat. delict.*

130 Probe tamen notandum, in delictis publicis vel etiam privatis, ubi agitur criminaliter, seu ubi poenae fisco applicantur, non solam sufficere litis contestationem, sed sententiam quoque condemnatoriam conjunctim requiri. *l.* 20. *ff. de accusat.* Farinac. *quaest. crim.* 10. *n.* 46. quae scilicet transiit in rem judicatam, et a quo non fuit appellatum, licet in nonnullis casibus, ubi litis contestatio ex statuto non requiritur, sola sententia sufficiat, juxta tradita Thomingii *consil.* 13. *n.* 135. quem allegat dn. Brunnemann. *ad l.* 20. *ff. de appell. n.* 2. In privatis autem delictis sola sufficit litis contestatio. Novar. *de gravam. vassall. gravam.* 106. *n.* 2. *et* 3. Mev. *part.* 5. *dec.* 393. Dn. Brunnemann. *ad l.* 20. *ff.*
131 *de accusat.* Exemplum in juramento suppletorio, quod contra haeredem contumacis non admittitur. *l. fin. c. de in lit. jur.* Nisi lite contestata, *l.* 4. *c. d. tit.* vel 131 etiam nisi ipse haeres in dolo sit, ut si rem in haereditate reperiat, *l.* 1. 2. *th.* 5. *c. d. tit.* Zoes. *ibid. n.* 4. Hahn. *ad Wesenbec. ibid. n.* 4. Barbos. *ad l.* 4. *c. h. tit. n.* 4. Lauterbach. *comp. jur. d. tit. lit. p.*

Ex eodem fundamento decidendam quoque puto quae- 133
stionem: an si filius stupraverit virginem, posteaque pater ipsi successerit, hic ad dotandam stupratam sit obligatus? Ipsum filium ad hoc teneri ex jure divino, *Exod.* 22. *vers.* 16. *et* 17. *Deut.* 22. *vers.* 29. pariter ac civili, constitutione scilicet criminali, notum est. Carpzov. *pr. crim. p.* 2. *quaest.* 68. *n.* 12. Berlich. *conclus.* 38. *n.* 17. De patre vero propterea dubito, quia haec obligatio est ex delicto, quae ad haeredes non transit, nisi lis contestata, et sufficit hoc casu sola litis contestatio, cum civiliter, ad satisfactionem scilicet virgini stupratae applicandam agatur, uti antea fuit dictum. Alia tamen omnino ratio alimentorum, ad quae, cum jamdum praeexistat naturalis obligatio, in tantum, ut etiam vivo filio stupratore, sed absente, pater ad alimenta nepotis spurii possit condemnari, Carpzov. *jurisprud. eccl. lib.* 2. *def.* 243. Confer. praejudicium adductum in dn. Brunnemann. *jur. eccl. lib.* 2. *c.* 18. §. 28. *in not.* Multo magis post mortem filii ad hoc obligabitur, cum illa obligatio naturalis morte filii non exspiret.

CAPUT III.

De facto defuncti ab haerede non praestando in ultimis voluntatibus.

SUMMARIA

Voluntas hominis est ambulatoria et revocabilis. n. 1. 2.
Liber debet esse stylus ultimae voluntatis. n. 4.
Ex testamento, in quo turpis persona instituta, nec legata, nec fideicommissa debentur. n. 5.
Corruit testamentum dolosis persuasionibus extortum. n. 6.
Ratio. n. 7.
Imperfectum testamentum non obligat haeredem. n. 9.
Non valet testamentum a filiofam. conditum. n. 10.
Licet sui juris factus decesserit. n. 11.
An testamentum imperfectum obliget in conscientia? n. 12. 13.
Haeredi potest legari. n. 15.
An haeres haereditatem repudiare, legatum vero relictum acceptare possit? n. 16. 17.
Milites et minores, si sine praevia deliberatione haereditatem adierint, illam postea iterum relinquere possunt. n. 19.
Ampliatur hoc. n. 20.
Contra lucra omissa potest restitui minor. n. 21.
Haeres fundum a testatore vivo adhuc alienatum praestare non tenetur. n. 22.
Limitatur. n. 23.
Fallit hoc in alienatione necessaria n. 26.
Nomen legatum, quod testator vivus exegit, haeres praestare non tenetur. n. 27.
Limitatur. n. 28.
An legatum creditori factum, cum debito compensandum? n. 29.
Affirmatur de debito necessario. n. 30.
Legatum sub conditione relictum exspirat, non existente conditione. n. 32. 33. 34.
Qui libros studiorum causa leget, illos tantam legasse censetur, quos tempore conditi testamenti habuit. n. 35. 36. 37.
Si foeminae, sub conditione, si caste et honeste vivat, legatum sit relictum, quomodo illa vita honesta determinanda? n. 38. 39. 40.
Conditiones derisoriae non stringunt haeredem. n. 41. 42.
Si legatarius impugnet testamentum, legatum ipsi ab haerede non praestandum. n. 43.
Testamentum alterius conscribens utut voluntate testatoris legatum sibi in illo adscripserit, illud tamen non capit. n. 44.
Imo plane poenam l. corneliae incurrit. n. 45.
Limitatur. n. 47. 48.
Legatarius, si cum uxore testatoris concubuerit, legatum non capit. n. 49.
An haeres, an vero fiscus illud capere debeat? n. 50. 51. 52.
Si maritus uxori suae fundi usumfructum praelegavit, posteaq; matrimonium illicitum fuit pronunciatum, tunc corruit etiam legatum. n. 54. 55.
LL. caducariae in usufructu non habent locum. n. 56.
Si uxori relictus ususfructus omnium bonorum, filius vero institutus in proprietate, hic non totum usumfructum praestare tenetur. n. 57. 58.
An cautio ab usufructuario praestanda, a testatore possit remitti? n. 59. *seqq.*

Obstantia argumenta resolvuntur. n. 63. 64.

Remitti non potest cautio a testatore de praxi, bene de jure. n. 65.

An haeres fundum a patre filiae legatum debeat praestare, si vivus pater ipsi illum in dotem dederit? n. 66. 67. 68.

Res fideicommisso subjectae ab haerede alienari non possunt. n. 69. 70.

Haeres a defuncto alienatas res fideicommisso subjectas revocare potest, si adsit alienantis prohibitio. n. 71.

Limitatur. n. 72.

Valebit alienatio rerum fideicommisso subjectarum usque ad legitimam. n. 73.

Res fideicommisso subjectas haeres alienare potest, si servando servari non possint. n. 74.

Per modum quoque commutationis harum rerum permittitur alienatio. n. 75.

Valida est ejusmodi alienatio ob urgens aes alienum defuncti. n. 78.

An etiam ob aes alienum ipsius haeredis? n. 79. 80.

Haeres res fideicommisso subjectas alienare prohibitus, nihilominus inaequaliter illas inter liberos distribuere potest. n. 81.

Limitatur. n. 82.

1 Ambulatoriam esse voluntatem hominis usque ad mortem, decantatissimum ex *l. quod iterum* 4. *ff. de* 2 *adim. vel transfer. leg.* est assertum, hinc quoque 3 omni tempore illa est revocabilis. Mantic. *de conject. ultim. volunt. quaest.* 1. *tit.* 4. *n.* 7. Zepper. *de codicill. c.* 2. *n.* 27. Post mortem tamen adeo firmam inducit obligationem, ut haeres omnia in testamento contenta capitula stricte teneatur observare, modo omnes quoque a ll. requisitae solemnitates in illo fuerint adhibitae, his enim deficientibus, tamquam nullum corrueret testamentum. Liber quoque debet esse 4 stylus ultimae voluntatis, juxta *l. habeat unusquisque c. de ss. eccles.* unde, quod testamento cautum est, ab haerede omnino sancte adimplendum.

5 At vero non semper hic ad id obligatur, ut praestet illud, quod testamento voluit testator. Sic si in testamento praeteriti, qui debebant institui, alii fratres (nam in filiis et parentibus aliud provisum per *nov.* 115. *c.* 3. *et* 4.) in casu turpis personae institutae, ex hoc enim testamento neque legata neque fideicommissa debentur, Matth. de Afflict. *dec.* 125. Vultej. 6 *vol.* 4. *cons.* 35. *n.* 142. Porro testamentum dolosis persuasionibus, minis, vi, metu, duris verbis, importunisve sollicitationibus extortum omnino corruit, et invalidum est, nec ullo modo stringit haeredem. Carpzov. *part.* 3. *c.* 6. *def.* 9. Manz. *de testam. tit.* 3. *quaest.* 1. *n.* 1. Gail. *l.* 2. *obs.* 117. *n.* 4. Menoch. 7 *l.* 2. *arb. jud. qu. cent.* 4. *cas.* 395. cum nihil fere magis repugnet testamenti factioni, quam assidua, dura et immoderata efflagitatio; siquidem testamentum propriis viribus subsistere debet, non ab alterius voluntate pendere. *l.* 32. *ff. de haered. instit. l.* 43. §. *pen. ff. de leg. i. l.* 11. §. *quamquam ff. de legat. III.* Faber. *in cod. l.* 6. *tit.* 5. *def.* 6. *n.* 6. Harpprecht. *ad instit. de testam. n.* 47. *in pr.*

8 Habiles quoque debent esse illi, qui testamenta condere volunt, eorumque voluntas perfecte declaranda, alias testamentum fit imperfectum, et non obligat haeredem, uti videre est in testamento filiifam. qui non potest testari, ne quidem de bonis adventitiis, in quibus pater nullum penitus habet usumfructum. *l. pen. c. qui testam. fac.* Fachin. *l.* 5. *contr.* 25. Nicolaus Reusner. *de testament. p.* 1. *cap.* 28. *n.* 19. exceptis tamen Louis castrensibus, in quibus pro patrefam. habetur. Manz. *de testament. tit.* 2. *n.* 108. *et seqq.* Imo nec valet testamentum filiifam., licet sui juris factus decesserit, per *l.* 19. *ff. de testament. fac.* An autem ejusmodi testamentum imperfectum obliget haeredem in conscientia, non conveniunt dd. du. Brunnem. *cit. loc.* generaliter putat dicendum: quotiescumque moribundus etiam imperfecte disponit, haeredem tamen per Deum et per Christum rogat, ut voluntatem ejus non irritam reddat, si vel tacendo videatur acquiescere petitis, teneri in conscientia ad implendam voluntatem defuncti; quam opinionem tamquam satis piam propterea veram puto, quod haeres precibus testatoris non contradixerit, sed tacendo potius in voluntatem ipsius consenserit. Aliter se res 13 haberet, si tempore conditi testamenti haud praesens, nec etiam per Deum aut Christum fuerit rogatus haeres, sic enim nec in conscientia illum obligari tuto assererem. Vid. prolixe Struvius *exerc.* 32. *th.* 16. et du. Praeses *in disputat. de foro conscient. n.* 43. *et seqq. quae extat. vol.* 2. *disput.* 12.

Uti testamentum non sola constat haeredis institu- 14 tione, sed legata quoque ac fideicommissa plerumque in illo concurrere solent, ita et notissimi juris est, haec omnia ab haerede cuivis in testamento nominato esse praestanda. Interdum quoque et haeredi ipsi pot- 15 est legari, quod contingit in illo casu, ubi plures scripti sunt cohaeredes, et uni horum quid legatum, hoc enim ille per modum praelegati capere poterit. Sed si 16 haeres haereditatem repudiare, fundum vero praelegatum acceptare velit, quaeritur an possit? Resp. Videtur equidem dicendum quod non, quia judicium testatoris non impugnare, sed voluntatem potius ejus implere tenetur, per *l.* 5. *pr. ff. de his quibus ut indign.* Verius tamen est contrarium, defuncti enim judicium 17 impugnare hoc casu non videtur, cum jussus sit adire haereditatem, scilicet si sibi expediat, *l.* 37. §. *ult. l.* 87. *et seq. ff. de legat. i. l.* 12. *cap. de legat.* Dn. Brunnem. *ad l.* 78. *cap. de legat.* Alex. *cons.* 20. *n.* 22. *vol.* 3. Nisi forte de alia mente testatoris expresse 18 constet *l.* 81. *ff. de legat.* 1. Dn. Brunn. *in l.* 90. *c. de legat.*

Pari fere modo minor *l.* 4. §. 5. *ff. de minor.* vel 19 etiam miles haeredes §. 5. *j. de haered. qual. et differ. l. ult. pr. cap. de jur. de lib.* non tenentur facta defuncti praestare, si scilicet sine brevia deliberatione haereditatem adierint, illam enim postea libere relinquere possunt, et ob maximum a ll. ipsis concessum privilegium onera haereditaria subire non tenentur dn. Hopp. *exam. instit. tit. de haered. qual. et differ. qu.* 31. Et hoc non tantum, si damnosa sit 20 haereditas, vel multis negotiis implicita, sed etiam si tantum suspecta sit. Bacchov. *ad tit. de minor.* 25. *ann. cap.* 5. Nam etiam contra lucra omissa restitui 21 potuit minor. *l. ait. praetor.* 7. §. 6. *ff. de minor.* 25. *ann.* Covarruv. *l.* 1. *resolut. c.* 5. *n.* 2. Menoch. *consil.* 412. *n.* 44. cujus limitationes tamen vide apud Oddam. *de restit. in integr. qu.* 4. *art.* 8.

Haeres porro non tenetur praestare fundum lega- 22

tum, si testator vivus adhuc illum alienaverit, quod tamen caute ita capiendum, modo scilicet alienatio illa liberrime fuerit facta, si v. g. res legata alii do-
23 nata, *l.* 18. *ff. de adim. vel transfer. legat.* Mesa *resolut. p.* 3. *cap.* 11. *n.* 18. sic enim voluntas testatoris penitus
24 mutata, et legatum ademptum videtur. Et nil facit, utut rem sponte alienatam postea testator iterum redemerit, *l.* 15. *ff. de legat.* 3. Dn. Brunnemann. *qu. ad Wesenbec. tit. de legat. qu.* 7. Voluntas enim semel mutata non praesumitur iterum mutata, nisi de eo certo constet; et sola redemptio ex se non ponit novam voluntatem, si aliud non appareat, ut hic ejus probandi necessitas incumbat legatario tamquam alle-
25 ganti. Zoes. *ad dict. tit. n.* 7. Excipiunt adhuc dd. legatum pium, *l.* 58. *ff. de manumiss. testament.* de quo
26 vid. dn. Brunnemann. *ad l.* 58. Aliter se res habet in alienatione necessaria, ut si res legata pignori data, §. 12. *jur. de legat.* vel ob urgens aes alienum vendita. *l.* 34. §. 1. *ff. de aur. et arg. legat.* hoc enim casu defunctus non praesumitur voluisse adimere legatum, *l.* 11. §. 12. *ff. de legat.* 3. cum in contractu oneroso praesumatur necessitas, nisi liberam voluntatem probaverit haeres. Mascard. *conclus.* 128. *n.* 2. *et seqq.* Menoch. *l.* 4. *praes.* 167. *n.* 8. *seqq.* Dn. Brunnemann. *ad l.* 11. *ff. de legat.* 3. *n.* 19.

27 Eodem modo se res habet, si testator certum nomen alicui legaverit, posteaque illud vivus adhuc exegerit, sic enim haeres post mortem illius legatario istud praestare nullo modo tenetur, eo ipso enim, quo exigit debitum ipse defunctus, extinctum quoque et nullum fuit legatum. *l.* 11. §. 13. *de legat.* 3. Carpzovius
28 *decis.* 68. *et p.* 3. *constit.* 13. *def.* 19. Quod tamen vulgo limitatur, nisi (1) debitor ultro obtulerit debiti solutionem, hoc enim casu non potuit non illud acceptare. Dn. Brunnemann. *ad l.* 11. *de leg.* 3. *n.* 23. vel (2.) nisi exactam pecuniam in deposito habuerit. Donell. *lib.* 8. *cap.* 17. *lit. n.* Menoch. *lib.* 4. *praes.* 168. Mascard. *de probat. quaest.* 1287. *n.* 122. (3). Nisi condemnari fecerit debitorem, pecuniam autem debitam non exegerit. Carpz. *d. def.* 19. (4.) Si bona in solutum testatori data, ab eo vero non alienata. Mantic. *de conject. ult. vol. lib.* 12. *tit.* 2. *n.* 19.

29 Pariter hic quaeri poterit, an legatum creditori a defuncto sine ulla mentione debiti factum haeres praestare teneatur, an vero illud cum debito sit compensandum? Et in genere quidem utrumque et legatum et debitum peti posse, dicendum; legatum enim est donatio, et hinc animo compensandi illud nunquam
30 relictum censetur, *arg. l.* 2. *ff. de compensat.* Si vero debitum sit necessarium, quod scilicet ex dispositione legis, vel statuti debetur, d. Hopp. *exam. instit. tit. de legat. qu.* 51. quale est dos, illud si legatum fuerit, omnino compensandi animo relictum videtur Menoch. *l.* 2. *arbitr. jud. qu. cas.* 182. *n.* 52. *et cons.* 206. *n.* 93. Dn. Brunnemann. *ad l.* 22. *ff. solut. matrim. n.* 10. et haeres utrumque praestare non obligatur. Legatarius enim acceptando legatum, videtur debito renunciare, quippe recepit, quod ejus vice est. Dn. Mevius *p.* 6. *decis.* 238. *n.* 4. et ita in praxi decisum refert dn. Brunnem. *ad l.* 22. *ff. solut. matrim. n.* 11.

31 Non autem pure tantum, sed ex die quoque et sub conditione recte legatur *l. fin. cap. legat.* Dn. Brunnemann. *qu. ad Wesenbec. tit de legat.* 1. *qu.* 33. possibili scilicet, impossibilis enim tam affirmative quam negative concepta, pro non adjecta habetur *l. servum.* 50. *ff. de haered. instit.* Strauch. *dissertat.* 10. §. 21. Struv. *exerc.* 35. *th.* 69. Cyriac. *controvers.* 247. *n.* 24. Si igitur testator aliquis aegrotus centum alicui lega- 32
verit, sub conditione, si ex morbo praesenti non reconvaluerit, postea vero sanitati fuerit restitutus, et postmodum aliquot ab hinc annis mortuus, haeres tamen ipsius ne obolum quidem legatario exsolvere obligatur; per ipsam enim reconvalescientiam extinctum fuit legatum, et per acquiescentiam testatoris non praesumitur mutata ejusdem voluntas. Carpzov. *part.* 3. *c.* 9. *def.* 21. Eodem modo nec haeres legatum 33
studiorum causa relictum exsolvere tenetur, si legatarius a studiis desistat, et quod magis, solutum hoc intuitu, tamquam indebitum repetere potest, si conditio non impleatur. Cravett. *cons.* 59. *n.* 4. Faber. *in cod. l.* 6. *tit.* 22. *def.* 2. *n.* 3. Deficiente enim con- 34
ditione, extinctum et ad haeredes reversum videtur legatum, quia cessante causa finali, ipsum quoque legatum cessat. *l.* 75. *pr. ff. ad Trebell.* et legatum relictum ob causam tacita voluntate intelligitur ademptum, si causa non impleatur. *l.* 2. *c. de his, quae sunt mod.* Francisc. Mantic. *de conject. ult. volunt. lib.* 6 *tit. n.* 14. Et sic si tacite ademptum, nec haeres illud praestare tenebitur; Carpzov. *p.* 3. *c.* 13. *def.* 26. Quid si vero favore studiorum aliquis filio 35
studenti libros suos legaverit, post conditum vero testamentum alios adhuc sibi comparaverit, anne hoc casu haeres legatario tenetur ad omnes omnino, an vero tantum ad illos, quos tempore legati facti habebat, dubio non caret? Quicquid tamen hujus rei sit, 36
haeredem illos tantum, quos tempore legati condili habuit, non reliquos postea comparatos praestare debere, statuendum putamus Bald. *vol.* 2. *cons.* 284. *n.* 1. Sunt enim verba generalia, quibus legatum relictum, 37
quae debent referri ad tempus testamenti *l. si ita esset legatum.* 7. *ff. de auro et arg. legat.* ut scil. quod testator tum voluit, semper voluisse censetur, cum voluntas nunquam praesumatur mutata. *l.* 3. *ff. de probat.* Mantica *de conject ult. vol. l.* 3. *tit.* 11. *num.* 2.

Posro si alicui foeminae vel viduae sub conditione, 38
si caste et honeste vivat, legatum sit relictum, quomodo scilicet honesta illa vita determinanda, et ex quonam contrarium sit dijudicandum, forte ambiguitate sua non caret? Non sane illam tantum inhoneste vivere dicunt dd. quae stuprum committit, sed sufficere, si saepius cum juvenibus luxuriose loquatur, et forte permittat se exosculari vel tangi mamillas. Alex. *cons.* 77. *vol.* 7. haec enim non convenire honestati, sed esse praeludia adulterii et stupri. *l.* 1. ibique Bartol. *ff. de extraord. crim.* Et quamvis sint, 39
qui. mitiores hac in parte esse velint, dicentes, viduam illam dici honeste vivere, quae non palam corporis copiam sui faciat, utut forte unum vel alterum amore suo haud indignum judicet, inter quos est Natta. *in consil.* 473. *in fin.* quem allegat Mantic. *de conject. ult. vol. lib.* 2. *tit.* 19. *n.* 35. Non tamen hanc 40
opinionem probandam putamus, quin legatum potius ejusmodi, sub antea dicta conditione relictum, intervenientibus hisce actibus ab haerede plane non praestandum existimamus.

Conditiones etiam derisoriae, haeredem vel legata- 41

rium non stringunt; cum in genere cautum, voluntatem testatoris ll. contrariam vel ineptum, observandam non esse *nov.* 1. *cap.* 1. *pr. junct. l.* 113. §. *ult. ff. de legat.* 1. Exemplum in *l.* 27. *ff. de condit. inst.*: si reliquias meas in mare projecerit, et in *l.* 14. *ff. eod.* si se habitu novo indutum sepeliendum curave-
42 rit, etc. Sed partim pro impossibilibus, partim pro non adjectis habentur; voluntas quoque defuncti hoc in casu impleri non debet, et utut non contineant internum aliquam turpitudinem, nihilominus contra ll. sunt, ac consuetudinem, et proinde haeredem non stringunt. *l.* 15. *ff. de condit. instit.* Haeres vero non tantum legata praestare non tenetur, si sub conditione illa fuerint relicta, et haec non impleta a legatario, sed alii quoque dantur casus, ubi haeres pariter factum defuncti circa legatum relictum praesta-
43 re non tenetur. Sic si legatarius impugnet testamentum, legatum ipsi non praestandum. *l. filium* 5. §. 2. *ff. de legat. praest. contr. tabul.* Bartol. *in auth. ex causa n.* 19. *c. de lib. praeterit.* Dunozetus *decis.* 260.
44 Item si is, qui testamentum alterius scripserit, si bique legatum in eodem assignaverit, utut voluntate testatoris hoc factum fuerit, tamen haeres post mor-
45 tem defuncti ad id minime obligatur. Imo non tantum lucro suo privatur legatarius, sed insuper quoque poenam legis corneliae incurrit. *l.* 3. *et* 4. *c. de his qui adscrib. in testam. l.* 6. *ad l. cornel. de fals.* nempe quo fraudes evitentur, omnisque suspicio falsi amoveatur, quod facile tunc perpetrari posset, cum totius testamenti faciendi actus inter duos tantum geratur, testatorem scil. et scribentem, et rarissime, quid in illo contineatur, testibus innotescat. Hartmann. Pistor. *obs.* 130. Wesenbec. *p.* 3. *confer.* 336. *p.* 263. Besold. *p.* 6. *cons.* 284. *n.* 12 Reusner. *de testam. p.* 3. *c.* 23. *n* 8. Nil facit, quod sciente te-
46 statore hoc factum fuerit. Voluntas enim ipsius ll. semper debet esse conformis, *l. fin. c. de fideicom. l.* 23. *c. de legat.* ac nunquam testamento suo potest ille cavere, ne ll. in eo locum habeant. *l. nemo* 55.
47 *ff. de legat.* 1. Carpzov. *p.* 3. *c.* 3. *def.* 9. Caute ergo aget hoc casu legatarius, si testatorem roget, ut in fine testamenti tribus saltem verbis etiam hujus legati mentionem faciat, idque valere debere subscribat, sic enim illud subsistere nullum est dubium. Carpz. *p.* 3. *c.* 3. *def.* 10. Prosp. Farinac. *qu.* 150. *n.* 202. ibique dd. Bald. *conf.* 92. *n.* 2. *lib.* 5. Peregr. *de jur. fisc. lib.* 3. *tit.* 12. *n.* 1. *vers. limitat.*
48 *cum testamentor.* quam subscriptionem specialem requirunt dd. quo legato uti possit, generalem vero ad evitandam poenam supra dictam sufficere consentiunt, de quo vid. Farinac. *d. loc.*

49 Porro haeres non tenetur ad praestandum legatum, si legatarius cum uxore testatoris eo ignorante concubuerit. Berlich. *p.* 2. *c.* 51. *n.* 88. *et p.* 4. *c.* 31. *n.* 7. An vero hoc casu legatum penes haeredem debeat remanere, an vero fisco illud applicandum sit, videtur dubium. Distinguendum omnino putamus cum
50 Mantic. *de conject. ult. vol. l.* 12. *tit.* 5. §. 6. An legatarius vivo adhuc testatore concubuerit cum uxore ejus, an post mortem ipsius. Illo casu omnino penes haeredem legatum permanere putamus, cum a momento illiciti concubitus ex tacita et praesumpta voluntate testatoris revocatum videatur ac extinctum,
51 ac sic per consequens in haereditate manet, et ad haeredem redit. Jason. *in l. sororem n.* 5. *ff. de fideicomm.* Hoc casu, si scil. post mortem demum 52
testatoris concubuerit: legatum equidem subsistit, cum nulla adsit conjectura revocationis, legatario tamen ut indigno postea illud auferitur, et fisco applicatur. *l.* 1. *et l. indignum ff. de his quibus ut indign. etc.* Ripa *in l. ult. n.* 153. *ff. de revoc. donat.*

Legari autem possunt omnes res, quae sunt in com- 53
mercio. §. 4. *instit. de legat. l.* 103. *ff. de v. o.* Corporales non tantum mobiles et immobiles. *l.* 79. §. 1. *ff. de legat. III.* Zoes. *ad ff. tit. de legat.* 54
Struv. *ibid.* sed etiam incorporales §. 121. *instit. de legat.* quales sunt ususfructus, vel alia jura personalia. Ponamus itaque, maritum fundi usumfructum uxori suae praelegasse, postea matrimonium inter has personas illicitum fuisse pronunciatum; quaeritur an nihilominus haeres ad praestandum hoc legatum sit obligatus? Resp. negando: imo fructus ab uxore me- 55
dio tempore percepti repeti ab haeredibus poterunt, per claram *l. uxori* 27. *ff. de usu et usufruct. legat.* Et quidem ex ratione, quia maritus uxori suae legasse censetur, propterea, quod legitimam illam putaverit, cum autem postea apparuerit, illam talem non esse, sed matrimonium ob ll. prohibitionem fuisse damnabile, ob defectum quoque voluntatis legatum illud vires nullas habere poterit. Dn. Brunnemann. *ad d. l.* 27. Et quamvis videatur hoc casu legatum illud non haeredi, sed fisco applicandum, ex ratione, quod illud quasi videatur caducum: nihilominus ta- 56
men haeredi illud auferri nequit, eapropter quod ll. caducariae in usufructu locum sibi nullum vindicare possint, ne scil. fisco perpetuo retinendae usumfructum inutilis prorsus redderetur ipsa proprietas. *l. si ab eo* 9. *ff. de usufr.* Ferdinand. Arias de Mesa *variar. resol. l. III. c.* 22. *n.* 22. ibique Aut. Quod si vero 57
uxori relictus sit ususfructus omnium bonorum, filius vero in totius haereditatis proprietate institutus haeres, numne hic filius totum usumfructum uxori praestare tenetur, an vero partem pro se retinere potest? Sane certum est, filio semper salvam debere esse le- 58
gitimam suam, quod non contingeret, si totus uxori debeatur ususfructus, cum ex sola proprietate ne minimum quidem lucrum capere posset; duae igitur tertiae ipsi saltem praestandae, reliquam vero tertiam retinet filius haeres, loco legitimae portionis. Aug. Berous. *vol. cons.* 62. *n.* 8.

Usufructu legato notum est praestari debere cautio- 59
nem ab usufructuario, se usurum boni viri arbitrio, et finito usufructu rem restituturum. Zoes. *ad tit. ff. de usufr. quem caveat. n.* 1. An autem cautio ejus- 60
modi a testatore remitti possit, ita, ut exinde obligetur haeres, non adeo expeditum. Sane speciosa sa- 61
tis pro affirmativa pugnare videntur argumenta, et primum quidem, quod hoc liceat haeredi; ergo multo magis testatori, utpote qui plus juris in rem suam habet, quam haeres. Secundo, quod testator possit legare rem haeredis. Ergo multo magis rem propriam cum ista conditione, Zoes. *d. l. n.* 6. Non attentis 62
tamen his ipsis argumentis, utramque cautionem adeo necessariam putarem, ut nec a testatore remitti possit, et si forte de facto ille hoc fecerit, haeres exinde non obligetur. *l.* 1. *c. de usufr.* Dn. Brunnem. *ad l.* 1. *ff. de usufr. l. scire debetis* 7. *c ut in possess. legator. l.* 6. *ff. eod. l.* 7. *pr. ff. de usufr.* Gail. *l.* 2.

obs. 145. Wesenb. *cons. II. n.* 5. *et* 17. Castillo *de usufr. c.* 18.

63 Nec obstat argumentum primum contrarium; agitur enim hic de favore haeredis, cui testator pro lubitu renunciare nequit, contra *l. pen. c. de pact.* nec obstat alterum, nam hoc ita lex permittit, ex consensu haeredis, qui adeundo haereditatem tale testatoris factum approbat Zoes. *d. l.* Porro nec licet hic argu-
64 mentari ex jure falcidiae, quam testator prohibere valet. *Auth. seu cum testato. c. ad l. falcid.* Carpzov. *p.* 3. *c.* 13. *def.* 12. Etenim falcidia non tam in gratiam haeredis, ati cautio usufructuaria, sed in favorem ipsius testatoris, ne scil. sine haerede decedat, est introducta. *pr. j. de leg. falcid.* Harppprecht. *in tit. j. de usufr. n.* 10. ac proinde ab uno ad alterum
65 argumentum trahi nequit. Notandum tamem, antea dicta, neutram scil. cautionem a testatore posse remitti, ita obtinere de praxi, stricte enim jure cautionem de restituendo usumfructum haeredi remitti posse, nullum est dubium, quia plane potuisset donare defunctus. Franzk. *ad tit. ff. de usufr. quemad. cav. n.* 6. Du. Praces. *in annot. ad instit. tit. de usufr.*

66 Dotare filiam patris necessarium esse officium, dictum fuit supra in cap. II. Ponas itaque patrem filiae legasse certum fundum, postea virum adhuc eidem il-
67 lum in dotem dedisse. An sic haeres post mortem testatoris ad praestandum illum fundum legati nomine relictum nihilominus obligetur? Videtur sane quod sic, quia id, quod patre vivo non est debitum, non potest dici solutum, et sic fundus legatus, utut a patre vivo in dotem datus, nihilominus post mortem ipsius peti poterit, quam opinionem fovent. Bartol. *in l. filiae* 11. *c. de legat.* aliique A. quos allegat Ferd. Arias de Mesa. *variar. resol. l.* 2. *c.* 11. *n.* 16.
68 Salva tamen hac opinione, contrariam amplecti placet, quod scil. haeres legatum tale praestare non debeat, eo ipso enim dum legatum vivus dedit, extinctum illud videtur. *leg.* 128. *de leg.* 1. et praesumitur pater filiae legasse, ut esset dotata, quia ergo dotem dedit, legatum amplius petere illa nequit. Cephal. *consil.* 84. *n.* 9. *seq. lib.* 1. Surd. *consil.* 14. *n.* 13. et quos refert. Barbosa *ad l.* 84. §. *cum pater. ff. de leg.* 1. Ruin. *lib.* 3. *cons.* 3. *n.* 1. Imo clare satis haec ipsa decisio ex *l. filia* 11. *c. de legat.* patet, ubi dicitur, actionem ex testamento filiam non habere, idque non ex alia ratione, quam quod dotis datio videatur cedere in praestationem legati testamento relicti, du. Brunn. *ad d. l.* 11. Alex. *in l.* 84. *n.* 3. *ff. de leg. II.* Mesa *resol. lib.* 2. *c.* 11. *n.* 15. Menoch. *lib.* 4. *praesumpt.* 197. *n.* 36.

69 Haec jam de legatis: et cum in testamento fideicommissa quoque relinqui solere dictum fuerit supra; disquirendum jam, an et quando haeres illa distrahere possit? Regulariter quidem expediti juris est, quod res subjectae restitutioni titulo fideicommissi particularis vel universalis, pure vel in diem relictae per haeredem alienari non possint. *l. Marcellus* 3. §. 3. *ff. ad sct. Trebell. l. ult. §. sed. quia nostra c. commun. de legat. auth. res quae c. eod.* Knipschild.
70 *de jur. fideicommiss. cap.* 11. *n.* 1. adeo, ut si voluntatem defuncti hac in parte non observaverit, et aliquid alienaverit, illud ipsum in trebellianicam imputare teneatur haeres *d. l. Marcellus*, Peregrin. *de fideicommiss. art.* 40. *n.* 1. Imo etiam haeres a testatore 71
fideicommisso subjecta alienata libere revocare poterit, si adsit expressa prohibitio alienantis. Rota *decis.* 10. *par.* 2. quem allegat Francisc. Nigr. Cyriacus. *controv. forens.* 312. *n.* 113. Modo tamen etiam ratio 72
prohibitionis a testatore fuerit addita, alias nudum foret praeceptum, et prohibitio non valeret. *l.* 114. §. 14. *ff. de leg. I.* ibique du. Brunnemann. *n.* 11. *l.* 38. §. 4. *l.* 93. *ff. de leg. III.* Dantur tamen et casus, 73
ubi haeres etiam fideicommisso subjecta alienare poterit, ut puta, si liberi haereditatem restituere rogati fuerint, valebit utique alienatio rerum fideicommisso subjectarum usque ad legitimam, quippe quae nullo plane modo gravari poterit. *l. quoniam* 32. *cap. de inoff. testament.* Knipschild. *de jur. fideicommiss. cap.* 11. *n.* 309. Carpzovius *p.* 3. *cap.* 8. *def.* 32. Item 74
si res fideicommisso subjectae tempore sint peritura et servando servari non possint, sic enim haeres illas vendere at alienare cogitur, si culpam committere nolit, modo pretium hoc casu in utilitatem fideicommissarii haeredis convertat. *l. pro haerede* 20. *pr. de acquir. haered. l. divus* 5. *ff. de petit. haered.* Andr. Gail. *l.* 2. *obs.* 137. *n.* 12. *et lib.* 1. *obs.* 148. *n.* 3. Mantica. *de conject. ult. vol. lib.* 3. *tit.* 2. *n.* 20. *et* 21. *et lib.* 7. *tit.* 8. *n.* 22.

Secundo quoque permittitur alienatio rerum fidei- 75
commisso subjacentium per modum commutationis, h. e. ut pretium ex illa re alienata redactum in alias res utiliores, ac fideicommissario magis commodas ac proficuas impendatur. *l.* 5. *de petit. haered. l.* 84. *ff. ad trebell.* Matth. de Afflict. *decis.* 336. *n.* 3. Card. Tusch. *pract. conclus. lit. f. conclus.* 283. *n.* 84. Extendit hoc 76
Peregrin. *de fideicommiss. art.* 400. *n.* 32. Etiamsi testator alienationem expresse prohibuerit; nam ubi per- 77
sona, cujus favore facta fuit prohibitio alienandi, non laeditur, etiam permutatio contra prohibitionem facta non censebitur prohibita, et per consequens etiam alienans poenam incurrere non potest. Natta *cons.* 470. *n.* 5. Quod si etiam urgens defuncti adsit aes alienum, 78
haeres libere res fideicommisso subjectas alienare poterit, Knipschild. *de jur. fideicommiss. cap. n.* 216. ibique auctor. quia illo casu etiam rerum expresse alienari prohibitarum subsistit alienatio, modo alia bona non adsint, vel non suficiant. *l.* 38. *ff. de leg. III. l.* 14. *ff. de leg. I.* Peregrin. *de fideicommiss. art.* 40. *n.* 16. Gail. *l.* 2. *obs.* 137. *n.* 4. haec enim prohibitio creditoribus praejudicare nequit du. Brunnemann. *ad d. l.* 114. *n.* 17. et necessitas non habet legem, hinc quoque praedictam assertionem ad alienationem ob necessitatem famis, vel pro redemptione haeredis factam, extendi posse, nullum est dubium. *arg. c.* 2. §. *ult. X. de observ. jejun.* Gail *d. loc.* Carpzov. *p.* 3. *c.* 8. *def.* 34.

Et hoc quidem quantum ad aes alienum ipsius de- 79
functi; an vero haeredes pro exsolutione aeris alieni proprii etiam bona fideicommisso subjecta alienare possint, magis videtur dubium? Et quidem, si sub conditione vel die relicta illa fuerint, quia ante existentem illam dominium rei fideicommisso subjectae penes haeredem maneret, Carpzov. *p.* 3. *cap.* 8. *def.* 30. alienatio quoque ab illo facto subsisteret, donec scilicet conditio vel dies existat. Sic enim ipso jure ad fidei- 80
commissarium res alienatae redirent. *l. ult.* §. *sin autem sub conditione. c. comm. de legat.* Peregrin. *de fideicommiss. art.* 40. *num.* 7. Plures casus, ubi haec-

res res fideicommisso subjectas alienare poterit, vid. apud dn. Knipschild. *cap.* 2. ubi prolixius de hac materia agit.

31 Coronidis loco adhuc in capite hoc III. quaestionem nectere liceret; an scilicet haeres rem extra familiam a testatore alienare prohibitus, nihilominus inaequaliter illam inter liberos distribuere possit? Sane voluntatem hoc casu haeredis liberam nullo modo restringendam putamus, quin potius facultatem ipsi concedimus, pro arbitrio rem illam, vel omi tantum relinquendi, vel natu quoque minori majorem, quam reliquis partem adscribendi, sunt enim aequi omnes de familia, et non potest dici facere contra dispositionem testatoris. Menoch. *cons.* 197. *n.* 11. *et cons.* 327. *n.* 97. Nisi forte 32 omnes in familia aequaliter a testatore fuerint vocati, sic enim, quo impleatur voluntas defuncti, aequales quoque portiones singulis forent assignandae. Menoch. *cons.* 277. *n.* 37. Dn. Brunnemann. *ad l.* 114. *ff. de leg.* 1. *n.* 20.

CAPUT IV.

De facto defuncti ab haerede non praestando in feudalibus.

SUMMARIA

Ingressus. n. 1.
Differentia inter haeredem feudalem et allodialem proponitur. n. 2.
Feudum ab allodio separari non potest. n. 3.
Cognatio non tribuit jus succedendi. n. 4.
Jure saxon. etiam in feudo antiquo agnati opus habent simultanea investitura. n. 5.
Agnati feudum in praejudicium ipsorum alienatum revocare possunt. n. 6.
Revocatio fit dupliciter. n. 7.
Agnatus revocare potest feudum, quamvis vasallus ob necessitatem aeris alieni illud alienaverit. n. 8.
Quomodo ex jure protimiseos fiat revocatio? n. 9.
Quid juris, si agnatus alienatori simul haeres in allodio existat? n. 10.
Qui jure proprio nititur, factum defuncti impugnare potest. n. 12.
Sola simultanea investitura jure saxon. tribuit jus succedendi. n. 13.
Agnatus haeres in allodio existens, si feudum revocetur, pretium refundere tenetur. n. 14.
Ratio. n. 15.
Ampliatur. n. 16.
Alienatio feudi sine consensu agnatorum quando prohibita sit? n. 18.
Quid juris in feudo haereditario? n. 19.
Quid in feudo ex pacto et providentia? remissive. num. 17.
An haeres feudalis teneatur ad residuum pretii pro feudo soluti? n. 22. 23.
An filiabus ex feudo debeatur legitima? n. 24.
An haeres teneatur ratihabere investituram a defuncto in casum mortis factam? remissive. n. 23.

Expositum hucusque, quando et quibus casibus tam 1
in actibus inter vivos, quam ultimis voluntatibus haeres ad factum defuncti praestandum non obligetur. Ad materiam feudalem jam progrediendum, quidve in eo juris haeredi vel successori feudi competat, vel non, disquirendum erit. Monendum tamen ab initio, quod 2
dd. caute separandum velint haeredem allodialem, ab haerede vel successore feudali; de illo enim ob generalitatem. *l. cum a matre.* 14. *cap. de r. v.* rem expeditam esse volunt, quod scilicet, si in feudo simul succedat, factum defuncti quovis modo praestare teneatur. Et quidem ex ratione, quod feudum ab allodio 3
separari non possit, 2. *f.* 43. *et* 2. *f.* 51. §. *filius.* Dn. Praeses. *exam. jur. feudal. cap.* 20. *qu.* 10. quod tamen in quantum procedat, postea dicetur. Haeredes 4
feudales sive agnati (cognatio enim in materia feudali neque jus succedendi tribuit, neque gradum propinquiorem facit. Andr. Gail. *lib.* 2. *obs.* 151. Carpzov. *p. cap.* 14. *def.* 57.) vel ipso jure ad successionem veniunt, ut in feudo antiquo, dn. Struv. *syntagm. jur. feud. cap.* 13. §. 18. vel opus habent investitura, ut in feudo novo. Berlich. *p.* 2. *conclus.* 53. *n.* 24. Quod 5
jure saxon. secus, ubi ne quidem in feudo antiquo succedunt agnati, deficiente simultanea investitura, Berlich. *d. l.* Utroque vero casu non jure ultimi defuncti, sed proprio quasi succedunt, utpote cum ipsis per pactum primi acquirentis, et providentiam juris feudalis prospectum sit; ob quam causam regulariter ad praestationem facti ab ultimo vassallo gesti non obligantur, *arg.* 2. *feud.* 54.

Feudo itaque in praejudicium agnatorum alienato, 6
et quidem licite h. e. intervenientе domini feudi consensu, revocare quoque illud ipsum agnati non prohibentur, Hartm. Pistor. *p.* 2. *qu.* 20. *n.* 9. Quae revo- 7
catio fit dupliciter, vel jure delatae successionis, vel jure protimiseos seu retractus, Struv. *cap.* 13. §. 15. ita ut illo casu feudum revocetur a possessore pretio nullo refuso, post mortem alienatoris ejusque liberorum. Carpz. *p.* 2. *cap.* 48. *def.* 31. ob clar. textum 2. *feud.* 26. §. *Titius. verb. Sempronius proximior agnatus mortuo demum Titio partem illius feudi nullo dato pretio recuperare potest.* vid. Mynsing. *lib.* 4. *observ.* 85. *n.* 2. Schrader. *p.* 8. *cap.* 8. *n.* 31. *seqq.* Anton. *disputat. feudal.* 10. *th.* 3. Et hoc asserere omnes interpretes in *d. vers. Titius* nullo in contrarium eunte scribit Hartmann. Pistor. *p.* 2. *qu.* 6. *n.* 10. Quod etiam verum est, et si aeris alieni necessi- 8
tate cogente ad alienationem vasallus processisset, Curt. Jun. *part.* 1. *n.* 107. Hartmann. Pistor. *d. quaest.* 6. *nu. a.* 49. Dissentit Hanneton. *tract. feud. lib.* 5. *cap.* 5. Limitationes hujus vid. apud Anton. *d. l.* Et datur hoc casu regressus emptori contra alienantis haeredes allodiales; dn. Praeses *ex. jur. feudal. cap.* 20. *qu.* 8. Anton. *disputat.* 10. *th.* 3. *lit. c.* Ex jure 9
protimiseos vero proximior feudum alteri vendendum, oblato eodem pretio, cum iisdem terminis et conditionibus, quod solvere paratus erat, repetere, et ut sibi vendatur, petere potest. 2. *f.* 3. §. *sed etiam.* imo quoque cum jam feudum in alium translatum et proximiori non prius oblatum fuerit, hic refuso pretio ab emptore dato intra annum a die scientiae computandum, illud revocare poterit. 2. *f.* 26. §. *Titius.* Dn.

Praeses *exam. jur. feudal. c.* 20. *qu.* 8. §. 6. Et haec quidem omnia plani et expediti juris sunt.

10 Si vero agnatus simultanee investitus alienatori haeres in allodiis extiterit, annon et hoc casu feudum alienatum revocare possit, ambigunm admodum est,
11 dd. hinc inde partim affirmativam, partim negativam acerrime defendentibus. Haud leve quidem pro hac ultima argumentum est, quod haeres teneatur praestare factum defuncti, et sic non possit impugnare hanc feudi alienationem, sed illam potius debeat ratam ha-
12 bere: interim cum illis, qui affirmativam amplectuntur, h. e. revocandi licentiam agnatis concedunt, antea dictam regulam locum habere putamus, in illis rebus, quae haereditario jure haeredi deferuntur, quando vero quis non haereditario jure, sed legis dispositione, et sic jure proprio nititur, tunc etiam factum defuncti illum impugnare posse, verisimile est, Bartol. et Bald. *per l.* 2. *cap. si quid in fraudem patr. in l. Titia*
13 78. §. *imperator. ff. de legat.* 2. Hartmann. Pistor. *part.* 2. *qu.* 9. *n.* 42. *et* 46. Expeditum vero, sola vi simultaneae investiturae, quae non solum suapte essentia jus succedendi secum affert, etiamsi nulla in instrumento ejusdem facta fuerit mentio. Carpzov. *p.* 2. *cap.* 45. *def.* 16. Sed et jus firmum ac radicatum in feudo tribuit Hartman. Pistor. *p.* 2. *qu.* 20. *n.* 6. et sic proprio jure agnatos ad feudi successionem admitti, unde defuncti alienationem revocare omnino poterunt, Carpzov. *part.* 2. *c.* 48. *def.* 3.

14 Non tamen simpliciter hoc affirmandum puto, sed propter aditam haereditatem allodialem ad refundendum pretium emptori obligari agnatos, non dubito; satis enim lucri ad ipsos redundat ex eo, quod rem ipsam possint revocare, cum forte magis eorum interesse possit, feudum ipsum, quam ejusdem pretium habere, igitur et justum est, ut qua successores feu-
15 dales ex jure primae investiturae feudum revocent; qua haeredes allodiales, (non enim absurdum est, unam personam duplici jure censeri) pretium emptori refundant, ne scilicet cum alterius damno locupletentur. Hartm. Pistor. *part.* 2. *qu.* 9. *n. fin.* quo casu multum refert, fecisse inventarium, eo enim confecto ultra vires haereditatis non tenebuntur. *l. fin. c. de jur. de-*
16 *lib.* Et hoc non tantum de agnatis intelligendum, qui tempore alienationis in vivis fuerunt, sed de illis quoque, qui post illam demum concepti vel nati fuerunt,
17 Berlich. *part.* 2. *conclus.* 57. *n.* 47. Dominus enim feudi non solum, sed vassallus quoque acquirens illud, ad omnes agnatos, qui unquam exituri sunt, in infinitum respectum habuisse censetur, et ex hac ipsa eorum intentione omnibus ex familia illa, quandocumque successionis ordo ad illos pervenerit, jus quaesitum est, quod eis sine consensu eorum auferri, imo et futuro ipsorum juri praejudicari nequit. Hartm. Pistor. *lib.* 2. *q.* 6. *n.* 37. *seqq.* ibique dd.

18 Interim cum ea, quae jam dicta sunt, obtineant in feudo antiquo, hoc autem duplex sit, vel natura vel pacto tale, sciendum, in illo saltem alienationem feudi sine consensu agnatorum esse prohibitam, non in hoc, quippe quod ex conventione vassalli cum domino dependet, unde et contrario pacto cum domino inito potest mutari. Struv. *syntagm. jur. feud. c.* 3. *th.* 3 *n.* 2. Rosenth. *de feud. cap. conclus.* 15. Dn. Praes. *exam. jur. feud. c.* 3. *q.* 18.

De feudo itaque mere haereditario res expedita, 19
quod agnati illud alienatum revocare nequeant, ob liberam dispositionem, quam vassallus in eo habuit. Dn. Praeses. *exam. feud. c.* 20. *qu.* 11. et cum non ex alio quam haereditario jure succedant agnati, alienationem quoque defuncti ratihabere tenentur, Struv. *c.* 4. §. 13.

An vero eadem obtineat decisio in feudo ex pacto 20
et providentia, aliisque, jam videndum foret, nisi prolixius hinc inde de jure revocandi feuda agnatis competente a dd. fuisset actum, igitur studio brevitatis lectorem benevolum eo remittere placet. Vid. Struvius *syntagm. jur. feudal. cap.* 13. *th.* 15. *usque ad fin. j. cap.* Hartm. Pistor. *lib.* 2. *qu.* 12. 13. *seqq.* Carpz. *p.* 2. *c.* 48. *def.* 10. 11. *seqq.* Berlich. *p.* 2. *conclus.* 57. 58. *et sqq.* pariter de feudi alienati revocatione ex professo agens.

Paucis adhuc de debitis nobis erit agendum, an 21
scilicet et quatenus illa ex feudo debeantur, vel non? Et hic haud immerito primo quaerimus loco: an haec 22
res feudalis teneatur ad residuum pretium, quo feudum est emptum? Videtur quidem, quod sic, quia ad debita feudalia est obligatus; sed cum ejusmodi debitum ad allodiale, non feudale referatur, propterea quod 23
sit ex contractu, ubi personam tantum obligavit emptor, igitur nec haeres feudalis exinde obligari poterit. Dn. Praeses *exam. jur. feudal. cap.* 21. *qu.* 7. Quamvis secus de jur. saxon. Carpzov. *p.* 2. *cap.* 46. *def.* 27. Porro dubitatur: an etiam ex feudo filiabus a suc- 24
cessore feudali debeatur legitima? Resp. Affirmant hoc ddres de feudo novo, si pater scilicet in ejus comparationem maximam patrimonii partem impenderit Carpzovius *p.* 2. *cap.* 46. *n.* 24. Rosenthal. *de feudal. cap.* 7. *conclus.* 13. *n.* 31. vel etiam, si bona sua allodialia in feudum obtulerit. Dn. Praeses *exam. jur. feud. cap.* 21. *qu.* 23. Vid. Ludw. *Synops. feud pag.* 153. quo tamen casu si scilicet legitimam ex feudo 25
acceperit filia, dotem amplius petere non poterit. Dn. Brunnem. *cent.* 2. *decis.* 60. cum dos in legitimam computetur. *l.* 29. *c. de inoff. test.*

Ultimo loco quoque exponendum foret, quatenus 26
haeres domini secularis vel ecclesiastici investituram ab illo in casum mortis factam, teneatur ratam habere vel non? Verum cum prolixe non minus quam accurate de hoc egerit Berlich. *p.* 2. *conclus.* 52. *n.* 10. *usque ad n.* 39. et Hartm. Pistor. *lib.* 2. *que* 26. igitur et eo pariter l. b. remittimus, ejusque favore ac benevolentia ab initio statim nobis promissa freti huic quoque disputationi colophonem imponimus, immortales agentes gratias Divino Numini, quod et huic operi perficiendo sufficientes animi corporisque vires benignissime concesserit. Adsit porro nobis gratia sua Deus. o. m. quo quicquid porro susceptum operae, ad felicem exoptatumque perducatur.

FINEM.

DISPUTATIO VIGESIMA QUARTA

DE POSSIDENTE NON MELIORE,

AD DIEM 10. DECEMBR. ANNO MDCLXXXVII.

PRO LICENTIA

JOHAN. ADOLPH. CHRISTOPH. DE CORNBERG,

EQUES WESTPHALUS.

PRÆFAMEN.

Meliorem in dubio possidentis esse conditionem, non in foro tantum, sed et in auditoriis ita decantatum est, ut nemo non ingentia possessionis commoda anhelet, et jure factove illam sibi acquirere annitatur. Neque vero juris civilis tantum inventum hoc esse, sed et naturali rationi idem convenire, asserit Grotius *libr. 2. de j. b. et p. cap. 23. th. 11.* Cum enim communis hominum cognatio, quam inter eos constituit natura *l. 3. ff. de j. et j.* non sinat de aliis pejus praesumere, et vitium actus alicujus tamquam praeternaturale sit probandum illi, qui negotium iniquitatis incusare cupit, merito favendum erit possidenti, et bene de eo praesumendum. Quam ob causam possessio etiam juste, et ex titulo ad transferendum dominium habili, praesumitur acquisita, ut possessor nec probare nec allegare cogatur causam suae possessionis; sed pro domino habeatur, donec alter intentionem suam contrariam liquido probaverit. Hinc non modo manutenendus est in possessione ejusque commodis, sed et omnibus ipsum in ea impedientibus impune resistendi licentia ipsi non deneganda. Cum vero non ignota, sed ubivis obvia haec possessorum commoda sint, mihi autem specimen academicum edendum esset, nolui in themate illo satis vulgato me detinere, sed utilius fore censui, in illud inquisivisse, annon aliquando illud possessionis praesidium suas amittat vires, adeo, ut petitore cum possessore concurrente, possessoria non melior sit conditio. Latitat hic non raro in ipso possessore vitium, quod ipsum indignum reddit commodis possessoris. Resistit eidem interdum ipsa rei possessae qualitas, quae non promiscue quemvis admittit possessorem, sed illum tantum, quem vel princeps possidere voluit, sicuti usu venit in possessione regalium, vel qui canonice ad hoc electus, uti contingit in beneficiorum ecclesiasticorum possessione; quibus casibus si non doceatur titulus, gratulari sibi de possessione detentor non valet. Hos itaque casus private industria colligere libuit, in quantum aetas mea permisit. Quod si non omnia ad palatum tuum, benevole lector, vel etiam si non omnia hic adducta videris, quae pro amplitudine hujus materiae adduci poterant, veniam eo facilius mihi dabis, eapropter, quod mihi intentio non fuerit, tractatum conscribere, sed tantum in praecipuis maximeque utilibus juris nostri controversiis ostendere, possidentem non semper esse meliorem, sed quandoque deteriorem. A Deo autem ter optimo maximo clementissimam suscepti laboris directionem humillimis precibus expeto.

CAPUT I.

De possessione, ejusque commodis in genere.

SUMMARIA

Possessionis derivatio. n. 1. seq.
Vera etymologia. n. 3.
Possessionis synonyma. n. 4. seq.
Quotupliciter sumatur possessio? n. 6. et seq.
An semper opinio domini ad possessionem requiratur? n. 8.
Injusta possessio suos etiam habeat effectus. n. 9. et seq.

Naturalis et civilis possessio quomodo differat? n. 12.
De possessione civilissima. n. 13.
An una tantum possessionis species? n. 15.
Divisio possessionis in veram et quasi. n. 16. *seq.*
In bonae et malae fidei. n. 18.
Possidentium causa regulariter est melior. n. 19.
Commoda possessorum recensentur. n. 20.
Favor possidentium regulariter supponit possessionem civilem. n. 22. *et seq.*
In contractibus potior, cui prius res traditur. n. 24.
An idem obtineat in re diversis oppignorata. n. 25.
Ratio diversitatis. n. 26.
In pari turpitudine melior est ratio possidentis. n. 28.
An non hic fisco locus sit? n. 29. *seq.*
In probationibus melior est ratio possidentis. n. 31.
Qualis praesumptio obstet possidenti? n. 32.
Ex possessione praesumitur dominium. n. 33.
Possessio tribuit jus exigendi homagium. n 34.
Exemplum aliud in proprietate bonorum mariti et uxoris. n. 35. *et seq.*
Possessio transfert onus probandi. n. 38. *et seq.*
Possessor non tenetur allegare titulum. n. 40.
Possessori debetur manutenentia. n. 42. *et seq.*
Potest propria auctoritate possessionem suam defendere. n. 45.
Etiam contra ipsum judicem injuste exequentem. num. 46.
Etiam cum interneclone invasoris. n. 47.
Possessor fructus suos facit. n. 49.
Modo concurrat bona fides. n. 50.
Per possessionem acquiritur dominium. n. 51.
De justitia usucapionis. n. 52.

1 §. 1. Possessionem a *pedibus* derivatam ex labeone asserit Paulus *in l.* 1. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* vel a *sedibus* potius, juxta Florentinam, ne quis cum Accursio neget, res mobiles possideri, quia in eas
2 pedes non ponimus. Est ergo possessio quasi *positio sedis*, ex moribus nempe antiquis, ubi acquirendae possessionis symbolum fuit sedis alicujus positio, prout collegit Hottomannus. Sic in *l.* 3. §. 5. *in fin. ff. d. t.* dicitur, non magis possessionem apud duos esse posse, quam ut tu *sedere* videaris in eo loco, in quo ego *sedeo;* et in *l.* 203. *de v. s.* eam domum unicuique nostrum debere existimari, ubi quisque *sedes* et tabulas haberet. Cum quo correspondet germanorum appellatio, *besitzen* Voss. *lex. etymolog. voc. possidere.*
3 Sed allusionem haec prae se ferunt, veraque possessionis etymologia deducitur a veteri nomine *pos et sedere*, quasi potis sedere. Voss. *d. l.* est enim possidere ita *sedere*, ut loci *potens* sis. Grot. *in flor. spars*, Struv. *syntagm. jur. civil. ex.* 42. *th.* 1. Meyer. *in colleg. jur. argent. ad tit. de a. vel a. possess. th.* 3.

4 §. 2. Vocatur vero possidens alias possessor, detinens, seu detentor, detentator *l.* 8. §. 1. *c. de praescr.* 30. *vel* 40. *ann.* insidens *in l.* 8. *c. de omni agro*
5 *deserto.* Sic pro possidere, *tenere* dicitur *in l.* 44. §. *fin. ff. de usurpat. et usucap. l.* 8. §. 1. *c. de praescript.* 30. *vel* 40. *annor.* Item incubare, quod non semper de malae fidei possessione accipitur, sed de possessione in genere, *colleg. jur. arg. d. l. th.* 5.

6 §. 3. Nec plane praetereunda est possidentis homonymia: sumitur enim vel pro eo, qui rem detinet etiam absque animo sibi habendi *l.* 18. *pr. ff. de a. vel a. p.* et tales communiter dicuntur tenere *l.* 49. §. 1. *eod. l.* 31. §. 3. *de usurp. et usucap.* esse in possessione *l.* 10. §. 1. *de a. p.* non vero possidere *d. l.* 10. §. 1. *l.* 33. §. 1. *de usurp. et usucap.* et vocatur ejusmodi possessio asinina: Menoch. *remed.* 3. *retin. possess. n.* 170. In sensu vero strictiori denotat 7
eum, qui rem animo sibi habendi detinet *l.* 1. §. 3. *l.* 3. *ff. de a. vel a. p.* Meyer. *d. l. th.* 4.

§. 4. Animum ergo, seu affectionem domini requi- 8
rimus, non simul opinionem: nam et injusta posses- 9
sio suos in jure habet effectus, praesertim adversus extraneos *l. ult. ff. de a. vel a. p.* Sic qui a me ei possidebat, habet contra tertium interdictum uti possidentis *l.* 1. §. *fin. l.* 2. *ff. uti poss.* et interdictum unde vi *l.* 1. §. 30. *ff. de vi et vi arm.* Item si ab 10
ipso dejiciente vi vel clam precario possideam, contra ipsum hoc interdicto tutus ero. §. 6. *i. de interd.* Non 11
vero defendendus talis possessor contra dejectum, interdicto unde vi agentem, quo sensu dejiciens pro non possidente *in l.* 22. *de a. vel a. p.* et dejectus pro possidente habetur *l.* 17. *eod.*

§. 5. Naturalis tamen subinde vocatur talis posses 12
sio, testante Meyer. *in coll. j. a. de a. vel a p. n.* 5. *in fin.* et contradistinguitur civili, quam opinio domini comitatur. Conf. *l.* 13. §. 1. *ff. de public. in rem. act. l.* 22. §. 1. *a. de noxal. am.* Alii addunt 13
possessionem civilissimam, quam lex defert sine actu apprehensionis Fachin. *lib.* 8. *contr.* 5. Strauch. *diss.* 6. §. 12. Plures significatus naturalis et civilis pos- 14
sessionis vid. apud. Struv. *ex.* 42. *th.* 8. *seqq.* Meyer. *d. l.* Dn. Brunn. *ad l.* 4. *c. de acq. et retin. poss.* Wissenb. *de a. vel a. p. th.* 3. Quamvis aliqui unicam 15
tantum agnoscant possessionis speciem, scil. civilem: et naturalem pro nuda detentione habeant, de quo prolixe Parlador. *rer. quotidian. lib.* 1. *a.* 9. *n.* 10.

§. 6. Supersunt et aliae possessionis divisiones, in 16
veram, quae rerum corporalium; et quasi possessionem, quae incorporalium est. Tales enim res non possidentur proprie. *l.* §. 27. *de usurp. et usucap.* quia nec traditionem recipiunt *l.* 43. §. 1. *de a. r. d.* Sed per quamdam analogiam *l.* 2. *a. comm. praed.* ita enim ususfructus quasi possideri dicitur *in l.* 23. §. 2. *ff. ex quib. caus. maj. l.* 10. *si servit. vindic.* Conf. Wissenb. *ad ff. de a. vel a. poss. th.* 16. Alias etiam 17
quasi possessor vocari solet, qui dolo desiit possidere *l.* 25. §. 8. *de haered. petit.* vel qui petitioni se offert. *l.* 113. §. 13. *eod.* hos enim lex in poenam improbi facti pro possessoribus habet, quo teneantur actione in rem. Dividitur item in bonae et malae fi- 18
dei, in justam et injustam possessionem; et tandem in tot species, quot tituli sunt acquirendi dominii e. g. pro suo, pro emptore etc.

§. 7. Verum haec et alia, tamquam ubivis obvia, nec 19
ad scopum nostrum adeo facentia, merito transmittimus, et intentioni nostrae propius accedimus; cum enim propositum nobis sit, per exempla demonstrare, non semper possidentis causam esse meliorem; hinc hoc capite adhuc praemittendum erit; regulariter et in dubio possidentis causam essem meliorem; adeo, ut inde beatos possidentes dixerint, Gloss. *ad* §. *commodum. i. de interdict.* cum jam illud habeant, quod hucusque desiderarunt, et variis propter possessionem adeptam gaudeanti commodis; quae ipsa com-

moda possidentium hoc capite tangenda, ut eo melius in sequentibus constet, quando illa commoda cessent, vel exceptionem patiantur.

20 §. 8. Commoda haec possidentium non exigua esse, monet Cujus *in l.* 2[1]. *ff. de r. v.* longe, inquiens, commodius est possidere, quam alio possidente petere. Cujus asserti rationem ponit in *l.* 125. *de. r. j.* quod 21 favorabiliores rei potius quam actores habeantur. Suffragatur ei Paulus in *l.* 128. *d. t.* in pari causa possessorem potiorem habendum. Conf. *c. in pari.* 65. *de r. i. in 6to.* et Ulpianus *l.* 126. §. 2. ibidem possidentis causam meliorem judicans, cum de lucro duorum quaeratur, iisdemque fere verbis Pomponius in *l.* 23. *ff. ibid.* Brunnem. *in. l.* 2. *c. de condict. ob turp. caus.* Qualiscumque enim possessor, eo ipso, quod possessor est plus juris habet, quam ille, qui non possidet, *l.* 2. *ff. uti poss.* Commoda ista ab aliis plura, ab aliis pauciora recensentur, vid. Tusch. *pract. conclus. lit. p. concl.* 427. Carol. Tapia *in auth. ingressu c. de ss. eccles. verb. ipso ingressu n.* 13. *seqq.* Menoch. *l.* 6. *praesumt.* 69. Gylmann. *l.* 22. *dec.* 14. *n.* 19. *seqq.* E quibus potiora hic delibabimus.

22 §. 9. Quoties autem in legibus civilibus aliquis possessioni favor tribuitur, intelligi illam civilem possessionem, quae et affectum dominii, et probabilem ejus affectus causam habet, putat dn. Pyffendorf. *de jur* 23 *n. et g. l.* 4. *c.* 9. §. 6. Quod regulariter quidem procedit, quandoque tamen et injustae possessioni sua non denegunda esse commoda, demonstravimus supr. §. 4. quod et infra ulterius deducetur.

24 §. 10. Primum exemplum regulae in *l.* 128. *de r. j.* occurrit in *l. quoties.* 15. *c. de r. v. ubi dd.* Quoties duobus praedium jure distrahitur, is, cui priori tradita possessio est, in detinendo dominio est potior, idque manifesti juris dicitur *in d. l.* 15. Rationem deprehendimus *in l.* 6. *c. de haered. vel act. vendita*, qui tibi haereditatem vendidit, antequam res haereditarias traderet, dominus earum perseveravit, et ideo vendendo eas aliis, dominium transferre potuit: quia traditionibus non nudis pactis dominia transferuntur, *l.* 20. *c. de* 25 *pact.* Idque tum in causa lucrativa v. g. donatione *d. l.* 15. *c.* tum in onerosa, uti pignore *l.* 1. §. 1. *de salv. interd. junct. l.* 10. *de pignor.* scil. si res duobus simul pignori obligata sit; secus si diverso tempore, tunc enim licet posteriori tradatur, prioris tamen potiorem conditionem esse docet *l.* 12. *ff. qui pot. in pign.* quae tamen variis modis limitatur, vid. dn. Brunnemmann. *ad l.* 7. *c. eod.* quae temporis praerogativa etiam ad horam et momentum consideratur. Gail. *l.* 2. *obs.* 25. 26 *n.* 3. Carpzov. *p.* 1. *c.* 28. *d.* 3. *n.* 1. Ratio hujus exceptionis in eo consistit, quod pignus non solum traditione, sed et nuda conventione, quatenus scil. pignus cum hypotheca convenit, §. 7. *i. de act.* constituatur *l.* 1. *ff. de pign. act.* ut simul, ac convenerint, res obligata sit *l.* 4. *ff. de pign.* Mev. *ad jus lubec. p.* 3. *tit.* 1. 27 *art.* 12. *n.* 55. *seqq.* Aliud iterum dicendum, si diversi non domini oppignoraverint, ubi possessor melior est. *l.* 14. *ff. qui pot. in pign.*

28 §. 11. Secundum exemplum regulae *in. d. l.* 148. *d. r. j.* occurrit in pari turpitudine dantis et accipientis, ubi possessoris melior est conditio, nec repetuntur hoc modo data *l.* 2. *c. de condict. ob. turp. caus. l.* 8. *ff. eod. Post. de manutent. obs.* 1. *n.* 23. Brunnem. *ad l.* 4. *ff. de cond. ob turp. caus.* Struv. *ex.*

18. §. 23. v. g. si judici pecunia detur, ut male judicet, *l.* 3. *ff. eod.* item si quis dederit ob stuprum, aut fur, ne prodiretur, aut in adulterio deprehensus, se redemerit, *l.* 4. *eod.* Sed melior possidentis conditio 29 tantum quoad ipsos in turpitudine versantes, cum enim nemo ex turpitudine sua lucrum sentire debeat, communiter asserunt, fiscum data repetere posse *arg. l.* 32 §. *fin. ff. de donat. int. vir. et ux. l.* 9. *de jure fisci l.* 5. *pr. ff. de calumn.* unde concludunt dd. to- 30 ties fisco locum esse, quoties quis rem titulo legibus interdicto sibi quaesivit, quo casu in scelere versatur acquirens, ut inde merito possessione rei in poenam privandus sit, Hahn. *ad Wesenb. de condict. ob turp. caus.. n.* 4.

§. 12. Tertium est quod petente et possidente aequa- 31 les probationes efferentibus absolvatur reus possidens Struv. *ex.* 28. *th.* 13. Et si aequales sint ambarum partium testes, possessoris praeferantur *cap. ex literis* 3. *X. de probationibus.* nam probatio dubia concludit pro reo et pro possessore, ad effectum absolutionis Tusch. *concl.* 766. *lit. p. n.* 13.

§. 13. Non vero in pari tantum, sed et in dubio possi- 32 dens praevalet, quamdiu nimirum nulla pro non possidente praesumptio militat, quae scil. sit oneris probandi translativa; alioqui enim, si actor aliquid probaverit, sed in plena probatione defecerit, reus tamen ob commodum possessionis absolvitur, etiamsi a sua parte nihil probaverit, vel nullam justam tenendi causam allegare possit *l.* 4. *c. de edend. l. ult. c. de rei vind.* Ratio 33 hujus decisionis in eo consistit quod possidens dominus praesumatur *l.* 8. §. 1. *c. de praescr.* 30. *vel.* 40. *annor. l.* 12. *c. de probat.* et omnino *l.* 2. *eod.* Carpz. *dec.* 82. *n.* 36. Tusch. *lit. p. concl.* 428. *n.* 2. seu propterea, quod alioqui difficillima sit exacta dominii probatio, seu quod regulare sit, ut per possessionis acquisitionem dominium quoque acquiratur Faber. *in. eod. l.* 4. *tit.* 14. *def.* 40. unde dominium possessionis non nulli statuunt, dominio proprietatis contradistinctum, occasione *l.* 4 *c. eod.*. sed falso vid. Struv. *exercit.* 40. *th.* 34 13. Ita ob hanc dominii praesumptionem vassallus homagium praestare debet possidenti, si duo contendant de eodem ducatu et principatu Carpzov. *resp* 1. *num.* 21. Guid. Pap. *decis.* 181. *et decis.* 326. Ulterius bona 35 mobilia in domo defuncti reperta, praesumuntur ejus fuisse *l.* 2. *c. de. probat.* et bona apud debitorem reperta, ejus praesumuntur *l.* 2. *c. ne uxor pro marito ubi* Brunnemann. *n.* 2. Mascard. *concl.* 708. Sic uxori 36 non creditur, bona sua esse asserenti quae in mariti domo deprehenduntur, nisi probaverit; et viceversa bona in domo uxoris, quae virum induxit, praesumuntur uxoris post. *de. subhast. inspect.* 18. *n.* 7. *et* 8.

§. 14. Ex hac dominii praesumptione plurima fluunt 37 commoda, inter quae (I.) quod onus probandi transferatur in petitorem *inst. de interd. l.* 3. *c. eod. l. ult. c. de r. v. l.* 2. *c. de. probat. l.* 4. *c. de edendo.* Menoch. *l.* 2. *de a. j. q. cent.* 2. *c.* 48. *n.* 12. quia ex 38 possessione titulus, et jus ipsum praesumitur. Carpzov. *p.* 1. *c.* 16. *dec.* 23. *n.* 4. ob praesumptum jus debilius actoris. Cum enim omnis actus dubius in meliorem 39 partem sit accipiendus *l.* 85. *ff. de furt* et per possessionem regulariter acquiratur dominium: inde et possidens jure possidere praesumitur, et pro ipso judicandum donec adversarius contrarium legitime probaverit, §. *retinendae. ibique dd.* 1. *de interdict.* Ferdinand. Vasq.

l. 2. *controv. illustr. c.* 80. *n.* 5. Mindan. *de mat. posses. c.* 9. *n.* 12.

§. 15. Non vero tantum ab onere probandi immunis est possessor, sed (II.) ne allegare quidem titulum cogitur, *l.* 4. *c. de edend.* 16. *l.* 21. *c. de petit. haered. l. ult. ff. de. r. v.* Carpzov. *dict. decis.* 82. *n.* 38. Hartmann. Pistor *p.* 2. *q.* 66. neque regulariter ad id a superiore cogi potest, ex communi doctorum opinione. Socin. *l.* 1. *cons.* 96. *n.* 11. Et si factum sit mandatum ad instantiam adversarii, ut possessor doceat de titulo, illud non relevat, vid. Tusc. *lit. p. concl.* 439. *et* 492. Rationem deprehendimus in *l.* 7. *c. de testib.* minus grave est, urgeri partem diversam ad exhibitionem eorum, per quae sibi negotium fiat, de quo inferius plura occurrent.

§. 16. Fluit ex hac praesumptione (III.) quod defendendus sit possessor et manuteneudus, donec actor vitium probaverit *l.* 2. *ff. uti possid.* ibique Brunnem. Tusch. *concl.* 441. *n.* 6. Post. *de manuten. obs.* 15. idque procedit etiam in possessione momentanea, Post. *observ.* 18. item in possessore asinario, spoliatore, fure et in genere vi clam vel precario possidente Post. *d. tr. obs* 42. Neque enim in manutentione attenditur justitia, sed nudum factum possessionis. Post. *obs.* 2. *n.* 3. Cum nemini auferenda sit possessio, nisi cum causae cognitione Tusc. *lit. p. concl.* 442. *n.* 4. Habet etiam possessor interdictum uti possidentis, et utrubi, contra omnes ipsum quocumque modo turbantes *l.* 3 §. 2. *et* 3. *ff. uti poss.* ad retinendam conservandamque possessionem. *l.* 1. §. 4. *eod.*

§. 17. Neque per judicem solum, sed et (IV.) propria auctoritate possessionem meam defendere possum *arg. l.* 1. §. 27. *l.* 3. §. 9. *ff. de vi et vi arm l.* 1. *c. unde vi.* Post. *obs.* 1. *n.* 67. cum ille vim fecisse non videatur, qui se defendit, sed vim repellit *arg. l.* 17. *ff. de vi et vi arm.* Viv. *decis.* 226. *l.* 2. *n.* 10. Ita qui domum redit, fundum ab altero occupatum vi recipere potest, *l.* 6. *ff. de a. vel. a. p.* Carpzov. *lib.* 1. *Resp.* 9. Imo non privato saltem juste resistitur, sed et ipsi judici injuste procedenti, et ab executione processus inchoanti manus objicere licet, vid. omnino *l.* 5. *c. de jure fisci. l. ult. vers. sed et si fecerit. c. de divers.* Anton Faber. *ad cod. l.* 3. *tit* 18. *def.* 1. Struv. *de vind. priv. p. m.* 60. Grack. *de auctorit. prior. c.* 5. *n.* 29. *seqq.* ne scili. inde injuriarum nascatur occasio, unde jura nasci debent *l. meminerint.* 6. *c. unde vi.* Et resistere licet invasori etiam cum ejus intermecione, quia defensio haec fit ex moderamine inculpatae tutelae *l.* 1. *c. unde vi.* si me et bona mea tueri aliter non possim *l.* 45. 54. *ff. ad l. aquil. conf. const. crim. ant.* 150. Sed haec defensio tantum est possessionis civilis. Molin. *de j. et j. disp.* 26.

§. 18. Sequitur ex dominii praesumptione (V.) quod possessor fructus rei possessae percipiat eosque suos faciat *l.* 3. §. 5. *de a. p.* §. 35. *j. de r. d.* Tusch. *lit. p. conclus.* 427. *n.* 68. cum similitudinem inter se habeant, bona fide possidere, et dominum esse *l.* 48. *de a. r. d.* unde et in aedificando, destruendo, faciem fundi mutando, se gerit ut dominus. Gratian. *discept. forens. l.* 2. *c.* 314. *n.* 54. Et tamen facultas fructus percipiendi, ad bonae fidei possessorem restringenda, nam m. f. possessor fructus suos non facit *l.* 25. *ff. de usur. l.* 22. *c. de r. v.* sed. perceptos restituit, et percipiendos naturales et civiles Carpz. *p.* 3. *c.* 32. *d.* 30. *et lib.* 1. *resp.* 39. *n.* 1. *seqq.* Philipp. *us. pract. l.* 2. *ed.* 15. *n.* 1.

§. 19. Ex illo denique praesumpto dominio per continuam possessionem temporis lege definiti oritur firmum et verum dominium, mediante ultimum usucapione cujus requisita explicat Schneidew. *ad inst. de usucap. et praescr. n.* 13. *seqq.* Idque partim in poenam negligentiae dominorum res suas non repetentium, quae negligentia merito omissione rei puniri potest; partim ob interesse reipubl. ne dominia rerum sint in incerto, ut hinc nihil injusti sit in usucapione. vid. Struv. *ex.* 43. *th.* 2. Quae possidentium commoda in antecessum vel leviter tetigisse sufficiat; progredimur jam ad commoda non possidentium.

CAPUT II.

De possidente non meliore in causis matrimonialibus et ecclesiasticis

SUMMARIA

In matrimonialibus etiam possessionis habetur ratio. n. 1.
In quonam haec possessio consistat? n. 2.
A publicis sponsalibus non liberat possessio sponsae secundae. n. 3.
Cautela Cospellae examinatur. n. 4. *et seq.*
Quare hic prior sponsalia praevaleant? n. 6. *et seq.*
Sponsalia de praesenti pariter obligant, quam matrimonium. n. 8.
Qui est in possessione matrimonii per benedictionem consummati non liberatur a sponsa priori. n. 9.
Effectus benedictionis sacerdotalis. n. 10. *et seq.*
Fundamenta contraria recensentur. n. 13. *et seq.*
Quid hic operetur proclamatio Ecclesiastica? n. 16.
Ampliatur decisio superior. n. 18.
Declaratur casus. n. 19.
Quatenus sponsalia confirmentur per concubitum? n. 20. *et seq.*
De uxore ducta durante desertionis processu, an prior marito reverso restituenda? n. 24. *et seq.*
Si uxor accepto mortis nuncio, sed falso, alteri nupserit, non juvat posteriorem maritum possessio contra priorem. n. 28.
Rationes subjiciuntur. n. 31. *et seq.*
Quare id hodie varius fiat? n. 33.
Pluribus de praebenda contendentibus possessio non proficit, quod extenditur ad casum resignationis. n. 36.
An viduae et filiae pastorum jus quoddam possessionis allegare possint, ut novi pastores illas potius ducant, quam alias? n. 37. *et seq.*
De immunitate bonorum ecclesiasticorum a collectis. n. 46. *et seq.*
An possessio talium bonorum semper prosit ad immunitatem? n. 43. *et seq.*
De possessione bonorum ab ecclesia noviter comparatorum. n. 46.
De laico possidente bona ecclesiastica. n. 48.

1 §. 1. Ostensuri itaque quibus casibus possidentis non melior sit conditio, initium faciemus a causis matrimonialibus; nam et hic saepius plurium adest concursus, et inde; quis inter illos melior sit, disceptatio nascitur. Quamvis autem sponsae vel uxoris possessor proprie nemo dicatur, attamen quasi possessionis jura etiam hic applicari poterunt; quippe cui corporis copiam facit sponsa, illum etiam in quasi possessione juris connubialis constituit. Sponsus autem animo et corpore testatur, se habere voluntatem sibi
3 retinendi hanc feminam. Certum itaque supponoo, sponsalia priora, dummodo publica sint et de praesenti, praeferri posterioribus, utut ad haec corporum conjunctio accesserit, et ita quasi possessio sponso quaesita, hic enim possidentem non esse meliorem censeo.

4 §. 2. Quamvis autem Coepolla contrariae fuerit opinionis, ac inde etiam *cautel.* 90. consilium hoc dederit, ut *si plures ambiant matrimonium puellae divitis, illi, qui cauti sunt, et volunt esse victores, quaerant rem secum habere, ita quod sequatur copula carnalis*, attamen rusticam hanc cautelam in puncto
5 juris non admittendam esse censeo. Licet enim vix quemquam facile inveniri hodie credam, qui matrimonium sponsae ab alio jam defloratae expetat, si tamen casus contingeret, ubi quis magis salvorum adhuc nummorum, quam salvae virginitatis rationem habet, vel ubi sponsa prior contra sponsum, qui cum posteriori sponsa concubuit, experitur, priora sponsalia omnino sunt praefereuda, nec nulla hic adeptae possessionis habenda ratio. *c.* 31. *x. de sponsal. c.* 1. *et* 3. *x. de spons. duor.* Carpz. *jurispr. eccles. l.* 2. *def.* 65.

6 §. 3. Etenim in sponsalibus non tantum partibus contrahentibus, verum etiam Deo quaeritur obligatio indissolubilis Carpz. *l.* 5. *resp.* 108. quam quis facto
7 suo tollere nequit; et cum consensus, non concubitus faciat nuptias *l.* 30. *ff. de reg. jur.* posteriora sponsalia omnino sunt illicita, obtinetque hic regula, quod illud, quod ab initio validum non est, tractu temporis, accedente licet possessione, convalescere nequeat, *c.* 18. *de reg. jur. in 6to. l.* 29. *ff. eod.* Barbosa *locupl. l.* 19. *c.* 30. *ax.* 1. Accedit, quod quantum ad
8 obligationis vinculum sponsalia de praesenti et publica sint ipsae nuptiae *c.* 1. *x. de sponsal.* unde et sponsa passim uxor appellatur *Deuter.* 22. *v.* 24. *c.* 2. *x. de sponsal. duor.* Conf. dn. Praeses *diss. de concurs. sponsal. c.* 2. ubi contrariis responsum.

9 §. 4. Nec meliora erunt sponsalia posteriora, licet sponsus per benedictionem sacerdotalem possessionem sponsae plenissimam fuerit nactus *c.* 31. *x. de spon-*
10 *sal.* Quamvis enim benedictio sacerdotalis maximae sit auctoritatis, nequaquam tamen est de essentia matrimonii, aut ad esse matrimonii quicquam contribuit Mev. *p.* 2 *dec.* 81. Cothmann. *vol.* 1. *cons.* 78. *n.* 5. Strauch. *jur. justin. diss.* 2. §. 11. Dn. Praes. *ad Brunn. jus eccles. l.* 2. *c.* 16. §. 6. *verb. benedictio sacerdotalis non amittenda*, eapropter saltem introducta, ut conjunctio sponsorum publice innotesceat, cum aliter sit reipubl. scire, quinam, quibus cum coeant Heig. *l.* 2. *quaest.* 22. Dn. Petr. Müller. *diss. de hierolog.*
11 *sect.* 5. §. 1. *et* 2. Et hic de facto tantum est adhibita, imo ecclesia ipsa decepta, quae conjungendos ab omni alio sponsalitio nexu liberos credebat, ut hinc nullum juris effectum in his terminis habere posit hierologia. Dn. Praes. *d. l.* §. 8. *verb. de consuetudine non observatur.* add. Thoming. *cons.* 52. Berlich. *p.* 4. *concl.* 28. *n.* 66. Carpzov. *prax. crim. p.* 2. *qu.* 67. *n.* 59. Matth. Coler. *p.* 1. *dec.* 3. Modest. Pistor. *vol.* 2. *cons.* 42. *n.* 47. Quod non tantum 12
theoretice verum esse; sed et in praxi observari, testatur praejudicium supremi appellationum judicii dresdensis *d.* 25. *julii a.* 1674. quod refertur in *d. diss. dn. praes. de concurs. sponsal. cap* 2. *n.* 22.

§. 5. Contrariam quamvis sententiam tueantur et 13
defendant Cypraeus *de sponsal. c.* 10. §. 15. Carpz. *jurispr. eccl. l.* 2. *def.* 66. Dn. Müller. *disp. de hierolog. sect.* 6. *th.* 3. Eorum tamen argumenta tanti non 14
sunt, ut contra expressas leges ex ficta quadam aequitate judicare, ac ingenio nostro nimis indulgere debeamus. Lex enim quantumcumque dura sit, servanda tamen, *l. prospexit.* 12. *ff. qui et a quib. manumiss. l.* 10. *c. de lib.* aequitasque, quam sibi quis fingit, pro sustinendo facto scelerato, non aequitas, sed iniquitas dicenda. Barbosa *locuplet. l.* 1. *c.* 39. *an.* 10. cum aequiores nos legibus esse non deceat *nov.* 18. 15
c. 5. *pr.* Mev. *ad jus lubec. p.* 2. *tit.* 2. *art.* 12. *n.* 135.

§. 6. Obstare quidem videtur trina illa ex suggestu 16
publice facta proclamatio, *hat jemand etwas hierein zu sprechen, der thu es bey Zeit, und schweige hernach stille*, cum haec sit instar edictalis citationis, qua incertus quisque contradictor citatur, ut veniat, et de jure suo doceat, aut in posterum taceat. Dn. Praes. *ad dn. Brunnem. jus eccles. d. l. verb. publicae promulgationes.* Dn. Struv. *jurispr. rom. germ. forens. l.* 1. *tit.* 7. §. 3. Dn. Calb. *disp. de creditis. c.* 3. *n.* 33. Berlich. *dec.* 76. Ex hac tamen parum praesidii possidenti provenit. Quid enim, si una proclamatio 17
fiat pro tribus *zum ersten, andern und drittenmal?* Quid si altera pars absens? Quid si proclamatio fiat in loco ignoto, ut in alterius notitiam venire non possit? Sane versatur hic in dolo manifesto ille, qui alteri jam connubii lege junctus, hoc vinculum vero reticet, et nihilominus aliam sibi desponsat.

§. 7. Multo magis autem haec obtinebunt, si ad 18
priora sponsalia publica accesserit concubitus; duplex enim vinculum fortius ligat, quam unum, *auth. itaque c. commun. de success.* Goeddaeus *vol.* 1. *cons.* 28. *n.* 69. Barbos. *locuplet. l.* 19 *c.* 21. *ax.* 1. praeprimis, si prius per se jam satis firmum sit. *arg.* §. 2. *j. de adopt.* Et hic in specie notandus est casus anno 1671. 19
ampliss. facultati juridicae hujus loci oblatus, ubi nobilis quidam, relicta priori sponsa carnaliter cognita, aliam in uxorem duxerat, sponsa vero prior, licet durante processu nobilis cum posteriore sex decim procreasset liberos, imo mortuus esset, processum continuaverat, ad obtinendam scilicet successionem, quae ipsi, si priora posterioribus benedictione sacerdotali confirmatis, potiora judicata essent, deneganda non erat. Conf. Olivar. Razzal. *p.* 1. *dec.* 678. *n.* 2.

§. 8. Quoniam autem sponsalia non ejusdem sunt 20
generis, aliis nimirum de praesenti, aliis de futuro, aliis publicis, aliis clandestinis, aliis puris, aliis conditionatis existentibus; ea quae de praesenti sunt, iis de futuro, publica clandestinis, pura conditionatis, licet posteria fuerint, praeferuntur. Dn. Praeses *de*

21 *concurs. sponsal. c. 3. et 4.* Verum quid si ad invalida hujusmodi sponsalia concubitus et ita possessio accesserit, numne tunc pro iis pronunciandum? Et certum quidem est, sponsalia de futuro per copulam carnalem transire in sponsalia de praesenti Menoch. *de praesumpt. l. 3. praes. 1. n. 6.* Mascard. *de prob. concl. 1027.* Carpz. *l. 2. def. 69. n. 5.* uti et clandestina publica *c. 18. c. 27. qu. 2.* Carpz. *d. l. def. 67. n. 7.* Cypraeus *de sponsal. c. 10. §. 10.* nec non conditionata in pura, *c. 6. x. de condit. appos.* ibi-
22 que Barbos. Carpz. *d. l. 2. def. 60. n. 1.* Quod si tamen post sponsalia publica de praesenti et pura, concubitus accesserit ad conditionata, clandestina, aut de futuro, licet haec priora fuerint, posteriora tamen praeferuntur. Vid. dn. Praeses *ad jus eccles. Brunn. ad l. 2. §. 10. verb. nisi his concubitus accesserit*, nihil enim hic proderit concubitus, et inde quaesita possessio, ubi facultas concumbendi per vin-
23 culum praecedens erat impedita. Et sic explicanda verba b. Lutheri allegata a Carpzov. *l. 2. def. 69. n. 14. und zwar kein Christ noch redlicher Mann thut anders, wo er so ferne kommen waere, dass er es versehe und eine Dirne heimlich auf die Verlöbniss beschlieffe, und er sich bedaechte, und liesse alle Verlöbniss, so hernach geschehen waeren, fahren.*

24 §. 9. Matrimonium consummatum licet individuam vitae inducat consuetudinem §. 1. *j. de patr. potest. l. 1. ff. de rit. nupt.* ob absentiam tamen alterius conjugis quandoque dissolvitur, aliaque inveniuntur vota. Cum autem absentia alia sit vituperalis, alia vero laudabilis, probe hi casus erunt discernendi. Per vituperabilem enim absentiam, sive quod idem est, desertionem malitiosam tollitur vinculum conjugii, 1. *Corinth. 7. v. 19. nov. 22. c. 4.* Dn. Brunnemann. *de jur. eccles. l. 2. c. 17. §. 26.* Carpzov. *jurispr. eccles. l. 3. def. 56. et jurispr. for. p. 3. c. 26. d.*
25 *26. n. 1.* non quidem ipso jure, sed ope sententiae judicis rescissoriae, praevio legitimo desertionis processu. Dn. Brunnemann. *d. l. §. 27.* Beust. *de jur.*
26 *connub. p. 2. c. 31.* Unde est, quod si pendente desertionis processu deserta pars alii nupserit, licet a poena bigamiae excusetur, Carpzov. *prax. crim. p. 2. quaest. 66. n. 60.* prior tamen maritus reversus, posteriori in possessione matrimoniali constituto potior, et posterius matrimonium rescindendum dn. Brunnem.
27 *de jur. eccles. l. 2. c. 17. §. 28.* cum ante sententiam pro malitioso desertore habendus non sit, dn. Praes. *ad Brunnem. c. l. §. 27. verb. si redeat. post desertionem* et in nupera disputat. solemni *de desert. malitios. conjug.*

28 §. 10. Si absentia laudabilis sit, vel etiam casualis, e. g. si in captivitate fuerit, (nam quod jure veteri per captivitatem matrimonium solvi statutum est. *l. 1. de divort. l. 56. ff. solus matr. l. 12. §. 1. ff. de captiv. et postlim.* hoc per *nov. 22. c. 7. et auth. hodie c. de repud.* mutatum,) prius matrimonium semper remanet firmum, absentiaque exspectanda est mors, dn. Brunn. *d. l. §. 29. et ad d. auth. hodie.* Carpzov. *jurispr. consil. l. 2. def. 170. n. 2.* Franc. Pfeil. *cons. 11.* quemadmodum a consistorio lipsiensi
29 meus april. anno 1673. responsum refert. dn. Prae-
30 ses *d. l. Brunnemann. verb. vel si captivus.* Et quamvis, si conjux absentis mortem coram judicio probaverit, de quo vid. Carpzov. *p. 1. c. 16. def. 37. et*
38. *et p. 3. c. 17. def. 15* Richter. *p. 1. dec. 66. n. 15.* Finckelthaus *observ. 85.* Maurit. *consil. chilon. p. 1. cons. 30.* secundae nuptiae concedantur. Dn. Brunnemann. *d. l.* vid. Carpz. *prax. crim. p. 2. qu. 66. n. 65. seq.* Reverso tamen priore marito, hunc non relevat possessio, sed uxor posteriore relicto ad priorem redire debet, et hic illo potior habendus est *c. 2. x. de secund. nupt. c. 1. c. 34. qu. 1.* Rittershus. *ad novell. p. 4. c. 10. n. 8.*

§. 11. Rationes hae sunt: quia sententia contra ma- 31
trimonium lata nunquam transit in rem judicatam *c. 7. X. de sentent.* Gail. *l. 1. obs. 112. n. 1.* Dn. Brunnem. *de jur. eccl. l. 3. c. 9. §. 7.* Beust. *de jur. connub. c. 39.* Et licet publice pro mortuo fuerit habitus, 32
plus tamen valet, quod in rei veritate est, quam quod in opinione, §. 11. *de legat.* Barbos. *locuplet. l. 19. c. 11. ax. 20.* unde et in hunc modum tam consistorium lipsiense, quam facultatem juridicam wittebergensem mense april. 1634. respondisse, testatur Finckelth. *obs. 111. n. 8. seq.* Quod tamen hodie vix contingat 33
casus, quo ad priorem maritum redire cogatur uxor, in causa est, quod non abstinuerit a complexibus posterioris mariti, simul ac nuntium de prioris vita accepit, sic enim adultera dicenda est, adulteriique meretur poenam. Dn. Praes. *not. ad Strauch. jus justin. exerc. 2. §. 28. verb. prior. redierit.* per *c. 5. c. 34. qu. 1.* Maurit. *consil. chilonens. p. 1. cons. 30. n. 6.*

§. 12. Ad res ecclesiasticas incorporales sive jura, 34
quae personis ecclesiasticis competunt, ex bonis temporalibus dn. Brunnemann. *de jur. eccl. l. 2. c. 4. d. §. 1.* spectat praebenda, jus scilicet percipiendi reditus ecclesiasticos, ratione divini officii, cui quis insistit. Dn. Brunnem. *d. l. §. 2.* Camill. Borell. *sum. decis. l. 1. tit. 29. §. 4.* Quales praebendae cum nonnun- 35
quam pluribus promittuntur, ratio habenda est temporis, quando promissio facta, ut qui prius mandatum habet de conferenda praebenda, alteri praeferatur *c. 7. de praebend. in 6to.* nec possidens eam, sed ille, cui prius praebenda est promissa, habendus sit melior Jason. *l. 15. c. de rei vindic. n. 12.* Dn. Brunnemann. *d. l. §. 5.* Wammes. *cons. 225. n. 3.* Quemadmodum etiam 36
in casu, ubi praebenda in gratiam alicujus est resignata, licet aliquis possessionem ejus fuerit nactus, ille, in cujus gratiam resignatio facta, non hic potior et melior est judicandus, dn. Brunnem. *d. l. §. 14.* Borell. *tom. 1. tit. 26.* Wammes. *cons. 222. n. 1.* quod tamen non extendendum ad eum casum, ubi minister aliquis ecclesiae officium suum in gratiam alterius resignavit, dn. Stryk. *ad d. l. Brunnem. verb. resignatio.* Legitima enim praecedere debet vocatio dn. Brunnemann. *d. tr. l. 1. c. 5.* quae hoc casu deficit, dum per cuniculos obliquos officio ecclesiastico potiri nititur.

§. 13. Non a saepo aliena videtur quaestio, an vi- 37
duae vel filiae pastorum melioris prae aliis sint conditionis, ita ut veluti possidentes tuendae sint, ac successores eas necessario ducere teneantur? Equidem vi- 38
gere in nonnullis locis hanc consuetudinem testantur Carpzov. *l. 1. def. 40.* Matth. Stephan. *de jurisdict. t. 3. p. 1. c. 19. n. 26. seq.* qui eam multis rationibus asserere ac defendere conatur, vixque aliter viduis aut libenis pastorum nostratium consuli posse, censet dn. Brunnemann. *de jur. ecclesiast. l. 1. c. 5. §. 16.* Verum 39
non meliores eas esse, et consuetudinem talem nec jure nec aequitate satis suffultam esse, pluribus demonstrat.

Dn. Praeses *vol. 1. disp. de expectant. cap. 3. n. 149. seq.* Conf. Reinking. *de reg. secul. et eccles. l. 3. class. 1. c. 6. in fin.* Finckelthaus *de jur. patron. c. 8. n. 20.*

40 §. 14. Ecclesiastica bona, quod attinet, indubitatum est, illa ab omnibus oneribus esse exempta, *l. 5. c. de ss. eccles.* ibique dn. Brunnemann. *c. 4. et 7. X. de immunit. eccles.* Mev. *p. 5. dec. 223.* Johann. Paul. Me lius *observ. forens. quotid. 11. n. 22.* Dn. Brunnemann. *de jur. eccles. l. 2. c. 3. §. 6.* Carpzov. *jurispr. consist. l. 2. def. 308.* Reinking. *de reg. secul. et eccles. l. 2.*

41 *class. 3. c. 3. n. 1.* Ut inde possessor eorum ad onera non teneatur, quod etiam ad conductores rerum ecclesiasticarum extendunt, et hos a tributis immunes esse volunt, dn. Praeses *ad h. Brunnem. jus eccles. l.*

42 *2. c. 15. §. 7. rubric. de locatione.* Mev. *p. 8. dec. 376.* ex ratione, quod si hi ad tributa tenerentur, illa a pensione deducerent, ac ita imminutionem redituum pateretur ecclesia. Conf. Reinking. *d. loc. l. 1. def. 5. c. 4. n. 154.* Carpzov. *l. 2. dec. 310.* Reusner. *l. 2. cons. 2. num. 23. seq.* Klock. *de contribut. cap. 11. n. 194. seq.*

43 §. 15. Non tamen generaliter haec rerum ecclesiasticarum possessio possidentem meliorem facit; aeque enim ac alii tenetur tempore emergentis necessitatis Mev. *p. 8. dec. 374. et seq.* Carpz. *p. 3. c. 16. d. 10. n. 4. et jurispr. consistor. l. 2. def. 309. n. 3.* Frid. Muller. *resol. marchic. resol. 122. n. 4.* Dn. Praeses *ad Brunn. jus eccles. l. 2. c. 3. §. 6. verb. oneribus sunt*

44 *exempta.* Klock. *de contribut. c. 12. n. 212.* uti enim generalis legis vel hominis concessio casum insolitum tacite excipit dn. Brunnemann. *ad l. 78. ff. contr. empt. n. 4. seq.* Gail. *l. 2. obs. 23. n. 18.* Medic. *de casib. fort. p. 1. quaest. 15. n. 18.* sic etiam quaevis immunitas, etsi ab ordinariis et extraordinariis muneribus latissime fuerit indulta, Rosenthal. *de feud. c. 5. concl. 32. n. 26.* Mindan. *de mandat. l. 2. c. 45. n. 12.* et ecclesia, cum sit in rep. utique obligata est ad huic subveniendum, pauperesque oneribus afflictos sublevandos. Conf. Klock. *l. 12. §. 2. c. de ss. eccles. de contrah. c. 12. n. 219. seq.* Ubi tamen requiritur, ut talis sit necessitas, quae ecclesiae commune faciat periculum defensionem, Mev. *p. 8. dec. 375.* Carpzov. *jurisprud. consist. l. 2. def. 309. in fin.* Ex qua ratione, quod 45 scilicet pauperibus succurrere eosque sublevare teneantur, etiam colligitur, praedia ecclesiastica eorumque possessores ad accisam solvendam optimo jure adstringi conf. dn. Muller. *disp. de immun. praedior. eccles. th. 46.*

§. 16. Nec meliores sunt clerici possidentes res ec- 46 clesiasticas, si illae a privatis comparatae ac catastro sive aestimo bonorum collectabilium jam tum fuerint inscriptae; dn. Praeses *ad Brunnem. d. l.* Carpzov. *l. 2. jurisprud. consist. def. 311.* Guid. Pap. *decis. quaest. 79.* Reinking. *de reg. secul. et eccles. l. 3. class. 1. c. 10. n. 15.* Alex. Sperell. *p. 1. dec. 35.* Richter. *ad* 47 *auth. sed et periculum. c. sine cens. vel reliquis.* res enim cum onere ad quemcumque possessorem transit *l. 5. §. ff. de censib. l. 67. ff. de contr. empt.* Barbos. *locuplet. l. 16. c. 40. ax. 11.* et tributaria qualitas eo ipso non censetur mutata, quod bona ad clericos aut ecclesiam pervenerint, sed eadem velut corpus umbra, ac nebula paludem semper immediate concomitatur *l. 2. et 3. c. de annon. l. 7. ff. de publican.* Richt. *d. l.* Klock. *vol. 1. cons. 10. n. 725.* Gail. *p. 3. cons. 9. num. 17.*

§. 17. Quod si bona ecclesiastica fuerint ad laicos 48 translata, quod certo modo certisque adhibitis solemnitatibus fieri posse, indubium est, vid. dn. Brunnemann. *de jur. eccles. l. 2. c. 3. §. 3.* Redoan. *de reb. ecc- cles. non alien.* Petr. Rebuff. *de alien. rer. eccles.* pos- 49 sidentem emptorem laicum a praestatione collectarum non liberari verius est. Klock. *de contrib. c. 11. n. 201. seq.* Gravett. *cons. 770.* Goswin. ab Esbach. *de immunit. a collect. c. 10. th. 112.* cum sic res illae exuerint 50 qualitatem illam, propter quam collectis fuerant exemptae.

CAPUT III.

De possidente non meliore in causa pignoris.

SUMMARIA

Solis obligationibus fides non habetur, si desit hypotheca. n. 1.
Possessio secundum creditorem non juvat. n. 2.
In pignore prior tempore praefertur. n. 3.
Si duo instrumenta hypothecaria ejusdem diei proferantur, praevalet, quod horam habet. n. 5.
Quomodo prioritas hic computetur? n. 6.
Nec juvat possessio pignoris, contra priorem tacitam hypothecam. n. 8. seq.
Nec contra priorem generalem. n. 10.
De creditore generalem et specialem hypothecam habente. n. 13.
Quo casu specialis hypotheca non prius sit excutienda? n. 14. seq.
Nec possessio per immissionem quaesita, juvat posteriorem creditorem. n. 17.
Immissio fit, salvo aliorum creditorum jure. n. 18.
Hinc a prioribus impediri potest. n. 19.
Immissus consequitur rem cum onere. n. 20.
Possessio pignoris nec in concursu prodest. n. 21.
An possessor pignoris teneatur se immiscere concursui? n. 22. seq.
Quando huic noceat, si a concursu abstineat? num. 24. seq.
Possessor ex capite dationis in solutum non est melior creditore priore. n. 26. seq.
Inter chirographarios possessor non semper melior. num. 28.
Nisi rem nactus ante concursum. n. 25.
Pendente concursu, quod uni solutum, repeti potest. num. 26.
Unius immissio prodest aliis. n. 27.
De eo quod chirographariis ante concursum solutum. num 28.
Quid si illud, quod ipsi solutum, sit consumptum? num. 29.
Casus ubi creditor et hypothecam priorem et possessionem habet, et tamen non est potior. n. 32. seq.

De hypotheca conservanda in fundo emphyteutico. n. 35. seq.

De possessore extraneo cum creditore concurrente.

An possessor extraneus mox conveniri possit? num. 40. seq.

Quid jure novissimo? n 43. seq.

De possessore specialis hypothecae. n. 45.

Qui concursui se commisit, non excluditur a regressu contra possessores bonorum. n. 48.

Quando possessor hypothecae excussionis beneficio non gaudeat? n. 49. seq.

Sufficit debitorem ab uno creditorum excussum esse. n. 57. seq.

Scientia creditoris de vendito pignore, quatenus prosit possessori? n. 60. seq.

Ampliatio subjicitur. n. 62.

An usucapto dominio expiret hypotheca? n. 64. seqq.

Generalis hypotheca non praescribitur, nisi excussa speciali. n. 67.

1 §. 1. Quamvis moribus hodiernis largissimae sint obligationes, et ad membranam totius cutis bovinae extendantur, ut loquitur Diether. *in addit. ad Besold. thesaur. pract. voc. Treu und Glauben*; nondum tamen satis de credito securos se putant creditores, nisi et hypothecis in debitorum bonis constitutis sibi prospexerint; quamvis et sic non raro contingat, cum debitor rei hypothecatae remanserit dominus, §. 1. *quib. alien. liceat.* ut eadem res vel alii rursus obligetur creditori, vel etiam plane extraneo vendatur.

2 §. 2. Interim tamen secundus creditor, licet possessionem fuerit nactus, minime se beatum praedicare potest, cum primus creditor; jus, quod in re hypothecata habet, semper salvum retineat, *l.* 14. *c. de pignor.* illudque a debitore nullo modo deterius reddi
3 possit, *l.* 15. *c. eod.* Obtinet enim inter creditores, quod qui prior tempore est, potior etiam sit jure *l.* 11. *pr. ff. qui pos. in pign. l.* 4. *c. eod. c.* 54. *de reg. jur. in*
4 6*to.* adeo quidem, ut etiam horarum vel momentorum intervallis haec prioritas aestimetur dn. Brunn. *ad l.* 10. *ff. de pignor.* Gail. *l.* 2. *obs.* 25. *n.* 3. Moller. *semestr. lib.* 3. *c.* 44. *n.* 12. et habens instrumentum cum
5 die et hora, praeferri debeat habenti instrumentum eodem quidem die, sed absque expressione horae confectum. Gail. *de cred. c.* 4. *qu.* 11. *n.* 1863. Esbach. *not. ad Carpz. p.* 1. *c.* 28. *def.* 111. *n.* 4.

6 §. 3. Observandum tamen, illum hic priorem dici, non qui prior credidit, sed qui primus hypothecam consecutus est, *l.* 8. *c. qui pot. in pign.* Richt. *tr. de signif. adverb. lit. p. adverb* 68. et simul pecuniam de-
7 derit, aut se daturum promiserit. Esbach. *ad d. c.* 28. *dec.* 112. *n.* 1. cum conventio pignoris accessoria sine principali consistere nequeat. Dn. Brunnemann. *ad tit. c. si pign. convent. numer. pecun. secut. non fuer.* Carpz. *d. c.* 28. *d.* 119. *n.* 4.

8 §. 4. Competit itaque priori creditori potestas hypothecam suam a possidente posteriore creditore re-
9 petendi, Carpzov. *d. l. c.* 28. *d.* 112. quod uti in speciali hypotheca absque dubio est ita etiam procedit, licet prior tacitam tantum habeat hypothecam *l.* 2. *c. de pignor.* cum lex non imbecillius operari debeat, quam conventio hominis. Franzk. *ad ff. qui pot in pign. n.* 9. et taciti alias eadem sit vis, quae expressi *l.* 94. *ff. de verb. oblig.* Barbos. *locupl. l.* 18. *c.* 2. *ex.* 2. *et* 3.

§. 5. Nec melior est, si prior generalem habeat hypothecam, Gail. *l.* 2. *obs.* 25. *n.* 3. Hahn. *Pist. p.* 3. *quaest.* 13. *n.* 2. *d.* 128. Carpzov. *d. c.* 28. cum generalis tantum idem operetur quod omnia bona oppignorata, quantum specialis quod certa bona *arg. l.* 6. *c. qui pot. in pign.* Carpzov. *p.* 1. *dec.* 62. *n.* 11. Richt. *de privil. credit. c.* 4. *sect.* 2. *n.* 68. *seq.* Unde in potestate hujusmodi creditoris est, quamcunque velit rem eligere *l.* 8. *ff. de dist. pign.* Carpzov. *p.* 1. *c.* 28. *def.* 30. *n.* 1. Mev. *p.* 2. *dec.* 285. *p.* 8. quod posterior non impedire poterit, licet hypothecam per longum tempus, decennium scilicet, possederit ac fructus perceperit Carpz. *d. c.* 28. *def.* 29.

§. 6. Quod si prior creditor hypothecam generalem ac specialem habeat, possidentem posteriorem meliorem quidem esse existimant, cum hoc casu prius res specialiter sibi obligatas excutere teneatur primus creditor. *l.* 2. *c. de pignor.* Mev. *p.* 4. *dec.* 48. *n.* 2. Carpzov. *p.* 1. *dec.* 62. et generalis illa hypotheca in subsidium tantum censetur data, speciali non sufficiente. Sande *l.* 3. *tit.* 12. *def.* 26. Faber. *in cod. l.* 8. *tit.* 6. *def.* 8. Carpzov. *p.* 2. *c.* 23. *d.* 29. *n* 11. Verum nec sic melior semper erit possidens, praeterquam enim quod hoc non obtineat, si excussio specialis hypothecae foret frustranea nec creditor facile ejus emptorem reperire possit. Mev. *p.* 4. *dec.* 48. *cum in novell.* 4. *c.* 1. expresse requiritur, ut creditori satisfieri possit; hodie sane instrumentis obli- 13
gationum creditores fere semper aut adjicere solent clausulam, quod specialis hypotheca non derogare debeat generali dn. Brunnemann. *ad l.* 2. *c. de pignor. in fin.* Mynsinger. *l.* 1. *obs.* 94. *n.* 8. Esbach. *ad Carpzov. p.* 1. *cap.* 28. *def.* 128. *n.* 5. aut electionem sibi reservant, quam voluerint hypothecam potendi Bachov. *de pign. l.* 4. *c.* 5. Cujac. *obs. l.* 11. *a.* 32. Quem in finem quoque dn. Praes. *in cantel. con-* 16
tract. sect. 2. *c.* 4. *th.* 17. commendat, ut obligationi adjiciatur: *Jedoch behalte sich der creditor frey seine special hypothec hinwieder fuhren zu lassen, und sich an andere des debitoris generaliter verschhiebene Güther zuhalten.*

§. 7. Sed quid si posterior creditor a judice in pos- 17
sessionem missus fuerit? Nec sic quidem meliorem eum esse putaverim. Immissio siquidem haec nec dominium dn. Brunnem. *ad l.* 6. *cap. de bon. actor. jud. possid. in fin.* Hillig. *ad Donell. l.* 23. *c.* 12. *lit. b. ibique not.* nec veram possessionem, sed nudam tribuit custodiam, Esbach. ad Carpz. *p.* 1. *c.* 32. *def.* 28. *n.* 1. Et hinc semper fit cum vel expresse 18
vel tacite subintellecta clausula, salvo aliorum creditorum jure, cum ea tertio praejudicare nequeat. Mindan. *de interd. p.* 2. *tit.* 17. *n.* 57. Esbach. *ad. p.* 3. *cap.* 13. *d.* 31. *n.* 2. Quapropter etiam prior creditor interventione sua immissionem impedire Mev. 19
p. 4. *dec.* 123. et ab eodem judice correctionem sententiae sperare potest Mev. *d. p.* 4. *dec.* 124. Conf. 20
dn. Brunnem. *ad l.* 1. *ff. ne vis fiat ei qui in poss. miss. n.* 16. Tacebo, quod res ad immissum transeat cum onere reali hypothecae, ut hinc hypothecarii priores salvam suam retineant actionem *l.* 12. *c. de distinct. pignor.* dn. Praeses *ad* dn. Brunnem. *tr. de credit. concurs. cap.* 2. *th.* 6. *verb. alteriora jura.*

21 §. 8. Moto concursu, creditores immissi, quamvis eo pendente in possessione sint defendendi, Mev. *p.* 7. *dec.* 40. anterioribus creditoribus tamen meliores
22 non sunt. Et hinc licet Mev. *p.* 7. *dec.* 250. *n.* 4. *et p.* 3. *decis.* 252. Cothman. *vol.* 5. *resp.* 28. *n.* 32. in ea opinione sint, creditorem possidentem non teneri se submittere concursui, unde etiam contra concursum aut citationem ad liquidandum protestari solet, dicendo, se suo jure contentos fore, cum citatio illa fiat ad agendum, actione vero non opus habeat, qui est
23 in possessione, Scacc. *de judic. cap.* 34. *n.* 17. Non tamen illud admittendum puto, cum haec protestatio non officiat caeteris creditoribus anteriora jura habentibus in re illa, in quam protestans est immissus. dn.
24 Brunnem. *in concurs. credit. c.* 2. *th.* 6. Potiusque deterior quam melior fit conditio possidentis, cum in casu, quando ex bonis illis in quae immissus est integram solutionem habere non potest, licet generalem habeat hypothecam, ad reliqua debitoris bona
25 ipsi non pateat regressus Mev. *p.* 4. *dec.* 287. Protestatio siquidem contra concursum vim renunciationis obtinet, Mev. *d. l. n.* 4. dn. Praeses *d. l. verb. creditori protestandi* ad jura autem semel renunciata postea non datur regressus. *l.* 9. §. 1. *ff. de trib. act.* Barbosa *Locuplet. l.* 16. *cap.* 31. *ax.* 2. et iniquum est, ut quis eo frui velit, quod impugnavit *l.* 13. *cap. de non numer. pecun.*

26 §. 9. Et haec quae de immisso dicta, extenduntur, ut nec melior possidens sit, licet ipsi bona adjudicata, aut in solutum data fuerint. Dn. Praeses *d. l. verb.*
27 *in re illa.* Haec enim in solutum datio cum venditionis vicem obtineat, Mev. *p.* 2. *dec.* 205. *n.* 8. *et p.* 8. *dec.* 256. *n.* 6. Fab. *in cod. l.* 8. *lit.* 16. *def.* 27. non tollit onera realia, rei inhaerentia, quamvis creditores priores hoc casu prius debitorem excutere teneantur. Mev. *part.* 2. *dec.* 286.

28 §. 10. Quantum ad chirographarios creditores, qui nulla hypotheca, nec speciali privilegio nituntur, obtinet quidem in illis vulgatum illud, possidentis causam esse meliorem dn. Praeses *in not. ad* Brunn. *conc. credit cap.* 5. *th.* 66. sed hoc ante concursum; sic enim unicuique pro suo commodo vigilare licet, *l.* 6. §. 6. *l.* 24. *ff. quae in fraud. cred.* Dn. Brunn. *cent.* 2. *dec.* 96.
25 *n.* 6. locusque relinquitur gratificationi Mev. *p.* 3. *dec.* 141. ut hinc quod uni ex creditoribus chirographariis solutum, reliqui repetere nequeant *l.* 6. §. 2. *ff. de reb. auctor. jud. possid.* Coppen. *dec.* 62. *n.* 2. Andr. Gail. *l.* 2. *obs.* 25. *n.* 14. Carpz. *p.* 1. *cap.* 28. *d.* 178. *n.* 1.
26 Non tamen melior est possidens, si concursus jam fuerit motus; tunc enim cum omnes pro rata absque consideratione temporis concurrant et in tributum eant, Carpz. *d. cap.* 28. *def.* 158. Dn. Brunnem. *de concurs. credit. cap.* 5. *th.* 66. Faber. *in cod. l.* 7. *tit.* 32. *def.* 3. quod uni exsolutum est, revocari et reliquis communicari debet *l.* 6. §. 7. *ff. quae in fraud. credit.* Richt. *de privil. credit. c.* 6. *n.* 36. Carpz. *d.*
27 *def.* 158. *n.* Et si unus ex his immissus fuerit in aliquam rem, omnes censentur immissi *l. fin. c de bon. auctor. jud. poss.* ibique Brunnem. Mevius. *p.* 4. *dec.* 83. Esbach *ad Carpzov. d. c.* 28. *d.* 178. *n.* 3.

29 §. 11. Sed quid si ante concursum chirographariis solutio facta, anne etiam hi possidentes, quantum ad hypothecarios erunt beati? Et certum quidem est, de fisco, illum soluta repetere, debitore creditori, cui solvit, obligato manente *l.* 5. *cap. de privil. fisc. l.* 18. *seqq. ff. de jur. fisc.* Afflict. *dec.* 190. et sic possidentem non esse meliorem. Quantum ad reliquos creditores privilegiatos aut hypothecarios idem quidem voluit. Berlich. *p.* 1. *concl.* 71. *n.* 20. Mev. *ad jus lubec. l.* 3. *tit.* 1. *art.* 3. *n.* 2. attamen in casu, si debitor non amplius solvendo, (sic enim adhuc solvendo, melior est possidens, Carpz. *d. c.* 28. *def.* 181.) hoc non aliter admittendum puto, quam si res adhuc apud chirographarium exiet, si enim bona fide consumpta sit, possidens melior est. Dn. Brunn. *de conc. cred. cap.* 5. *th.* 71. Thessaur. *l.* 2. *qu.* 16. *n.* 17. Gail. *de credit. cap.* 4. *qu.* 11. *n.* 1299. Prukmann. *vol.* 1. *cons.* 30
24. *n.* 110. Quod si tamen hypothecarius probaverit, chirographarium ex consumptione rei factum esse locupletiorem, i. e. si plus ex re illa, quam a debitore acceperat, et postea alienaverat, acceperit, quam quantum erat debitum, ratione superflui possidentem meliorem non credo, dn. Brunnem. *d. th.* 71. Quae li- 31
mitatio licet nullo expresso probari queat textu, summa tamen utitur aequitate; idemque de fructibus a bonae fidei possessore consumptis statuit Carpzov. *p.* 3. *c.* 32. *d.* 28. ibique alleg. *a Gosw. ab Esbach.*

§. 12. Hypothecario priore in possessione hypothe- 32
cae existente, regulariter quidem ejus conditio melior; nisi in casu *auth. item possessor. c. de pignor.* ubi prior creditor et possidens a secundo conventus ei objecerat, rem in bonis debitoris non fuisse, et hinc non potuisse obligari *l.* 15. §. 1. *ff. de pignor.* Quod cum probatum dederit posterior creditor, licet prior postea alleget, sibi rem prius fuisse obligatam, non tamen auditur, nisi possessionem pignoris secundo
reliquerit *d. auth.* ibique dn. Brunnem. Idque tum, 33
quod mendaciis fuerit usus, cum sic in dolo videatur versari. Sande *l.* 4. *tit.* 1. *def.* 11. Carpzov. *p.* 3. *c.*
5. *d.* 8. *n.* 5. Barbos. Locuplet. *l.* 11. *c.* 22. *ax* 5. 34
Tum etiam, quod adversarium graveverit probatione. Sichard. *ad d. auth. n.* 7. Quamvis, si postea probaverit jus suum, possessio ipsi restituenda sit. Dn. Brunn. *d. l.*

§. 13. Similiter et eo in casu, si creditor posses- 35
sionem fundi vectigalis fuerit adeptus, et postea iste fundus ob non solum canonem domini esse pronuncietur, uti fit regulariter *l.* 2. *c. de jur. emphyteut.* Carpzov. *p.* 2. *c.* 38. *d.* 1. creditor possessionem amittit *l. lex vectigali* 31. *ff. de pignor.* ibique dn. Brunnem. hypotheca enim non amplius durat, quam jus emphyteutae Pinell. *de bon. mater. ad l* 1. *p.* 3. *n.* 70. et resoluto jure dantis, resolvitur quoque jus accipientis *d. l.* 31. Gail. *l.* 1. *obs.* 117. *n.* 3. Barbos. *locuplet. l.* 9. *c.* 93. *ax.* 21. Cautelam itaque, quo 36
possidens melior sit, tradunt, ut scilicet canonem pro emphyteuta solvat, dn. Brunnem. *ad d. l.* 31. *n.* 4. Bachov. *de pryn. l.* 3. *c.* 13. *n.* 3. quamvis enim dominus a tertio canonem recipere non teneatur, ut statuunt doctores communiter; aliud tamen esse puto in eo, cujus interest rem non committi ut in creditore Surd. *dec.* 286. *n.* 2. Esbach. *not. ad Carpzov. p.* 2. *c.* 38. *def.* 10. *n.* 6.

§. 14. Traditum hactenus, quid juris posterior cre- 37
ditor possidens hypothecam habeat, videndum nunc, quid obtineat, si extraneus eam emerit. Et nullum 38
quidem est dubium, meliorem hic possidentem non esse, ob jus reale quod anterior creditor in hypothe-

ca consecutus est, *l.* 14. *et* 15. *c. de pignor.* competere-
que creditori actionem revocatoriam, sive hypothecariam dummodo probaverit, tempore obligationis rem in bonis et dominio debitoris fuisse *l.* 23. *ff. de probat. l.* 15. §. 1. *ff. de pignor.* ibique dn. Brunnem. *n.* 2. quod ex possessione constare poterit dn. Brunneman. *d. l. n.* 4. ibique Franc. de Clapperiis *p.* 2.
39 *dec. caus.* 74. *qu.* 3. *n.* 1. Nisi generalem quis habeat hypothecam, quo casu, cum illa omnia bona, tam praesentia quam futura, tam quaesita quam quaerenda complectatur *l.* 1. *ff. de pignor.* Andr. Gail. *l.* 1. *observat.* 25. *n.* 5. hac probatione opus non est.

40 §. 15. De jure quidem codicis liberum erat creditori, an debitorem, an vero possidentem hypothecam convenire vellet. *l. fin. c. de obl. et act. l.* 24. *c. de*
41 *pign.* Et quamvis in *l.* 10. *c. de pign.* dicatur, debitorem si praesens sit, conveniendum esse denunciationibus, extrajudicialis tamen ibi tantum intelligitur denunciatio. Hillig. *in Donell. l.* 17. *c.* 1. *lib. b.* Dn. Brunnemann.
42 *in process. civil. c.* 2. *n.* 2. Magisque ex urbanitate requiritur, quam ut ad eam ulla necessitate adstrictus sit creditor, Hilliger. *d. l. lit. D.* Mascard. *de probat. concl.* 936. *n.* 1. Dn. Brunnemann. *ad l.* 10. *c. de pi-*
43 *gnor. n.* 7 Quod licet jure novissimo mutatum, ita ut in hoc melior sit possidens, et creditor non nisi excusso prius debitore, contra possidentem hypothecam agere possit. *auth. hoc si debitor. c. de pignor.* Gail. *l.* 1.
44 *observ.* 27. *n.* 7. Carpzov. *p.* 2. *c.* 18. *def.* 17. Distinguendum tamen omnino est, inter hypothecam generalem, et specialem; ita ut in illa excussio debitoris sit, necessaria, *nov.* 4. *c.* 2. in hac vero non *nov.* 112. *c.* 1. Dn. Brunnemann. *ad l.* 16. *ff. de pignor. n.* 10. Berlich. *p.* 2. *c.* 24. *n* 72. Dn. Praes. *vol.* 1. *disp.* 10. *de benefic. excuss. c.* 2. *n.* 19.

45 §. 16. Quamobrem, si specialis hypotheca vendita, possidentis emptoris conditio per jus novissimum nequaquam melior est reddita, nec in potestate possidentis est, creditorem ablegare ad concursum dn. Brunnem.
46 *ad l.* 16. *ff. de pignor. n.* 12. Qui etiam si in concursu jam et nomen et creditum suum fuerit professus, non prohibetur ad possidentem hypothecam suam redire dn. Brunnem. *in conc. credit. c.* 1. *th.* 9. Mev. *p.* 7. *dec.* 22. *sq. et p.* 5. *dec.* 198. cum remedia ista non contra eumdem dentur, et electio unius remedii rei persecutorii, non praecludat viam in caeteris. Mev. *p.* 2. *dec.* 339. *n.* 2. *p.* 5. *dec.* 49. *p.* 6. *dec.* 1. *n.* 12. Coler. *de process.*
47 *execut. p.* 3. *c.* 5. *n.* 40. *sq.* Inprimis si unum remedium altero sit difficilius Mev. *p.* 2. *dec.* 45. *n.* 11. Dn. Frommann. *disp. de jur. variand. part. spec. sect.* 1. *c.*
48 3. *membr.* 7. Unde etiam licet utilis, non tamen necessaria est protestatio a creditoribus in concursibus adhiberi solita, de reservanda sibi actione adversus possessorem rerum obligatarum Mev. *p.* 5. *dec.* 189. cui tamen possidenti scilicet, succurri posset ad impendiendam executionem, si cautionem offeret creditori, se ipsi, si ex concursu nihil fuerit consecutus satisfacturum dn. Praeses *ad Brunn. tr. de concurs. credit. verb. non solvendo esse.*

49 §. 17. Nec generali hypotheca vendita indistincte melior est possidens, ut ei competat excussionis exceptio. Haec etenim cessat, (1.) si debitor vendiderit rem in fraudem creditorum, ac emptor fraudis fuerit conscius, dn. Praes. *de disp. d. benef. excuss. c.* 2. *n.* 21. cum nemini dolus suus patrocinari debeat *l.* 12. *ff. de dol. mal.* Barbos. *locuplet. l.* 4. *c.* 44. *ax.* 19. (2.) si debitor non 50
amplius sit solvendo Carpz. *p.* 2. *c.* 18. *def.* 15. *n.* 1. Dn. Prae. *d. l. c.* 3. *n.* 16. Farinac. *de fidejussor. c.* 5. *n.* 316. inanis siquidem est actio, quam excludit inopia debitoris *l.* 6. *ff. de dol. mal.* Richter. *p.* 2. *dec.* 70. *n.*
65. Barbos. *locuplet. l.* 14. *c.* 15. *ax.* 6. Unde etiam pos- 51
sidentem propter juramentum paupertatis a debitore praestitum, ad restitutionem hypothecae in camera imperiali fuisse condemnatum, expresse testatur Gail. *l.* 2. *obs.* 27. (3.) Si debitor vel ob absentiam, vel alias 52
ob causas difficulter conveniri possit. Carpz. *p.* 2. *c.* 18. *d.* 8. *seq.* Mev. *p.* 4. *dec.* 84. *n.* 6. Ea enim quae difficulter fiunt, non raro habentur, ac si fieri non possent. *l.* 2. *pr. ff. de his qui satisd. cog.* Barbos. *l.* 4. *c.*
22. *ax.* 1. (4.) Si debitor clausulam de non alienando 53
generali hypothecae adjecerit, *solte ich auch etwas von meinen Güthern wider Willen meines Glaubigers veraeusern, soll ihm so fort frey stehen dieselbe a quocumque possessore zu revociren. arg. l.* 7. §. *ult. ff. de distr. pignor.* Dn. Praes. *de cautel. contract. sect.* 2. *c*
4. §. 18. Carpz. *p.* 2. *c.* 23. *d.* 24. Et hoc multo magis obtinebit. (5.) Si pactum adjectum fuerit commissorium, 54
dass im widrigen Fall solche Veraeuserung null und nichtig seyn solle, de quo in *l.* 13. *in f. pr. ff. de pign. action. l.* 20. §. *fin. ff. quib. mod. pign. solv.* Carpz. *p.*
2. *c.* 1. *def.* 17. Berlich. *p.* 2. *c.* 2. *n.* 18. Aut (6.) addi- 55
ta clausula constituti possessorii, *der debitor wolle zu mehrer Versicherung alle seine Güther cum clausula constituti possessori verpfaendet haben.* Dn. Praes. *de*
cautel. d. c. 4. §. 19. Haec enim clausula tam civilem 56
quam naturalem transfert possessionem, Mev. *p.* 5. *decis.* 159. Franc. Cyriac. Niger. *controv. for. leg.* 2. *c.* 258. *n.* 28. vi cujus, creditori remedia possessoria competunt. Ludov. Posth. *tr. de mandat. manuten. obs.* 20. *n.* 15. Thomat. *dec.* 15. *n.* 4. Dn. Praes. *d. tr. de cautel. sect.* 1. *c.* 5. §. 24.

§. 18. Licet autem primum creditorem hac exceptio 57
ne depulerit possidens, inde tamen non melior ipsius conditio. Quod si enim et alii in eadem re habuerint hypothecam, si primus debitorem excusserit, nec solvendo repererit, exceptio haec reliquis creditoribus opponi nequit. Coler. *de process. execut. p.* 1. *c.* 10. *n.* 342. Cum unius factum et commoditas aequale jus habenti- 58
bus prosit *l. fin. c. de bon. aut. jud. possid.* frustraque exigitur et exspectatur illud, cujus nihil operatur eventus *l.* 15. *de resc. vendit.* nisi appareat, interim debito- 59
rem a facta prima excussione ad meliorem rediisse fortunam, cujus tamen probatio ob praesumptionem pro creditore militantem, possidenti incumbet. Dn. Praeses *d. disp. de benef. excuss. c.* 4. *n.* 29.

§. 19. Nec possidentis emptoris melior erit conditio, 60
licet creditor hypothecam suam vendi sciverit Carpzov. *p.* 1. *c.* 28. *d.* 132. Mev. *p.* 2. *dec.* 205. quamvis enim creditor jus suum remittere possit *tot. tit. c. de remiss. pign.* ita ut postea agere volens exceptione intentionis sive facti possit repelli *l.* 2. *et* 4. *c. de remiss. pign.* so-
la tamen conscientia non operatur consensum Wesenb. 61
p. 1. *consil.* 41. *n.* 121. Barbos. *l.* 17. *c.* 12. *ax.* 3. sed expresse de eo constare, et creditor consensum suum in remissionem juris sui facto aliquo declarare debet. Dn. Brunn. *ad l.* 2. *c. de remiss. pign. n.* 6. quo non facto hypothecam suam repetere prohibendus non est *l.* 8. §. 15. *ff. quib. mod. pign. solv.*

§. 20. Quod extenditur etiam ad eum casum, quando 62

creditor instrumento, in quo res vendita est, ut testis subscripserit. *l.* 39. *ff. de pignor. act.* Ibique Brunnem. Sande *l.* 3. *tit.* 5. *def.* 8. nisi in instrumento venditionis quid positum, quod absque remissione pignoris esse nequit, ut si instrumento dicatur rem nulli esse obligatam. Dn. Brunnem. *ad l.* 2. *c. de remiss. pign. in fin.* cum sic praesumatur, probare omnia in instrumento contenta. Hartm. Pistor *p.* 2. *qu.* 49. *n.* 24. Dn. Praes. 63 *de cautel. sect.* 1. *c.* 6. *th.* 11. Mev. *p.* 6. *dec.* 45. Alias limitationes, quando per scientiam creditoris hypothecam suam vendi, melior fiat possidens *vid. l.* 1. 6. 8. *c. de remiss. pign. ibique ddres.*

64 §. 21. Quod si autem quis bona fide alterius hypothecam possederit, et legitime usuceperit, nihilominus tamen possidentem meliorem esse non existimaverim, *l.* 65 44. §. 5. *ff. de usucap. l.* 7. *c. de pignor.* Quamvis enim per usucapionem extinctum sit dominium, aliud tamen est dominium rei oppignoratae, aliud jus pignoris. Huic enim, licet res ratione debitoris usucapta sit, non praescribitur, nisi decem annis inter praesentes, et viginti inter absentes, a tempore ipsius pignoris constituto, *l.* 1. *et* 2. *c. si advers. creditor. praescipt. oppon.* ibique dn. Brunnemann. Balb. *de praescript. p.* 4. *c.* 4. *princip. qu.* 3. *n.* 3. Interdum tamen evenire pot- 66 est, ut una cum dominio expiret jus pignoris, si forte eodem tempore utriusque praescriptio cepta, ad utrumque enim idem praescriptionis terminus est necessarius, scil. decennium. Quod si vero tertius possessorem debitoris, jam tum per 9. annos possederit, ita ut unus annus acquisitioni dominii tantum desit; et debitor mihi hodie generaliter bona sua obliget, quo ipso et hypothecam in re a tertio possessa consequor, non nisi ab hoc tempore lapsu decennii hypotheca excludetur. Imo nec 67 melior erit possidens, licet praescriptionis tempora praeterlapsa, decem scilicet vel viginti anni, et creditor specialem et generalem habuerit hypothecam, Mev. *p.* 7. *dec.* 192. Ante excussam enim specialem hypothecam ad generalem venire non potuit; impedito vero agere non currit praescriptio. *l.* 1. §. 1. *c. de annal. except.*

CAPUT IV.

De possidente non meliore in venditione et locatione.

SUMMARIA

Si res duobus vendita, potior est is, cui res tradita. n. 1.
Ratio subjicitur. n. 2.
Examinatur ratio legis quoties *n.* 3.
Concurrit hic crimen falsi. n. 5.
Venditor praecise rem venditam tradere tenetur. n. 6.
Possidens in contractu emptionis non est melior, si notitiam habuerit praecedentis contractus. n. 9.
Ut nec si pretium pro re empta non solverit. n. 10.
Ratio. n. 12.
Possidens non est melior, si ab ecclesia res vendita. n. 13.
Idem in casu, quo dominium ipso jure transit. n. 15.
Ut in ecclesia emente. n. 16.
Limitatio subjicitur. n. 17.
Extenditur hoc, quod de ecclesia dictum, ad omnia pia loca. n. 20.
Locatio conductio vicina est emptioni. n. 21.
Possidentis in conductione non est melior conditio. n 22.
Ratio subjicitur. n. 23.
Conductor non facile expellendus. n. 24.
Fallit, si res conducta vendatur. n. 25.
Ratio. n. 26.
Qua cautela hic sibi consulere possit conductor? n. 27.
Cur hypotheca eum non plene securum reddat? n. 29.
An emptore sciente locationem potior sit conductor? n. 30.
Nil juvat conductorem promissio de non vendendo. n. 31.
Quid si alienatio necessaria? n. 32.
Quid si locatio ad longum tempus facta? n. 33.
In concursu veteris et novi conductoris prior non est potior. n. 35.
Exceptio in scholaribus et conductoribus rerum fiscalium. n. 37.
Limitatur. n. 38.
De conductoribus ecclesiae. n. 39.
Si motu concursu bona sint locanda, quis hic potior? n. 40. *et seq.*
An conductor sit melior, si ipsi promissio facta de non vendendo? n. 43. *et seq.*
Examinatur sententia Berlichii contraria. num. 46. *et seq.*
Aliud si jus protimiseos conductori constitutum. n. 49.
In locatione operarum an prior conductor praeferatur? n. 50.
An resignatione servitiorum opus sit? n. 51. *et seq.*
An nobilis subditorum liberos apud alios in possessione servitiorum jam tum constitutos revocare possit? n. 54.
In emphyteusi duobus constituta possessorem non esse meliorem statuunt dd. n. 56.
Sed contraria sententia defenditur. n. 57.

§. 1. Hactenus de eadem re uni oppignorata, alteri 1 vero vendita; pergendum nunc ad casum, si eadem res duobus vendita separatim, se uni tradita, hic, licet posterior emptor sit, potior est secundum mentem imperatorum *in l.* 15. *c. de rei vindic. l.* 6. *c. de haered. vendit.* Idque ob hanc rationem, quod non nudis pa- 2 ctis, sed traditionibus rerum dominia transferantur. *l. traditionibus* 20. *c. de pact.* et cum ante traditionem venditor adhuc remaneat dominus §. 3. *j. de empt.* Emptor nudum saltem jus ad rem habebit, is vero cui res tradita est, insuper jus in re habet.

§. 2. Quod si tamen in rationem legis penitius in 3 quirendum esset, forte suspicio oriretur, nec hic quidem possidentem esse meliorem: respectu enim tradentis, praeter justam causam potestas transferendi requiritur, cum nemo plus juris in alium transferre possit, quam ipse habuit *l.* 54. *ff. de reg. jur.* quae potestas an in secundo vendente sit, dubium est. Vendita siquidem 4 res ad primum jam pertinere videtur emptorem, et sic respectu vendentis censetur aliena; venditio autem rei alienae, licet subsistat, in venditoris tamen saltem valet

praejudicium: Hillig. *in Donell. l.* 20. *c.* 2. *lit. l.* Unde etiam iterata ejusdem rei ab eodem facta venditio, non injuste pro crimine falsi habita est *l.* 21. *ff. ad l. corn. de fals.* Accedit, quod venditor praecise ad rem tradendam obligatus sit, nec praestando interesse liberetur Carpz. *p.* 2. *c.* 1. *def.* 15. *et l.* 5. *resp.* 48. *n.* 114. Berlich. *p.* 2. *concl.* 2. *n.* 38. Richter. *p.* 2. *dec.* 97. *n.* 6. Mev. *ad jus lubec. l.* 3. *tit.* 5. *art.* 18. *n.* 2. Quod quamvis limitare soleant ddres in casu, si venditor rem tradere non possit, id tamen ad praesentem casum non quadrat, cum hic impossibilitas tantum adsit affectata, quam nullam praebere excusationem, certum est, *l.* 2. *ff. si quis caution.* Mev. *p.* 3. *dec.* 368. *n.* 4. Hillig. *in Donell. l.* 23. *c.* 9. *lit. r.* Tacebo, quod per hanc legem malitiis hominum aperiatur via, contra *l.* 38. *ff. de rei viad.* Quotusquisque enim rem semel venditam, pinguiori emptori se offerenti non venderet ac traderet?

§. 3. Caeterum recepta communi opinione, ex *l.* 15. *c. de rei viad.* melior tamen non est possidens (1.) si sciverit rem jam tum alii esse venditam, cum sic censeatur esse in dolo. Dn. Brunn. *ad d. l.* 15. *n.* 6. Klock. *vol.* 2. *cons.* 21. *n.* 23. Gail. *l.* 2. *obs.* 55. *n.* 11. Cald. Pereir. *de empt. vendit. c.* 26. *n.* 3. (2.) Si pretium non solverit, nec ei fides habita *arg. d. l.* 15. *ibi: ac pretium exsolvisset c. de rei vindic.* ibique Barbosa *n.* 25. Gratian. *discept. forens. c.* 529. *n.* 9. Guid. Pap. *dec.* 112. Contractui enim emptionis venditionis tacita inest conditio, ut non aliter transferatur dominium, nisi pretio soluto, aut aliter venditori satisfacto. *l.* 19. *ff. de contr. empt. l.* 5. §. 18. *ff. de tribuit. action.* Nec ex sola traditione fides, quae dominium transfert. §. 41. *inst. de rer. divis.* praesumitur habita, Christin. *vol.* 3. *dec.* 87. *n.* 4. Moller. *semestr. q.* 4. *c.* 28. *n.* 5. Gail. *l.* 2. *obs.* 15. *n.* 6. Dn. D. Hoppe *disp. de fide habita. c.* 4. *n.* 16. (3.) Si ab ecclesia aut personis ecclesiasticis res vendita, et posteriori tradita, arg. *cap.* 2. *x. de his quae fiunt a praelato etc.* Dn. Brunnem. *ad d. l.* 15. *n.* 4. cum tales personae non debeant adhibere fraudem in suis contractibus, ut laici, qui se quasi naturaliter ad invicem decipiunt, et consensus spiritualis difficilius debet rumpi, quam carnalis, uti loquitur Alex. *in Bartol. ad d. l.* 15.

§. 4. (4.) Pariter posterior emptor possidens non est melior, si in prima venditione absque traditione a lege translatum est dominium. Sichard. *ad d. l.* 15. *n.* 12. Quorsum pertinet, si res aliqua vendita sit ecclesiae. Brunnem. *ad d. l.* 15. *n.* 3. Barbos. *d. l. n.* 13. Marquard. *de jur. mercator. l.* 2. *c.* 9. *n.* 49. Tiraquell. *de retract. lignag.* §. 1. *gloss.* 2. *n.* 43. haec enim ex nudo contractu sine traditione dominium acquirit. *l. f. c. de ss. eccles. ibique ddres.* dn. Brunn. *de jur. eccles. l.* 2. *c.* 14. §. 4. Christin. *vol.* 2. *dec.* 8. *n.* 4. Magon. *dec. lucens.* 39. *n.* 14. Gomez. *var. res. tom.* 2. *cap.* 2. *n.* 20. Quod tamen privilegium tantum competit ecclesiae contra illum, a quo titulum habet, vel contra illum, qui cum ecclesia ab eodem habet titulum, non autem si possidendi causam habeat ab alio. Dn. Praes. *ad jus eccl. Brunn. d. l. verb. ecclesia tamen.* Mev. *p.* 3. *dec.* 292.

§. 5. Nec melior est possidens, si prius res monasteriis aut hospitalibus fuerit vendita Barbos. *ad d. l.* 15. *n.* 11. Molin. *de just. et jur. tom.* 2. *disp.* 369. *n.* 7. licet enim haec appellatione ecclesiarum non veniant. *clem. quem per literas. de praebend.* omnia tamen ecclesiarum habent privilegia *l.* 35. *c. de episc. et cler.* Carpzov. *jurispr. eccles. l.* 1. *def.* 92. Dn. Brunn. *ad l.* 17. *c. de ss. eccles. n.* 6. Christin. *vol.* 3. *dec.* 15. *n.* 5. quod non tantum de hospitalibus religiosis verum est, sed etiam de prophanis. Barbos. *ad l.* 32. *c. de episc. et cler.* Fritsch. *de jur. hospital. c.* 7. §. 3. Flores Diez. de Mena *quaest. pract. l.* 2. *qu.* 21. *n.* 179. Lauterbach. *de domicil. pauper. th.* 13. *ibique ddres alleg.* Idem privilegium volunt, si civitati res aliqua prius vendita, nam et ad hanc sine traditione dominium transfertur. Dn Brunn. *ad d. l.* 15. *n.* 4. Barbos. *n.* 13. Sichard. *n.* 5. Balthas. *resol. jur. bavar. tit.* 7. *resol.* 6. Covarr. *var. resol. l.* 2. *c.* 19. *n.* 2. argumento ab ecclesia ad civitatem deducto, quamvis haec extensio magis aequitate, quam jure nitatur.

§. 6. Proxima emptioni venditioni est, iisdemque juris regulis continetur locatio conductio *pr. j. de locat. conduct.* quae cum a ddribus dividi soleat in locationem rei et facti, Tabor. *part. elem. p.* 3. *sect.* 4. §. 40. ideo distinctim de iis agendum, possidentisque examinanda conditio.

§. 7. Ac in locatione rei quidem, si eadem res duobus locata et posteriori tradita, possidens nequaquam melior est, sed ille potior, cui ea res prius locata. Dn. Brunn. *ad l.* 26. *ff. de locat. n.* 9. *et ad l.* 15. *c. de r. v. n.* 6. Sichard. *ad d. l.* 15. *n.* 12. Gomez. *var. resol. tom.* 2. *c.* 2. §. 20. Covarr. *l.* 2. *var. resol. c.* 19. *in fin.* Frid. Müller. *pract. march. resol.* 56. *n.* 7. *et resol.* 59. *n.* 13. Espropter scil. quod per traditionem ex causa locationis factam, nullum jus reale transferatur in possidentem, multo minus dominium per *l.* 39. *ff. locat. l.* 80. §. 3. *ff. de contrah. empt.* nec possessio *in l.* 10. *ff. de acquir. possess.* unde etiam imperatores *in l.* 15. *c. de rei vindic.* ubi de possidente meliore egerunt, venditionis tantum et donationis, non autem locationis fecerunt mentionem.

§. 8. Durante locatione conductione conductoris regulariter melior est conditio, nec, si pensionem solverit, nisi propter necessitatem domini, vel necessariam refectionem rei, vel culpam propriam, dum male in re locata versatus est, a locatore expelli potest. *l.* 3. *c. locat.* Verum nec hoc generale est, nec enim conductor possidens melior est, si res vendita fuerit *l.* 9. *c. locat.* Mev. *p.* 3. *dec.* 339. *n.* 1. juxta illud vulgatum *Kauff gehet vor Miethe*; ratio, quia conductor personalem tantum habet actionem, quae emptorem et futurum fundi possessorem non sequitur: *l. fin.* §. 1. *ff. de cont. empt. l.* 1. §. 16. *ff. ad sct. trebell. l.* 15. *c. de don.* Conf. Carpz. *p.* 2. *c.* 37. *d.* 4. quod etiam in unoquovis particulari successore locum invenit. Dn. Brunn. *ad l.* 25. *ff. locat. n.* 2.

§. 9. Et quamvis cauti conductores meliorem suam conditionem reddere conentur, prospiciendo sibi de hypotheca in re conducta, e. g. *Wie dann zu desto besserer Versicherung, dass dieser Pachts-Contract die beliebten Jahre über unverbrüchlich gehalten werden solle, dem Miether hiemit die hypothec in dem Guthe bis zu gaentzlicher Endigung des Miethe-Contracts verschrieben wird.* Dn. Praes. *de cautel contract. sect.* 2. *c.* 9. §. 15. Dn. Brunn. *ad l.* 9. *c. locat. n.* 1. Carpz. *p.* 2. *c.* 37. *d.* 4. *n.* 5. Richt. *p.* 2. *dec.* 82. Sande *l.* 3. *tit.* 6. *def.* 7. Cum per hypothecae constitutionem conductor jus reale consequatur, rem loca-

tam retinendi et persequendi, donec sibi, quod sua interest, solvatur. Ricc. *collect. decis. p.* 4. *dec.* 144. Molin. *de just. et jur. tom.* 2. *disp.* 490. *n.* 7. *sqq.*

29 Quoniam tamen emptore offerente id quod interest, hypotheca liberatur, nec eo casu possidens conductor erit melior. Covarr. *l.* 2. *var. resol. c.* 15. *n.* 3. Bachov. *in Treutl. vol.* 1. *disp.* 29. §. 8. *in fin.* Esbach. *in Carpzov. p.* 2. *c.* 37. *dec.* 4.

30 §. 10. Quod extenditur, licet (1.) emptor locationem sciverit, aut venditor rem locatam esse dixerit, ut nec sic melior possidens sit conductor, *arg. l. penult. ff quib. mod. pign. solvat.* Christin. *vol.* 3. *dec.* 113.

31 *n.* 2. Tulden. *in cod. tit. de locat. n.* 15. Aut (2.) si locator promiserit, se rem locatam alteri non venditurum, licet illud fecerit jurato. *arg. l. fin. c. de non pecun.* Covarr. *d. c.* 15. *n.* 3. Maesterl. *tr. de locat. qu.*

32 20. (3.) Si alienatio fuerit necessaria, quando scilicet ex secundo decreto facta alienatio, ut ddres colligunt ex *l.* 8. §. 1. *ff. de reb. auctor. judd. possid.* Carpz. *p.* 2. *c.* 37. *d.* 4. *n.* 6. Richt. *p.* 2. *dec.* 82. *n.* 10. Christin. *vol.* 3. *dec.* 115. Mev. *ad jus lubec. l.* 3. *tit.* 8. *art.* 2. *n.* 24. Mantic. *de tac. et ambig. convent. l.* 6.

33 *tit.* 10. *n.* 10. (4.) Ex opinione theoretica, licet locatio facta fuerit ad longum tempus, cum illa dominium non transferat. Franzk. *ad ff. tit. locat.* §. 29. Busius *ad l. ff. locat.* Finckeltaus. *observ.* 13. Esbach.

34 *ad Carpzov. p.* 1. *c.* 40. *d.* 1. Quamvis ex practicorum sententia, quae per locationem ad longum tempus dominium, vel ad minimum jus reale transferri vult, possidens melior sit habendus. Carpz. *l.* 5. *resp.* 17. *n.* 10. Dn. Brunnem. *ad l. l.* 9. *c. locat.* Sarmient. *L.* 3. *select. interpr. c.* 3. *n.* 32. Valasc. *de jur. emphyt. qu.* 27. Gars. *de expens. c.* 14. *n.* 1. *sqq* Alias limitationes suppediant passim ddres *ad l.* 9. *c. locat.*

35 §. 11. Tempore conductionis finito, si dominus ul-

36 terius rem suam locare velit, quaeritur, an vetus conductor, tantumdem pretii offerens, novo praeferendus sit? quod negatur *l.* 32. *c. loc.* ita ut dominus finita conductione a conductore rem suam alteri locare im-

37 peliri, aut lite pulsari nequeat; quamvis hic praeter scholares rem conductam possidentes. *c.* 1. *x. de loc.* Caroc. *de locat p.* 1. *tit. de jur person. p.* 31. meliores sint conductores rerum fiscalium *l.* 4. *c. de locat. praedior. civil.* Hi enim aliis praeferuntur, tum ob favorem publicum, ut plures reperiantur conductores. Cöppen. *dec.* 52. *n.* 64. Carpzov. *p.* 2. *c.* 31. *def.* 5. *et c.* 37. *d.* 8. Gomez. *tom.* 2. *c.* 3. *n.* 5. tum etiam, quod hi conductores aliquando inviti in locatione retineri possint. *l.* 11. §. *fin. ff. de public.* Peregrin. *de jure fisc. l.* 6. *th.* 5. *n.* 6. unde merito in aliis sublevandi sunt. Gratian. *discept forens. tom.* 2.

38 *c.* 357. *n.* 12. nisi contrarium pacto vel consuetudine receptum sit, sic enim reliquis conductoribus rerum privatarum meliores non sunt. Dn. Brunnem. *ad d. l.* 4. *c. de locat. praed. civil. n.* 5. Afflict. *dec.* 238.

39 Myusing. *cent.* 4. *obs.* 23. Nicol. Böer. *dec.* 107. Quemadmodum nec conductores rerum ecclesiae, licet alias ecclesia pari jure cum fisco gaudeat, reliquis conductoribus meliores sunt. Carpzov. *l.* 2. *jurispr. consist. def.* 305. Vincent. de Franc. *dec.* 406. *n.* 9.

40 §. 12. Huc referenda quaestio, si motu concursu bona per curatorem sint administranda, ut fit regulariter. Dn. Brunn. *de concurs. cred. c.* 1. §. 11. anne

41 caeteris paribus, aliis conductoribus sit praeferendus debitor? Et meliorem eum non esse, in puncto juris recte statuit Carpz. *p.* 3. *Resp.* 19. Verum ex aequi- 42
tate, cum *l.* 32. *c. locat.* non tam de domino, quam de vetere conductore possidente loquatur, et dominus in distractione etiam aliis praeferri debeat, melior esse poterit. Dn. Brunnem. *ad d. l.* 32. *n.* 8. si non aliter, saltem ex ratione *l.* 2. §. 5. *ff. de aqua et aqu. pluv. arcend.*

§. 13. Sed quid si locator promiserit conductori, 43
se, si praedium vendere velit, ipsi illud venditurum, postea vero alii vendat, anne sic conductor possidens erit melior? Et ne sic quidem eum meliorem esse, 44
verius est. Hond. *vol.* 3. *cons.* 52. *n.* 36. Ant. Gabriel. *l.* 3. *comm. concl. tit. de empt. concl.* 2. *n.* 4. Aliud enim est vendere, aliud vendere velle. Thesaur. 45
dec. 233. Mantic. *de tacit. et ambig. convent. l.* 4. *tit.* 3. Unde et *anno* 1653. *mense aprili* ab ampliss. facultat. jurid. viadrin. ita responsum esse, testatur dn. Brunn. *ad l.* 26. *ff. locat. n.* 1. Quamvis autem Ber- 46
lich. *p.* 1. *dec.* 23. putet, conductorem ex promissa sibi venditione petere posse a judice, ut in possessione defendatur; hoc tamen absque ratione assertum est; de nullo enim hic conventum est pretio, sine quo tamen emptio et venditio non subsistit *l.* 1. §. 1. *ff. de contr. empt. pr. inst. eod.* Et licet pacta in con- 47
tinenti contractui adjecta naturam ejus ferme accipiant. *l.* 7. §. 4. *et* 5. *ff. de pact. l.* 13. *c. eod.* hoc tamen pactum non venditioni sed locationi est adjectum. Dn. Brunn. *ad d. l.* 26. *n.* 6. Quamvis quoque ex nudo 48
pacto efficax moribus nostris oriatur obligatio Carpz. *p.* 2. *c.* 19. *d.* 17. *n.* 8. *et p.* 3. *c.* 5. *def* 22. Christin. *vol.* 2. *dec.* 92. Mev. *p.* 2. *dec.* 280. *n.* 6. non tamen hoc procedit in pactis contractuum praeparatoriis, uti in hoc, de vendendo inito; eo ipso enim, dum partes paciscuntur, de contractu in futurum ineundo, simul indicare videntur non obscure, quod eo de praesenti se nondum obligari velint Carpz. *p.* 2. *c.* 33. *d.* 23. *et p.* 1. *dec.* 96. Mev. *p.* 4. *decis.* 234. Lauterb. *de arrha. c.* 8. *sect.* 2. *th.* 104. Aliud autem dicendum, si pactum 49
adjectum, quod locator venditurus praedium, illud primum conductori velit offerre: sic enim si non obtulerit conductori, datur actio ex locato contra locatorem, ut sibi vendat, et sic ipse ut possidens est melior. Dn. Brunn. *ad l.* 26. *ff. locat. n.* 13. Mev. *p.* 3. *dec.* 223. Conf. dn. D. Korbmach. *diss. de civilit. nociv. c.* 5. §. 26.

§. 14. In locatione facti sive operarum, si aliquis 50
operas suas per annum alicui locaverit, quaeritur: an eo finito primus conductor sive possidens melior sit? Et quidem si ultro remanserit, certum est, facile relocationem et reconductionem esse factam *l.* 14. *l.* 16. *c. locat. l.* 13. §. *fin ff. eod.* ibique dn. Brunnn. Mev. *p.* 3. *dec.* 389. *n.* 2. Quod si autem novo domino 51
suam addixerit operam, de jure communi vetus conductor, licet non resignaverit, nequaquam melior est. Dn. Brunn. *ad l.* 26. *ff. locat. n.* 10. cum eo jure non resignatio, sed tempus, ad quod conductio facta, finiat contractum *l.* 3. §. 6. *ff. de jur. fisc.* Mev. *p.* 4. *dec.* 385. Aliud vero est, si per statutum resignatio 52
injuncta, prout apud nos in Marchia requiritur, ut famuli per trimestre spatium, ante quam annus finitus sit, resignent, *dass sie ein viertel Jahr den Dienst aufkündigen*, in quem finem exstat potentiss. elect. Brandeb. *revidirte Bauer, Gesinde, Hirten und Schaef-*

53 *fer-Ordnung, tit.* 2. §. 4. Et hinc si neglecta illa resignatione famulus se priori domino subduxerit, et ad alium contulerit, licet hic posterior in possessione sit, priorem tamen dominum meliorem esse, et revocare famulum posse nullus dubito, novo conductori adhuc certa superindicta poena; *vid. d. constit. tit.* 2. §. 5. *ibi: Soll ohn einem attestato von niemand bey zehen Thaler Straffe, welche der Miether zuerlegen verbunden angenommen werden.*

54 §. 15. Cum etiam in nonnullis locis vigeat consuetudo, ut rusticorum liberi nobili suo prae aliis operam suam locare cogantur, uti etiam in Marchia obtinet. *vid. d. constit. tit.* 1. hinc in eis locis, si quis operas suas extraneo locaverit, non possidentem meliorem esse, sed servientem a nobili repeti posse puto.

55 *d. lib.* 1. §. 4. Statuto autem tali non extante, distingui solet, an extraneo tantum, simul domino sive nobili suo operas suas locaverit; priori casu nobili nullum jus competet, obtinebitque regula, qui prior tempore potior jure, Manz. *decis. quaest.* 13. *n.* 7. Posteriori vero dominum praeferendum esse ipsa sana dictitat ratio Harm. Pistor. *observ.* 101. Dn. Brunn. *ad l.* 26. *ff. de locat. in fin.*

§. 16. Cum locationi conductioni adeo cognata sit 56
emphyteusis ut etiam a veteribus, quibusdam locatio fuerit existimata §. 3. *j. de locat.* mirum non est, dd. statuere in ea idem jus obtinere, ut proinde eadem re duobus in emphyteusin concessa, ac posteriori tradita, non possidens, sed ille, cui prius illa concessa, melior sit habendus. Coepoll. *l.* 3. *cons.* 40. Barbos. *ad d. l.* 15. *c. de rei vindic.* Verum illa sententia non 57
videtur approbanda; nam et venditioni similis fuit emphyteusis *def.* 3. 1. *locat.* nec nudus usus hic transfertur, aut jus personale ex hoc contractu saltem nascitur, sed per traditionem dominium utile, et sic plenum jus possessionis transfertur, ut sic omnino idem hic, quod in emptore secundo, qui primus possessionem adeptus, statuendum.

CAPUT V.

De possidente non meliore in causa donationis.

SUMMARIA

Donationes hodie rarae. n. 1.
Nec praesumuntur. n. 2.
Si a principe duobus facta donatio, possessor non est melior priori donatario. n. 4.
Ratio. n. 5.
Dominium quandoque sine traditione transfertur. n. 6. *seq.*
Donatio principis immodica a possessore revocari potest. n. 8.
Praesertim si demanialia donata. n. 9. *seq.*
Quid si juramentum principis accesserit? n. 11.
Vel res modica donata? n. 12.
Ecclesia in donatione praefertur possessori. n. 13.
Ratio. n. 14.
Donatio ecclesiae etiam citra acceptationem valida est. n. 16.
Ratio specialitatis. n. 17.
Inter donatarios privatos melior est possidens. n. 18.
Secus si uni vendita, alteri donata. n. 19.
Ratio. n. 20.
Contraria opinio communior. n. 21.
Donatarius possessor non est melior, si alteri competat hypotheca. n. 22.
Aut donatio in fraudem creditorum facta. n. 23.
Possessio rei donatae non relevat, si sit inofficiosa donatio. n. 24.
Revocatio tamen non nisi post mortem permissa. num. 25.
An donatio inofficiosa in totum revocetur? n. 27.
Si pluribus res donata, a quo fiat revocatio? n. 28.
Possessio donationis immodicae non prodest si neglecta insinuatio. n. 29. *et seq.*
Renunciatio insinuationis non relevat possessorem. num. 31.
Uti nec juramentum. n. 32.
De donatione cognatis facta. n. 34.
Et ecclesiae. n. 36
Possessionem rei donatae intervertit supervenientia liberorum. n. 38.
An hoc tamen in patrono procedat? n. 39.
An possessor securus sit donatore mortuo? n. 40.
Quod si facta renunciatio? n. 41.
Quando ob ingratitudinem possessio rei donatae auferatur? n. 42.
Non valet hic renunciatio. n. 44.
Quod si donator mortuus. n. 45.

§. 1. Donationes etiam certo modo ad contractus 1
referri possunt, dn. Brunn. *ad l.* 2. *c. de condict. ob caus. n.* 6. adeoque hic de illis agendum. Materiam 2
quidem hanc senio et non usu obsolevisse, ut jure inter abrogatas leges titulus de donationibus debeat referri, conqueritur Baud. *cent.* 2. *qu.* 53. aliaque 3
quaevis causa, etiam fatua, potius praesumenda est, quam donatio *l.* 25. §. 1. *ff. de probat.* Mev. *p.* 4. *decis.* 318. *n.* 3. Barbos. *locuplet. l.* 4. *c.* 49. *ax.* 3. si tamen facta fuerit et de conditione donatarii quaestio sit, distinguendae erunt donationes a principibus et a privatis factae.

§. 2. Quod illas a principe factas concernit, ea- 4
dem re duobus separatim donata, non possidens, sed prior donatarius melior est, dn. Brunn. *ad l.* 15. *c. de rei vindic. n.* 5. *ibique alleg.* Gail. *l.* 2. *obs.* 55. Faber. *in cod. tit. de rei vind. def.* 11. Christin. *vol.* 5. *dec.* 27. *n.* 1. Renat. Choppin. *de deman. regn. Franc. l.* 3. *tit.* 12. *n.* 13. Nec enim ad dominium transferen- 5
dum traditione hic opus est, cum sola principis concessio tam dominium Maseard. *de probat. concl.* 540. *n.* 10. Covarr. *var. resol. l.* 2. *c.* 19. *n.* 13. quam possessionem transferat Klock. *vol.* 1. *cons.* 7. *n.* 263. sicut enim a lege quandoque absque traditione trans- 6
fertur dominium *l.* 14. *ff. de publican.* Rimnald. *cons.* 668. *n.* 12. sic etiam a principe, qui lex animata in terris est. *nov.* 105. *c.* 2. *in fin.* Matth. de Afflict. *de-* 7
cis. 299. cujus pacta vim legis obtinent. *l. ult. c. de donat. int. vir. et uxor.* Conf. excell. dn. D. Schultz. *de don. princip. c.* 4. §. 3. *seqq.*

8 §. 3. Si tamen donatio principis fuerit immodica, eaque aerarium sit exhaustum, a possidente rem donatam revocari posse, nullus dubito. Besold. *de aerar. l.* 1. *c.* 2. §. 2. *circ. fin.* Herman. Lather. *de censu l.* 3.
9 *c.* 1. *n.* 31. *seq.* Quod multo magis procedet, si bona demanialia aut fiscalia fuerint donata. arg. *l.* 7. *c. de agric. et censit* Afflict. *dec.* 240. Dn. d. Schultz. *d. l. c.*
10 3. §. 10. circa horum alienationem enim potestas principis quadamtenus restricta. Dn. Brunn. *cons.* 1. *n.* 55. *seq.* Dn. Bruckner. *de deman. regn. German. cap.* 9. Dn. a Seckendorff. *im deutschen Fürsten Staat p.* 3. *c.* 4. §. *die Verkauffung einer Cammer oder dergleichen herrschafftlichen Stück. Guthes*; nec melior e-
11 rit possidens, licet princeps jurato promiserit, se donationem non revocaturum *c.* 33. *X. de jurejur.* cum juramentum actui invalido adjectum, eum non confirmet Setser. *de juram. l.* 2. *c.* 10. Moestert. *de just.*
12 *ll. roman. l.* 2. *c.* 33. Aut res modica ex demanialibus tantum donata, eadem enim ratio partis est, quae totius *l.* 76. *ff. de r. v.* et quod meum non est, ejus nec exiguam partem alienare mihi licet. Grot. *de jur. bell. et pac. l.* 2. *c.* 6. §. 11.

13 Si a privato facta donatio, distinguendum: an illa fuerit facta ecclesiae, aut alii privato. Si ecclesiae aut aliis locis piis, licet postea alii tradita, ecclesia non possidens est melior. Aug. Barbos. *ad l.* 15. *c. de rei vind. n.* 13. Tiraquell. *de priv. piae causae pr.* 107.
14 Benincas. *de privil. paup. spec.* 6. *n.* 16. Traditione
15 enim hic non opus est, cum absque ea dominium transferatur, prout *dict. supr. c.* 4. nisi intra nudae saltem promissionis, aut voti terminos substiterit donatio, tunc enim traditione opus est. Tiraqu. *d. pr.* 107. Dn. Brunnem. *ad l. fin. c. de ss. eccles. num.* 9.

16 §. 5. Nec melior erit possidens, licet res donata ipsi tradita, antequam donationem factam ecclesia, aut alius ejus nomine, acceptaverit. Quamvis enim ut donatio subsistat, regulariter requiratur, ut donatarius acceptaverit donationem *l.* 55. *ff. de obl. et act.* Carpzov. *p.* 2. *c.* 12. *def.* 20. *n.* 3. *et l.* 5. *resp.* 62. Trentacinqu. *var. resol. l.* 3. *tit. de donat. regal.* 1. Sande.
17 *l.* 5. *tit.* 1. *def.* 1. Ecclesiae tamen aliisque piis causis donatum, Deo datum videtur, qui non tantum quod ecclesiae sed etiam quod pauperibus donatum, acceptare censetur *l.* 15. *c. de ss. eccles.* Dn. Brunn. *ad l.* 10. *ff. de donat. n* 4. Barbos. *de jur. eccles. l.* 2. *c.* 13. *n.* 29. Dn. Praes. *ad Brunn. jus. eccles. l.* 2. *c.* 15. § 25 *verb. licet alias regula.* et *de cautel. contract. sect.* 3. *c.* 9. *in fin.* Mantic. *de tacit. et ambig. convent. l.* 13. *tit.* 7. *n.* 18. *seq.*

18 §. 6. Quod si privato quid donatum aut concurrit
19 cum alio, aut solus est. Si cum alio concurrit, melior quidem est possidens, re donata ipsi tradita. *l. quoties* 15. *c. de rei vindic.* Nisi res ipsi donata ac tradita ad alium jam pertinet ex titulo oneroso, sic enim licet possidens nesciverit rem alii jam tum esse venditam, alter potior est. Barbos. *ad d. l.* 15. *n.* 19. Gomez. *var. resol. l.* 2, *c.* 2. *n.* 20. Azor. *inst. moral. p.* 3. *l.* 2. *c.* 8.
20 *qu.* 5. Covarruv. *l.* 2. *c.* 19. *n.* 5. cum melior esse debeat illius causa, qui de damno vitando certat *l. fin.* §. *si vero c. de jur. deliber.* nec possidens injuria affici possit dici, cum illi lucrum tantum extorqueatur, non autem damnum infligatur *l.* §. *simili modo ff. de his*
21 *quae in fr. credit.* Quod tamen ex communi et recepta opinione *l.* 15. *c. de r. v.* vix admittendum. Conf. Faber. *de error. pragm. p.* 4. *dec.* 85. *error.* 9.

§. 7. Nec melior est donatarius possidens, si res ipsi 22
donata alii jam tum fuerit hypothecata, ob jus reale quod creditor in ea habet. *l.* 16. §. 3. *ff. de pignor. l.* 15 *et* 18. *c. eod.* Carpz. *p.* 2. *c.* 12. *def.* 28. aut si donatio facta fuerit in fraudem creditorum *l.* 17. §. 1. *ff. quae* 23
in fraud. creditor. Faber. *l.* 8. *tit.* 34. *def.* 5. Carpz. *de const.* 12. *def.* 9. ubi tamen ante omnia requiritur, ut fraus a creditoribus fuerit probata. Carpz. *d. def.* 29 *n.* 6. ac excussio bonorum donatoris facta *l.* 1. *ff. de reb. his quae in fraud. credit.* ibique dn. Brunn Carpzov. *d. l. def.* 30. *n.* 5. Trentacinq. *l.* 2. *var. resol. tit. de donat. resol.* 4. *n.* 11.

§. 8. Si solus sit donatarius, non semper se ob pos- 24
sessionem suam beatum praedicare potest. Sic enim occurrunt donationes inofficiosae, si adeo immoderatae fuerint, ut liberis *l.* 1. *et tot. tit. c. de donat. inoff.* vel parentibus *l.* 4. *c. eod.* legitima non sit salva, quod etiam certo casu ad donatoris fratres extenditur *l. fin. c. eod.* Lauterbach. *de inoff. don. th.* 17. Ejusmodi itaque in- 25
officiosae donationis possessor, quamvis vivo donatore securus sit, cum legitima, cujus gratia revocatio concessa est, non debeatur, nisi post mortem, *l.* 1. §. 21. *ff. de collat.* Mev. *ad jus lubec. p.* 2. *tit.* 1. *art.* 8. *n.* 15. Carpz. *p.* 2. *c.* 12. *def.* 36. *n.* 2. Eslach. *ad Carpz. p.* 3. *c.* 12. *d.* 10. *n.* 8. mortuo tamen donatore nequaquam
26 melior est, sed donatio revocatur Carpz. *p.* 2. *c.* 35. *n.* 1. *per nov.* 92. *c.* 1. nisi certis exceptis casibus, quos exhibet Lauterbach. *d. tr. th.* 31. *seq.*

§. 9. Quamvis autem in totum hanc donationem re- 27
scindi debere existiment, *arg. l. ult. c. de inoffic. testam.* Faber. *l.* 3. *conject. c.* 17. Tiraqu. *ad l.* 8. *c. de revoc. donat. verb. totum n.* 5. distinguunt tamen alii an collata sit donatio in extraneum, cum consilio fraudandi liberos, et sic in totum *l. pen. in f. c. de inoff. donat. l.* 87. §. 3. *ff. de legat.* 2. aut in extraneum sine consilio defraudandi, aut etiam in aliquem ex liberis, et sic tantum revocatur, quantum ad legitimam, dn. Brunn. *t. d. l.* 1. *c. de inoff. donat. n.* 4. Barbos. *ibid. n.* 2. Trentacinq. *l.* 3. *tit. de donat. re-*
28 *sol.* 4. *n.* 2. Si tamen pater plures particulares diversis temporibus fecerit donationes, priores possidentes erunt meliores, nec nisi posteriores revocabuntur. Sichard. *ad l. c. de inoffic. don. n.* 9. Hillig. *in Donell. l.* 19. *c.* 11. Petr. Heig. *p.* 1. *qu.* 25. *n.* 74.

§. 10. Quod reliquas donationes attinet, aut insi- 29
nuatione opus habent, aut non. Insinuatione indigent ea, quae excedunt 500. solidos §. 2. *j. de don. l. pen.* §. *ult. c. eod.* quod hodie de 500. aureis hungaricis, nisi aliud statuto aut consuetudine obtinet, intelligendum Carpzov. *p.* 2. *c.* 12. *d.* 12. *n.* 7. Dn. Brunn. *ad l.* 34. *c. de donat. n.* 3. Dn. Fabr. *in Gail. Enucleat. l.* 2. *obs.* 39. *sect.* 2. ut inde, si insinuatae non fuerint hujusmodi donationes, non valeant. Faber. *in cod. l.* 8. *tit.* 38. *def.* 9. exceptis casibus, quos exhibet Ricc. *collect. dec* 177. *coll. argent. tit. de donat.* §. 19. Subsistunt 30
tamen usque ad 500. solidos, satisque beata sic est possidentis conditio, cum superfluum non valeat *l.* 34. *pr. c. de donat.* Carpz. *p.* 2. *c.* 12. *d.* 17. *n.* 2. utile enim, quoties ab inutili separari potest, non vitiatur *cap.* 37. *de reg. jur. in* 6*to.* Richt. *p.* 1. *dec.* 22. *n.* 64. Carpz. *p.* 2. *c.* 14. *d.* 21 *n.* 3. Barbos. *locupl. l.* 19. *cap.* 47. *ax.* 11. sed superfluum repetitur conductione

sine causa *l.* 21. *in f. ff. de don* Carpzov. *d. def.* 17. *n.* 5.

31 §. 11. Nec possidens quoad superfluum erit melior, licet insinuationi renunciatum fuerit. Carpzov *d.l. def.* 11. *n.* 12. Vital. de Cambon. *tr. de clausul. n.* 114. cum leges pro forma essentiali requisiverint insinuationem dn. Brunn. *ad l.* 27. *c. de donat. n.* 6. legibus autem formam praescribentibus renunciare non licet. *l.* 38. *ff. de pact.* Dn. Praes. *d. tr. de cautel. sect.* 1. *c.* 5.

32 *th.* 16. quae renunciatio nec meliorem reddet possidentem, licet fuerit jurata, Faber. *l.* 8. *tit.* 88. *def.* 5. Carpz. *p.* 2. *c.* 12. *d.* 14. scilicet de jure civili, cum ibi juramentum nullitatis defectum non suppleat *l.* 5. *c. de*

33 *ll.* Gail. *l.* 2. *obs.* 65. *n.* 6. Franzk. *l.* 2. *resol.* 6. Aliud tamen obtinet de jure canonico, ubi juramento, quod absque dispendio aeternae salutis servari potest, standum, *c.* 28. *X. de jurejur.* Richter. *p.* 1. *dec.* 22. *n.* 62. Gail. 2. *obs.* 39. *n.* 12. Parlador. *rer. quotid. l.* 2. *c.* 4. *n.* 26. Besold. *vol.* 4. *cons.* 179. *n.* 50. Klock. *vol.* 2. *cons.* 71. *a.* 36. Dn. Brunnem. *ad l.* 23. *ff. de donat. n.* 4.

34 §. 12. Nec melio erit domesticus sive consanguineus. *l.* 27. *c. de donat.* quamvis enim causae, quae inter domesticos versantur, melius inter privatos com-

35 ponantur parietes *l.* 4. *c. de patr. potest.* attamen lex insinuationem requirens generalis est, nec personas excipit domesticas, legisque ratio, cur insinuatio requiratur, etiam in domesticis ac consanguineis locum

36 habet. Dn. Brunnemann. *ad d. l.* 27. *n.* 4. *et* 5. Si Ecclesiae facta donatio ultra 500. solidos, nec insinuata fuerit, meliorem ejus, quam privatorum, nolunt esse conditionem *l.* 34. §. 1. *l.* 35. §. *fin. c. de donat. l.* 19. *c. de ss. eccles.* Carpzov. *p.* 2. *c.* 12. *d.*

37 13. Boer. *de donat. c.* 3. *n.* 70. Verum contrarium verius erit Dn. Brunnemann. *ad l.* 19. *c. de ss. eccl. in fin. et in jus eccl. l.* 2. *c.* 15. §. 21. Ricc. *collect. dec. p.* 1. *dec.* 177. Insinuatio enim juris civilis est inventum, pia causa vero non adstringitur ad solemnitates juris civilis, sed in iis ad simplicitatem juris gentium ad dispositionem juris canonici recurritur. Dn. Praeses *ad jus eccl. Brunnemann. d. l. verb. sed si ecclesiae facta.* Dn. Brunnemann. *ad l.* 34. *de donat. n.* 16.

38 §. 8. In reliquis donationibus, quae debitum modum excedunt, donatarius eodem jure censendus est, nec de possessione rei donatae perpetua securus esse potest. Ita enim ob supervenientiam liberorum deterior ejus conditio fit, et donatio revocatur *l.* 8. *c. de revoc. donat.* ibique Tiraqu. Carpzov. *p.* 2. *c.* 12. *dec.* 32. cum censeatur facta sub conditione, si liberi nati non fuerint *l.* 30. *c. de fideicomm. l.* 102. *ff. de condit.*

39 *et demonstr.* Quod licet aliqui ad donationem a patrono factam restringere velint, quod *d. l.* 8. tantum mentionem faciat patroni, Cons *Miscell. l.* 7. *cap.* 30. Faber. *conject. l.* 7. *c.* 14. et quos allegat Carpzov. *d. def.* 32. *n.* 2. de quocumque tamen intelligendum est donatore Carpzov. *d. l. et l.* 5. *resp.* 63. *n.* 4. Gail. *l.* 1. *obs.* 40. *n.* 13. Mod. Pist. *p.* 2. *qu.* 66. Dn. Brunn. *ad d. l.* 8. *n.* 8. Finckelthaus. *obs.* 36. *n* 11.

40 §. 14. Et hunc donatarium scilicet, non meliorem existimo, licet donator mortuus sit, et tacuerit. Carpzov. *p.* 2. *c.* 12. *d.* 4. cum ob supervenientiam liberorum ipso jure revocetur donatio *ad l.* 8. *c. de rev.*

41 *don.* Nisi huic juri donator renunciaverit; quamvis enim renunciationem hanc nequidem sub juramento admittant Gail. *l.* 1. *obs.* 40. *n.* 13. Mynsing. *cent.* 5. *obs.*

42 63. Attamen cum liberis jam natis pater donando praejudicare possit usque ad legitimam, idem etiam poterit nascituris, talisque renunciatio subsistet. Carpzov. *p.* 2. *c.* 12. *d.* 33. unde et ita ab Ampl. hac facult. jurisd. *nach Bielefeld den* 18. *may* 1683. responsum esse, testatur dn. Praeses *cautel. contract. sect.* 3. *c.* 9. *th.* 7.

43 §. 15. Proprio facto donatarius possidens conditionem suam deteriorem reddit, ingratum se erga donatorem exhibendo, quod quinque modis fieri posse traditur *l. fin. c. de revoc. donat.* utpote (1.) per injurias atroces verbales (2.) si manus intulerit (3). si jacturam vel omnium vel majoris partis bonorum intenterit (4.) si vitae periculum vel per se vel per alium struxerit, (5.) si conditionibus adjectis non satisfecerit; ultra quas quinque causas rectius tamen aliae non admittuntur dn. Brunnemann. *ad d. l. fin. n.* 6. Carpzov. *p.* 2. *c.* 12. *def.* 31. *et p.* 2. *dec.* 123. *n.* 2. Hillig. *in Donell. l.* 14. *c.* 27. *lit. G.* Perez. *ad tit. c. de revoc. donat. n.* 7. Et huic revocationi ob ingratitudinem renun-44 ciari non posse puto, cum pactum illud ad delinquendum invitaret, dn. Brunnemann. *ad d. l. fin. n.* 11. Dn. Praeses *de cautel. contr. sect.* 3. *c.* 9. §. 7. Zoes. *ad tit. ff. de donat. n.* 93.

45 §. 16. Mortuo donatore, possidens donatarius quidem melior videbatur, *arg. l. fin. c. de revoc. donat.* cum moriens videatur remisisse injuriam, nec actus vindictae transeat ad haeredes §. 1. *c. de perpet. et tempor. action.* non tamen melior censendus, si vel donator jam conquestus fuerit de ingratitudine, ac se ad instituendam actionem praeparaverit, *arg. l.* 6. §. 2. *in fin. ff. de inoff. testam.* Esbach. *in Carpzov. p.* 2. *c.* 12. *def.* 40. *n.* 3. Fachin. *l.* 8. *c.* 88. Vel ex 46 ultima illa, ob non impletam scilicet conditionem, si illa post donantis mortem erit implenda, haeredes donationem velint revocare, dn. Brunnemann. *ad l.* 7. *c. de revoc. donat.* quod et de donatarii haeredibus dictum esto *d. l.* 7. Dn. Brunnemann. *ad l. fin. eod. num.* 8.

CAPUT VI.

De possidente non meliore in feudalibus.

SUMMARIA

De origine feudorum. n. 1.
Feuda primitus ad dies vitae concedebantur. n. 2.
An feudo duobus concesso, possessor sit potior? n. 3.
Distinguitur inter investituram puram et in diem. num. 4.
Et inter feuda concessa per modum gratiae et contractus. n. 5.
Possidentem hic non meliorem esse, ostenditur. n. 8. *et seq.*
Si primo constitutum jus reale, posterior possessor non est melior. n. 11.
Posterior concessio regulariter est vitiosa. n. 13.

Inter duos expectivarios possessor est potior. n. 14.
Nisi possessio apprehensa instante morte vasalli. num. 17.
De praelatione generalis et specialis expectantiae. num. 18.
De possessione expectanti simul concessa. n. 19.
De domino ulteriori investiturae renuncianti. n. 20.
Quando expectivarius feudum alienatum revocare possit? n. 21.
Vassallo non competit alienatio feudi. n. 22.
Dominus feudum alienatum a possessore revocat. num. 24.
Domini consensus possessorem non reddit securum. num. 26.
Agnatis quid hoc casu juris competat? n. 27. *et seq.*
An securus sit possessor quoad filios alienantis? n. 30. *et seq.*
De feudo ex pacto et providentia. n. 31. *et seq.*
Possessorem non juvat praescriptio inter agnatos. n. 35. *et seq.*
Possessio feudi non relevat ab editione tituli. n. 38.
Ratio. n. 39. *et seq.*
An possessorem regalium securum reddat possessio immemorialis? n. 41.
Effectus praescriptionis immemorialis n. 42.
Applicatur ad venationem. n. 44.
Quousque procedat titulus ex possessione immemoriali praesumptus? n. 45.
De bona fide in praescriptione immemoriali necessaria. n. 46.

1 §. 1. Feudorum originem primaevam penitius consideranti, patebit, rationem naturalem juncta necessitate publica primitus exegisse, ut militibus potissimum praedia, sub conditione tamen fidelitatis concederentur, *arg.* 2. *f.* 52. *et* 54. Illustr. dn. de Rhetz. *comm.*
2 *ad jus feud. p.* 45. *n.* 26. Quae concessio tamen primum a domino quovis tempore poterat revocari, postea anno, dein vita vassalli terminabatur, donec tandem tractu temporis etiam ad posteros fuit extensa. vid. 1. *feud.* 1. §. 1.
3 §. 2. Constituitur autem feudum per investituram 1. *f.* 25. quae si duobus de eodem feudo facta, ac posterior possessionem fuerit nactus, an primo investitus, an vero possidens melior habendus? hujus po-
4 tissimum loci quaestio est. Ad quam decidendam distinguendum prius, inter investituram puram, et investituram in diem, sive expectantiam in feudo conces-
5 sam, de qua 1. *f.* 3. Si pure facta investitura, alii possidentem indistincte praeferunt, *arg. l.* 15. *c. de rei vindic.* ibique Jason. *n.* 30. Wesenbec. *de feud. c.*
6 8. *n.* 16. Alii distinguunt, an princeps per modum gratiae, an vero per modum contractus de feudo disposuerit; ut illo casu prior; hoc vero possidens po-
7 tior sit, Vultej. *de feud. l.* 1. *c.* 10. *n.* 14. Cum in contractibus princeps utatur jure privatorum, Petr. Anton. de Petra *de jur. quaes. per princip. non tollend. c.* 32. *qu.* 3. *n.* 61. Myler ab Ehrenbach. *Nomolog. c.* 2. §. 3.
8 §. 3. Haec tamen non obstant, quo minus indistincte illum, cui prius investitura facta, potiorem, nec possidentem meliorem esse credam. Conf. Mev. *p.* 4. *dec.* 78. quod et in praxi observari, docet illustr. dn. de Rhetz. *in comment. jur. feud. p.* 168. *n.* 17. *in fin.* Etenim princeps absque traditione transfert do- 9
minium, vid. *supr. cap.* 3. quod quamvis in gratiosis tantum admittant; certum tamen est, omne feudum ex gratia et benevolentia domini proficisci, Carpzov. *p.* 1. *c.* 27. *d.* 9. *n.* 5. unde et benevola actio dicitur 2. *f.* 23. et ante constitutionem Lotharii, vel ut alii volunt Caroli Crassi, semper beneficium est appellatum 1. *f.* 5. 1. *f.* 14. *pr.* 2. *f.* 1. §. 2. sicuti et fundi beneficiarii nomine venit, dn. Eyben. *elect. feudal. c.* 1. §. 12. ipsique vassalli beneficiarii, beneficiati, inbe- 10
neficiati audiunt. Dn. Praeses *ex. feud. c.* 2. *quaest.* 10. Anton. *disp. feud.* 2. *thes.* 1. *lit. c. in fin.* Et licet 1. *f.* 16. *et* 20. pecuniae interventu etiam feudum acquiri videatur; pecunia tamen non tam eliciendi, quam remunerandi beneficii causa data esse censetur, benevolentiaeque domini adhuc adscribendum, quod emptorem feudi prae aliis suum vassallum voluerit dn. Praeses *e. f. c.* 2. *qu.* 20.

§. 4. Quod si tamen adhuc superesset dubium, non 11
ex sola gratia domini, sed quodammodo etiam ex contractu descendere feudum, considerandum est, possidentem posteriorem ex decisione *l. quoties* 15. *c. de rei vindic.* non esse meliorem, quando in prima concessione constitutum est jus reale, *arg. l.* 7. §. *fin. ff. de distract. pign.* Dn. Brunnemann. *cent.* 2. *dec.* 54. *n.* 11. Mev. *p.* 4. *dec.* 78. *n.* 6. Hartm. Pistor. *p.* 2. *q.* 92. *n.* 31. Jam vero investitura pura operatur jus 12
in re 1. *f.* 25. *pr.* Dn. de Rhetz. *in com. p.* 160. *n.* 1. idemque investito tribuit jus, quam quod agnati habent Carpzov. *l.* 6. *resp.* 77. *n* 11. quibus jus reale in feudo competere, extra dubium positum est. Klock. *vol.* 2. *cons.* 25. *n.* 2. Dn. Brunnemann. *cent.* 2. *dec.* 54. *et cent.* 3. *dec.* 3. Accedit, quod posterior conces- 13
sio sit ipso jure nulla, *arg. l.* 2. *c. de fund et salt. rei domin.* magisque princeps praesumatur importunis impetrantis precibus victus, priorem concessionem oblivioni dedisse, dn. de Rhetz. *in d. comm. p.* 168. *n.* 17.

§. 5. Si in diem facta investitura, sive si expectan- 14
tia concessa, considerandum, an spem vacaturi feudi simpliciter ac generaliter tantum concesserit dominus, e. g. *Wir versprechen, dass wir ihn mit dem ersten an uns verfallenen Lehn begnaedigen wollen*; Et hoc casu actio tantum personalis expectivario competit dn. Brunnem. *cent.* 3. *dec.* 3. *n.* 6. Est enim 15
expectativa non species investiturae proprie sic dictae, sed potius promissio de investiendo, et conditionalis juris succedendi concessio 2. *f.* 26. §. 2. Esbach. *ad Carps. p.* 2. *c.* 45. *d.* 1. *n.* 5. Unde et si posterior 16
possessionem acquisiverit, merito praeferendus est, illustr. dn. de Rhetz. *p.* 163. *n.* 3. Rosenth. *de feud. c.* 6. *concl.* 9. *n.* 1. Quod ipsum tamen generaliter 17
non admittendum; nec enim possidens, licet specialem expectativam habeat, sed prior expectivarius melior est, si posterior possessionem nactus fuerit, cum jam vassallus, in cujus mortem expectativa concessa, morti proximus esset, adeoque feudum ad expectivarium pertinere videretur. Carpzov. *p.* 2. *c.* 45. *d.* 4. *n.* 9. Mev. *p.* 4. *decis.* 79. Haec enim expectativa generalis, quam 18
primum feudum aliquod vacare incipit, specialis fit, ad certum illud feudum jus tribuens, ut expectivarius quoad illud feudum fundatam habeat intentionem Mev. *p.* 6. *dec.* 152. Schurff. *cent.* 1. *cons.* 59. Vid. tamen dn. Praeses *Diss. de concurs. expectat. gen.*

et special. ubi indistincte priorem expectivarium generalem, posteriori speciali, licet possidenti, praeferendum esse, pluribus demonstratur.

19 §. 6. Quod si possessio simul, vel investitura in casum vacantiae concessa, e. g. *gleich er hiedurch im Fall der Erledigung mit vorbemeldten Lehn belehnet wird, solcher gestalt, dass ihm als denn frey sey, solches alte erledigte Lehn für sich selbst einzunehmen, auch alsobald nach der Erledigung per constitutum possessorium vor einen Besitzer gehalten werden solle, massen die possession auf solchen Fall würcklich hiemit auf ihn transferiret wird*, cum voluntas domini hoc casu verum ac realem tribuat possessionem *c. f.* 33. nemo in praejudicium ejus, etiam cum voluntate domini, realiter possessionem apprehendere, aut praeferri ipsi potest. Conf. illustr. dn. de Rhez. *in comment. jur. de feud. p.* 164. *c.* 7. Dn. Praeses *vol.* 1. *d. disp. de exspect.* 25. *c.* 4. *n.* 51. *seq.* Quod multo magis procedet, si dominus investiens primum si occupandi licentiam dederit; aut omnem facultatem alium eodem feudo investiendi a se abdicaverit, ita ut si alium investierit, nullius momenti, ne priori praejudicio esse deberet investitura dn. Mev. *p.* 4. *dec.* 78. *n.* 6. *et* 7. Hartm. Pistor. 21 *p.* 2. *q.* 29. *n.* 28. Unde etiam colligo, si dominus feudum hoc alienaverit, propter jus reale, quod expectivatus et investitus in eo habet, illud ab expectivato revocari posse, quemadmodum de simultanee investito in terminis tradunt Carpz. *p.* 2. *c.* 45. *d.* 16. Hartm. Pist. *p.* 2. *qu.* 20.

22 §. 7. Cum autem vassallus dominium tantum habeat utile, 2. *f.* 8. *pr* Carpzov. *p.* 2. *c.* 31. *d.* 8. *n.* 1. Hartmann. Pistor. *p.* 1. *qu.* 42. *n.* 48. usumfructum scilicet plenissimum, absque tamen proprietate, 2. *f.* 23. Carpzov. *p.* 1. *c.* 27. *d.* 11. *n.* 2. Mev. *discuss. lepam. inop. debitor. c.* 4. *sect.* 11. *n.* 6. Gail. *de pac. publ. l.* 2. *c.* 14. *n.* 10. Vultej. *de feud. l.* 1. *c.* 10. *n.* 18. consequens est, quod illud alienare aut possessionem ejus in alium transferre non valeat 2. *f.* 8. §. 2. 2. *f.* 9. Joh. a Sande *de prohib. rer. alien. c.* 3. *n.* 1. nisi accedente domini 2. *f.* 52. et certo modo etiam 23 agnatorum consensu 1. *f.* 13. Quod si tamen nihilominus alienaverit, competit domino facultas, feudum illud ab emptore possidente revocandi 2. *f.* 55. Rosenthal. *de feud c.* 9. *concl.* 2. *n.* 2. ita ut ipsi revocaturo nulla, ne quidem longissimi temporis, opponi possit praescriptio. Rittershus *de feud. l.* 1. *c.* 18. *quaest.* 1. Imo nec haeredi domini opponi poterit, quod dominus fuerit mortuus, antequam declaraverit animum suum de revocando illicite alienato, Anton. *disp. feud.* 9. §. 7. *lit. c.* cum feudum ob illicitam alienationem ipso jure revertatur ad dominum 2. *f.* 24. Vultej. *de feud. l.* 1. *c.* 11. *n.* 97. Struvius *synt. jur. feud. c.* 13. §. *n.* 6. defunctus autem omne jus suum ad haeredes transmittat. *l.* 35. *ff. de acquir. poss.* Conf. Borcholt. *de feud. c.* 8. *n.* 155. 25 Nec est, quod praecise in alienatione dolum requirant doctores; dum enim in re prohibita et illicita versatur alienans, dolus omnino praesumitur *arg. l.* 5. *c. de jurejur.* Barbos. *locuplet. l.* 4. *c.* 44. *ax.* 3. *tom.* 2.

26 §. 8. Licet autem dominus in alienationem consenserit, inde tamen in feudo antiquo possidentis emptoris conditio nihil melior est reddita, cum agnatis adhuc competat facultas feudum ab eo revocandi 1. *f.* 13. Rittersh. *de feud. l.* 2. *c.* 8. *qu.* 19. consensus siquidem domini non supplet consensum agnatorum Wesenbec. *vol.* 3. *cons.* 128. *n.* 39. Dn. Brunnemann. *cent.* 2. *dec.* 94 Esbach. *ad Carpz. p.* 2. *c.* 46. *d.* 11. *n.* 2. Unde ipsis liberum est, non tantum ex jure 27 protimiseos, iisdem terminis et conditionibus, eodemque pretio, quod emptor solvere paratus erat intra annum a die scientiae computandum, 2. *f.* 26. §. *Titius.* Struv. *de feud. c.* 14. §. 21. *n.* 3. feudum revocare 2. *f.* 3. §. 1. Dn. Praeses *c. f. c.* 20. *qu.* 4. sed etiam ex jure successionis nullo refuso pretio *d.* §. *Titius.* 2. 26. Hoc tamen casu mortem alienantis, ejusque de- 28 scendentium expectare tenentur, cum viventis nulla sit successio *l.* 1. *ff. de haered. vendit. l.* 94. *ff. de acquir. haered.* eaque demum post mortem alienantis ejusque stirpis ad ipsos deferatur. Carpzov. *p.* 2. *c.* 48. *d.* 13. Quod si proximiores tunc repudient feudum agnati, re- 29 motiores cum ad successionem veniant, eudum alienatum a possidente revocare possunt, Struv. *de feud. c.* 13. §. 17. *n.* 2. Hartm. Pist. *p.* 2. *q.* 7. *n.* 13.

§. 9. Solis tamen agnatis hoc jus revocandi competit, 30 ita ut respectu filiorum alienantis possessor securus sit; hi enim conscientiam defuncti exonerare, Carpzov. *p.* 3. *c.* 13. *d.* 17. Faber. *in cod. l.* 7. *tit.* 4. *def.* 1. *n.* 4. ejusque factum tamquam haeredes praestare tenentur *l.* 14 *c. de. rei vindic.* Berlich. *p.* 2. *concl.* 57. *n.* 4. Mev. *cons.* 67. *n.* 117. De feudo tamen ex pacto et 31 providentia tali, dubium est, cum et filius sit agnatus *l.* 12. *ff. de suis et legit. haer* cui pater praejudicare non potest, nulla ejus ordinatione in feudo valente 1. *f.* 8. filiusque cum tale feudum non a patre, sed ex prima investitura et beneficio domini acquirat 1. *f.* 14. illud a patre alienatum vindicare possit *arg. l.* 1. *c. de bon. mater. l.* 3. *c. de reb. alien. non alien* Unde etiam multi dicres, si feudum ex pacto et providentia tale a patre fuerit alienatum, filiis revocationem con- 32 cedunt. Carpzov. *p.* 2. *c.* 48. *d.* 11. *et l.* 6. *resp.* 116. *n.* 1. Berlich. *p.* 2. *concl.* 57. *n.* 81. Finckelth. *disp.* 33 *feud.* 10. *qu.* 1. Alii vero possidentem hic meliorem autumant. Hartmann. Pistor. *p.* 2. *qu.* 13. Struv. *de feud. c.* 13. §. 16. *n.* 6. cum nec in hoc feudo filius ab allodio feudum separare possit 2. *f.* 45. Carpzov. *p.* 2. *c.* 47. *d.* 3. Brunnemann. *cent.* 4. *dec.* 64. *n.* 5. Dn. Fabric. *ad Gail. l.* 2. *obs.* 128. *sect.* 1. Unde non aliter 34 eorum opinionem, qui possidentem postponendum esse putant, admittendum credo, quam si revocaturi sint filii primi acquirentis; ac in investiturae literis eorum nomina expressa, cum sic quasi coinvestiti censeantur dn. Praeses *in praelect. ad ex. feud. c.* 20. *qu.* 10.

§. 10. Quae de alienatione hucusque dicta, proce- 35 dunt etiam in deterioratione feudi, Esbac. *ad Carpz. p.* 3. *c.* 31. *d.* 8. *n.* 6. ita ut absque consensu domini et agnatorum servitutem feudo vassallus imponere nequeat. 2. *f.* 8. §. *econtrario.* dn. Praeses *c. f. c.* 10. *qu.* 3. Unde quamvis alius servitutem a vassallo sibi 36 in feudo constitutam longo tempore possederit, ac legitime acquisiverit, mortuo tamen vassallo, ejusque linea descendente extincta, in possessione servitutis non defendendus dn. Praeses *d. c.* 10. *qu.* 8 praescriptio enim contra vassallum impleta, agnatis non nocet. Dn. Brun- 37 nemmann. *ad l.* 1. *c. de annal. except. n.* 23. Dn. Ziegler. *ad grot. de jur. bell. et pac. l.* 2. *c.* 4. §. 10.

§. 11. Dictum superius est, feudum ex gratia do- 38 mini apud vassallum esse; hinc fluit, possidentem feudum ad edendum titulum possessionis suae ac investiturae instrumentum teneri Carpzov. *p.* 1. *c.* 37. *d.* 9.

n. 3. *et p.* 2. *c.* 8. p. 4. *n.* 6. Rosenthal. *de feud. c.* 8. *concl.* 33. *n.* 6. Hartmann. Pistor. *p.* 2. *qu.* 46. nec non juratam specificationem omnium pertinentiarum feudalium Schrad. *de feud. p.* 6. *c.* 6. *n.* 113. Vultej. *de feud. l.* 1. *c.* 3. *n.* 92. Gail. *l.* 2. *obs.* 69. *n.* 7. *et de arrest. c.* 12. *n.* 13. Quamvis enim alias de jure communi nemo titulum possessionis suae edere teneatur *l. cog.* 11. *c. de Haered. petit.* Barbos. *Locupl.* 14. *c.* 64. *ax.* 12. Fallit hoc tamen, si aliquis possideat rem, quam sine consensu alterius obtinere nequit, aut praesumptio juris ipsi resistit, *arg. c.* 29. *X. de decim.* Dn. de Rhez. *in comm. p.* 202. *n.* 2. *seq.* Mev. *p.* 3. *dec.* 205. *et p.* 4. *dec.* 387. Hartm. Pist. *p.* 2. *qu.* 46. *n.* 18.

§. 12. Cum quoque possidentes feuda in exercitio regalium sint, iisque in literis investiturae specialim non expressis, in possessione per praescriptionem immemorialis temporis acquisita se fundent, antequam materiam hanc feudalem dimittam, dispiciendum, an possessio immemorialis temporis eos plene beatos et securos reddat? Et dicere quidem ad unam omnes concludunt praescriptionem immemorialem justum esse titulum acquirendi regalia eaque suffultum, omnino tutum esse, Klock. *vol.* 3. *cons.* 254. *n.* 53. Mev. *p.* 7. *dec.* 158. *n.* 14. Vasq. *illustr. cont. c.* 83. *n.* 37. Carpzov. *p.* 2. *c.* 3. *d.* 24. *et c.* 53. *d.* 1. *n.* 13. Rosenthal. *de feud. c.* 1. *concl.* 16. *n.* 3. cum immemoriali tempore acquirantur ea, quae alioquin sua natura sunt impraescriptibilia, Brunn. *cons.* 162. *n.* 412. modo possidens eorum capax sit Laym. *theol. mor. l.* 3. *th.* 1. *c.* 8. *n.* 7. Struv. *de feud. c.* 6. *th.* 13 *n.* 2. Klock. *vol.* 1. *cons.* 10. *n.* 632. Et ex hoc fundamento, quoniam venatio hodie inter regalia refertur, dn. Brunn. *cent.* 4. *dec.* 24. *n.* 4. Richt. *p.* 1. *dec.* 16. *n.* 3. Carpz. *p.* 2. *c.* 3. *d.* 25. *n.* 3. Finckerth. *obs.* 41. *n.* 14. statuunt, venationem subditis acquisitam esse, si in ejus exercitio per immemorialis temporis spatium fuerint. Vid. dn. Maurit. *p.* 1. *cons.* 1. *n.* 8. Berl. *p.* 3. *dec.* 367. *n.* 18. Gail. *l.* 2. *obs.* 66. *n.* 7. Mohr. *de jur. venan. c.* 1. *n.* 13. Verum mihi existimo haec ita generaliter asserenda esse, nam si liquido constet de titulo ab initio nullo et vitioso, ibi nec immemorialis praescriptio obtinebit. Gratian. *discept. forens. p.* 3. *c.* 441. *n.* 17. Menoch. *remed.* 3. *retinend. possess. n.* 639. Quamvis ergo idem asserendum videatur de jure venandi aliisque regalibus, utpote quae nonnisi initium vitiosum habere possunt; attamen praesumitur hic concessio principis ex tanto temporis lapsu, et hinc censetur venationem non de facto, sed voluntate principis apprehendisse, donec probetur contrarium.

§. 13. Quantum ad bonam fidem, de jure canonico, quod hac in parte sequimur, non tantum ab initio, sed ad ultimum usque momentum ea requiritur *c.* 5. *et ult. X. de praescript.* et hinc etiam superveniens impedit praescriptionem. *c. possesses. de reg. jur. in* 6to Carpz. *l.* 1. *resp.* 37. *n.* 17. Esbach. *in Carpz. p.* 2. *c.* 3. *d.* 11. *n.* 7. Unde ea non, uti de jure civili, Menoch. *l.* 3. *praesumpt.* 131. *n.* 11. ex longissimi aut immemorialis temporis lapsu praesumitur, sed cum in mala potius videatur esse fide, cum scire debuerit, quod suum non est, quovis modo ad alium pertinere *l. fin. c. unde vi.* veritas praesumptioni praevalet *l.* 57. *ff. de jur. dot.* Barb. *locupl. l.* 19. *c.* 11. *ax.* 20. nec magis praescriptionem allegare potest immemorialem, quam debitor, qui se debere non ignorat Balb. *de praescr. p.* 2. *p.* 3. *princ. qu.* 13. *n.* 4. Dn. Praeses. *ad. Brunn. jus. eccl. l.* 2. *c.* 11. §. 3. *verb. sed. et secular.* Et hoc multo magis in nostris vassallis procedet, qui tam hic in Marchia, quam aliis provinciis nonnisi cum subjectionis jure feuda possidere possunt. vid. illustr. dn. de Rhetz. *in comm. ad jus. feud. p.* 78. *et p.* 129. *n.* 13. Gail. *de arrest. c.* 6. *n.* 10. Mev. *p.* 2. *dec.* 325.

CAPUT VII.

De possidente non meliore quoad manutenentiam possessionis

SUMMARIA

Duo possessores ejusdem rei esse nequeunt. n. 1.
Quis hic potior sit? remissive n. 2.
In possessorio summariissimo melior est qualiscumque detentor. n. 3.
In ordinario possessor non titulatus non est melior. n. 5. *seq.*
Possessor qui melius probaverit possessionem praefertur. n. 7.
Possessor junior non est melior antiquiore. n. 10.
Possessor posterior non est melior priori instrumentalem possessionem habente. n. 11.
An posterior possessio tituluta praeferatur antiquiori n. 12. *seq.*
Qui post litem motam possidere cepit, illi non proficit possessio. n. 14. *seq.*
Possessio a praetore accepta non proficit, juris ordine non servato. n. 16. *seq.*
Qui jure familiaritatis in bonis est, illi non prodest possessio. n. 19.
Inter duos possessores interdum neuter potior est. n. 21.
Quando sequestrationi sit locus? n. 22.
Conclusio n. 23.

§. 1. Cum duo eamdem rem in solidum possidere nequeant *l.* 3. §. 4. *ff. de acquir. possess. l.* 5. §. 15. *ff. commod. l.* 19. *ff. de precar.* nisi diverso respectu *l.* 15. §. 4. *ff. de precar. l.* 6. §. 1. *ff. de acquir. poss.* disserendum adhuc restaret quisnam duobus se in possessione esse contendentibus, sit praeferendus, et quis eorum possessione sua privandus veniat? Verum cum hanc materiam prolixissime et ex professo jam tum tractaverit Luddov. Posthius *tr. mandati de manutenendo, illique tractatui adjectis rotae romanae decisionibus.* cum pace b. l. me hac opera supersedere posse, et non peccasse credo, si eo b. l. remiserim.

§. 2. Id saltem, antequam hujus materiae tractationem penitus dimittam, brevissimis, et quasi per modum excerptorum ex *Posthio*, annotasse sufficiet; longe aliam possidentis esse rationem in possessorio ordinario, quam in possessorio summariissimo. In hoc enim ultimus possessionis consideratur actus, Lang. *de process. c.* 26. *n.* 27. Menoch. *remed. retin. possess.*

alt. n. 36. et animus etiam sufficit possessio, Achil. Person. *de adipisc. post. n.* 34. *seq.* non attento, an quis vi, clam aut precario, quae alias vitia possessionis sunt §. 4. *j. de interd.* in possessione existat, Cyriac. Niger. *contr. for. l.* 1. *contr.* 10. *n.* 6. Conf. Post. *d. tr. obs.* 42. cum de facto tantum, non autem de jure possessionis disputetur, Caes. Contrad. *de moment. possess. q.* 13. *n.* 6.

5 §. 3. In possessorio autem ordinario longe aliter res comparata. Ibi enim, cum possessio titulata praevaleat Menoch. *retin. possess. remed.* 3. *n.* 733. *seq.* Gail. *de pign. obs.* 22. *n.* 9. *et l.* 1. *obs.* 87. *n.* 7. Dn. Brunn. *ad l.* 16. *ff. si serv. vindic.* quoniam haec justior praesumitur, Paris. *vol.* 1. *cons.* 112. *n.* 78. Lang. *in proc. c.* 26. *n.* 14. sequitur illum, qui possessionem non titulatam habet, merito repellendum esse, Conf. Posth. *obs.*
6 71. *n.* 105. *sq.* Possessio enim, quae nullo suffragatur titulo, improba et vitiosa censetur dn. Brunn. *ad l.* 7. *c. de acquir. poss. n.* 7. qualem possessionem nunquam effectu juris gaudere, certum est. *l.* 7. *c. de acquir. possess.* Mev. *p.* 7. *dec.* 186. *n.* 6. *et dec.* 153. *n.* 5.

7 §. 4. (2) Si uterque titulum probaverit, anteferendum esse illum qui melius jus suum deduxerit, aut pro cujus possessione major pars testium deposuerit, indubitatum est, et hinc alterum possessione sua esse privandum.
8 Posth. *d. obs.* 71. *n.* 81. *seq.* Major pars autem hic non attenditur ea, quae sanior esse potest, hoc enim admodum difficile esset determinare, Carpz. *p.* 1. *d.* 82. *num.* 16. sed quae numero praevalet; numeranda enim alias enim sunt vota, non ponderanda. Mev. *ad jus lubec. l.* 1. *tit.* 1. *art.* 2. *n.* 14. Esbach. *in not. ad Carpzov. p.*
9 1. *c.* 27. *d.* 12. Numeroque plures testes vincunt pauciores Carpz. *de p.* 1. *dec.* 82. *p.* 1. *c.* 16. *d.* 45. *et l.* 3. *resp.* 93. *n.* 5. per majorem enim numerum testium alicujus possessio melius demonstratur, in possessione autem ille, cujus jura apparentiora sunt, praeferendus est. Mev. *p.* 2. *dec.* 247. *n.* 15.

10 §. 5. (3.) Antiquior possessio vincere solet posteriorem, sive juniorem dn. Brunnem. *cent.* 3. *dec.* 6. *n.* 3. Posth. *obs.* 71. *n.* 2. *sq.* et eapropter junior sive posterior possessor merito postponendus, cum illius possessio praesumatur clandestina aut violenta Mev. *p.* 3. *dec.* 91. *n.* 5. Giovagn. *l.* 1. *cons.* 8. *n.* 186. clandestina autem possessio possessori non prosit, Richter. *tr. de signif.*
11 *adverb. lit. c. adv.* 16. *p.* 78. Et hoc non tantum obtinet, si utraque possessio fuerit realis, sed etiam, si prior possessio tantum sit instrumentalis. Carpz. *p.* 2. *c.* 33. *d.* 15. *n.* 4. Posth. *d. obs.* 71. *n.* 23. *seq.* Instrumentalis enim possessio, modo non alius sit in possessione, dn. Praeses *vol.* 2. *disp.* 18. *de possess. instrum. c.* 4. *n.* 3. possessorem aeque in vera tam civili, quam naturali constituit possessione, uti realis. Dn. Praes. *d. l. c.* 2. *n.* 24. *et de cautel. contr. sect.* 3. *c.* 3. §. 11.

12 §. 6. Tribuunt quidem nonnulli doctores huic anteriori possessioni tantam vim, ut posteriori titulatae eam praefecendam esse existiment, licet ipsa antiquior possessio non fuerit titulata, vid. Posth. *d. obs.* 71. *n.* 29. Menoch. *retin. poss. remed.* 3. *n.* 728. Verum cum in
13 ordinario possessorio titulata possessio semper praevaleat, et posterior, si justam possessionis suae causam docuerit, omnino praeferendus priori sit, non admittendam hanc esse sententiam docet Dn. Praes. *vol.* 2. *disp.* 17. *de compossess. c.* 3. *n.* 15. Cum autem initium pos- 14
sessionis inprimis attendendum esse moneat Mev. *p.* 8. *dec.* 382. *n.* 5. cum ad manutentionem requiratur, quod tempore motae litis aliquis jam fuerit in possessione §. 4. *in fin. inst. de interd.* Posth. *obs.* 17. sequitur, neutiquam illum in possessione defendendum esse, qui post litem jam motam possessionem demum fuerit nactus. Mev. *p.* 4. *decis.* 368. *num.* 2. Posth. *obs.* 48. aut si possessio ipsius liti causam dederit 15
Mev. *p.* 2. *dec.* 188. Giovagn. *l.* 2. *cons.* 40. *n.* 8.

§. 7. Et quamvis alias maxima judicis sit auctoritas, 16
justeque ille dicatur possidere, qui auctore praetore possidet *l.* 11. *ff. de acquir. possess l.* 28. *in fin. ff. de noxal. act.* Menoch. *cons.* 449. *n.* 7. Attamen si 17
probetur, judicem nulliter vel injuste processisse, possessio ista attendenda non est. *leg.* 1. *et* 2. *ff. ne vis fiat ei, qui in poss. missus est.* Posth. *obs.* 12. Illa 18
enim possessio cui jus resistit. Mev. *p.* 8. *decis.* 257. *n.* 7 aut quae juris etiam praesumptionem tantum contra se habet, nullius est momenti. Posth. *obs.* 44. ibique alleg.

§. 8. Causa autem, ob quam quis in possessione est, 19
inprimis attendenda venit. Unde si quis familiaritatis vel amicitiae tantum jure in possessione fuerit, in eadem manutenendus non est, sicuti pluribus deducit Posth. *obs.* 53. *et* 54. actus siquidem familiaritatis nullum tribuunt jus. Menoch. *arbitr. jud quaest. l.* 2. *cas.* 160. *n.* 13. Besold. *cons.* 118. *n.* 79. nec pos- 20
sessionem *l.* 41. *ff. acquir. poss.* ibique dn. Brunn. *n.* 1. Cothm. *vol.* 4. *cons.* 39. *n.* 25. Conf. prolixe dn. Praes. *vol.* 2. *diss.* 6. *de jur. familiar. c.* 3.

§. 9. Nonnunquam etiam, duobus in possessione 21
existentibus, neutra pars in ea defendi solet, sed si timor armorum subsit, judicis officio incumbit, immiscere se liti, ac ne litigantes ad arma veniant, possessionem avocare, et donec lis finita, possessionem sequestrare Gail. *l.* 1. *obs.* 5. *n.* 1. *seq.* Lancell. *de attent. p.* 2. *c. n.* 57. Conf. Posth. *obs.* 75. *per tot.* Ut autem sequestratio locum habeat, praecise requiri- 22
tur, ut de utriusq; possessionis jure certo judici non constet, si enim cuius jus clarius apparet, judex ad sequestrationis remedium, quod desperatum dici solet, Achill. Person. *de adipisc. possess. n.* 39. confugere non debet. Coler. *de proces. exec. p.* 1. *c.* 1. *n.* 12. Lancellot. *de attent. p.* 2. *c.* 4. *ampl.* 2. *n.* 1. *seq.* Posth. *d. obs.* 75. *n.* 16.

§. 10. Alia quae adhuc de hac materia afferri pote- 23
rant, prolixe jam recensuit Posth. *d. tr.* idcirco hic subsisto, Deo t. o. m. pro studiorum meorum directione clementissima immortales nuncupans gratias, a te vero b. l. iterum iterumque contendens, ut haec, quae festinanti exarata sunt calamo, aequi bonique consulas, ac si alicubi lapsus fuero, id naturali communique omnium hominum conditioni adscribas, cum monente imperatore *l.* 2. §. 14. *c. de veter jur. enucl.* in nullo penitus peccare, non sit opus mortalitatis.

SOLI DEO GLORIA.

DISPUTATIO VIGESIMA QUINTA

DE NECESSITATE EDENDI TITULUM POSSESSIONIS.

AD DIEM MART. ANNO MDCLXXXVIII.

PRO LICENTIA

CHRISTIANUS FRIDERICUS BARTHOLDI, BEROLIN. MARCHICUS.

PROLEGOMENA.

Communionem rerum primaevam non omnino esse negandam, argumento est, quod vita socialis, et distinctio dominiorum non per se, et immediate ex natura rerum fluat, sed factum humanum praesupponat, quod cuivis rerum politicarum principia curatius indaganti erit in proclivi. Quippe natura nos quidem ducit ad societatem colendam, verum non per se atque interno instinctu, sed ducta necessitatibus commodisque humanis. Si igitur nullae necessitates forent, nec natura nos ad societatem impelleret. Quo circa communionem rerum primaevam asserere, ac divisionem earum non a natura, sed facto humano immediate derivare sustinemus. Hujusque hypothesis necessitatem ipsa divisionis natura involvit; nihil enim dividi potest, nisi prius fuerit commune. Pari modo Grotius videtur ratiocinari: Deus humano generi generaliter contulit jus in res hujus inferioris naturae statim a mundo condito; atque iterum mundo post diluvium reparato. Erant, ut Justinus loquitur, omnia communia et indivisa omnibus, veluti unum cunctis patrimonium esset. At vero cum natura omnibus hominibus dederit jus in omnia, et unumquemq; sibi ita commendaverit, ut singuli rerum possidendarum cupidine ducantur, facile si sibi solis relinquerentur singuli, atque in mero naturae jure persisterent, insufficientiam suam sensere, quod nimirum ad sui tutelam essent invalidi. Proinde cum minime proficuum fuerit, in omnia jus commune retinere, (nam communio est mater discordiarum) nec tamen aliud remedium se obtulerit, quam ut ad pacta confugerent, probabile est, principio rerum statim homines a communione illa recessisse, singulosque in unum aliquem coetum, vel personam jura utendi viribus suis a beneficio communi, ad beneficium proprium transtulisse, ut is terrore tantarum virium unitarum singulorum voluntates ad unitatem et concordiam, vel, ut verbo dicam, socialitatem conformaret: atque ita societatem perfectam inierunt homines, quae omnia in se complecti videtur, quae ad vitam recte tuendam sunt necessaria. Quo facto porro, dictante jure sociali seu gentium, tamquam communi societatis humanae vinculo, distinctiones dominiorum et separatae possessiones videntur constitutae. Dum coetus ille perfectus vel princeps jus singulorum in se translatum iisdem quasi particulatim secundum mensoriam, ut loquuntur, proportionem distribuit, ita tamen, ut eorum dominium ab illo priore domino penderet. Ex hisce ita dictis porro inferri potest; principes non omnino cunctas possessiones in subditos singulos denuo transtulisse, sed ad universitatem nonnullas retulisse, sibique reservasse; partim tamquam patrimonium universitatis seu totius populi, cujus imaginem princeps gerit, ut ad sustentandum status sui splendorem conducerent; partim tales, quae per se naturam regalium sapiunt, adeoque regulariter ad privatum non spectant. Quamobrem non inconveniens naturali rationi videtur, quod nimirum privati, quamvis regulariter possessionis suae titulum edere non teneantur, certis tamen casibus ad edendum titulum a principe adstringi possint, si vel maxime talia possideant, quae juribus principum communiter annumerantur; utpote cum praesumptio semper sit pro principe, ipsum non facile hujuscemodi, quae de juribus suis aliquid delibant, in privatos contulisse. Illustre satis hoc mihi argumentum visum, de quo in praesenti ex suffragio celeberrimae facultat. jurid. in alma viadrina; honores et privilegia doctoralia solemniter ambiens, dissertationem aliquam pro captu conscriberem: Caeterum ex animo cum imp. nostro precor, ut ille, in quo uno mihi spes, quique nobis animae

dat salutem, laboris mei velit esse non solum principium, sed etiam medium et terminus. Tu vero, lector benevole, omnia aequi bonique consule, et si forte erratum, et aetati et festinationi ignosce. Sicubi etiam a receptis opinionibus me hinc inde divortium fecisse senseris, libertati academicae condonabis. Nunquam vero me sine auctoritate dd. quicquam asseruisse, senties.

CAPUT I.

Generalia de edendo titulo possessionis exhibens.

SUMMARIA

Ingressus. n. 1. *et* 2.
Verborum prior ratio habenda. n. 3.
Verborum studium juris perito necessarium. n. 4.
Voces sunt symbola rerum. n. 5.
Indeque incipit omnis scientia. ibid.
Intimaque rerum iisdem aperiuntur. ibid.
Romanorum Jctorum cura in investigandis etymologiis. n. 6.
Edere quid sit? n. 7.
Judici plena fides facienda de titulo. n. 9.
Adversario non. ibid.
Ratio ejus. n. 10.
Titulus unde derivetur? n. 11.
Plurimi eum derivant, a tuendo vel tutando. n. 12.
Milites olim dicti tituli. n. 13.
Hinc etiam Titi nomen ortum. ibid.
Alii derivant ab intuendo. n. 14.
Homonymiae. n. 15.
Tituli alias vocantur partes. n. 16.
Jure can. quomodo titulus sumatur? n. 17.
Nonnunquam denotat privilegium. n. 18.
Interdum notam honoris et dignitatis. n. 19.
Sumitur quoque pro reddituum principalium divisione. n. 20.
Quandoque significat causam possidendi. n. 21.
Frequentius inscriptionem, indicinam, epigraphen. n. 22.
Ita accipitur l. 1. ff. de reb. cred. *n.* 23.
Rubricae quoque in jure tituli nomine veniunt. n. 24.
Unde explicatur regula: a rubro etc. et adduntur plurimae aliae significationes ex cod. theodosiano. n. 25.
Quae significationes tamen hue non pertinent. n. 26.
Germanice vocatur die Ursach des Besitzes. etc. n. 27.
Definitio tituli. n. 28.
Alia definitio. n. 29.
Titulus jure gentium introductus jur. civ. approbatus. n. 30.
Explicatio ejus. n. 31. *et* 32.
Titulo carens, jure possidenti quoque et dominio caret. n. 33.
Est qualitas possessionem determinans. n. 34.
Titulus quomodo interdum possession. conferat? n. 35.
Exemplum in hypotheca. ibid.
Idem in deposito et commodato. n. 36.
Per causam possessionis seu titulum dominium non semper transfertur. n. 37.
Sine possess. ex titulo affectus dominii non fluit. n. 38.
Duplex tituli effectus. n. 39.
Divisio tituli (1) *in universalem et singularem.* n. 40.
Quemadmodum res dicuntur universae et singulae, ita etiam tituli. n. 41.
Eadem ratione quae actiones ita dicuntur. n. 42.
(2) *In generalem et specialem.* n. 43.
Titulus pro suo est generalis. n. 44.
Datur etiam titulus pro suo specialis. n. 45.
Quando ita dicatur? n. 46.
Exemplum. ibid.
Specialis titulus quid sit? n. 47.
Variae ejus species. n. 48.
Ubi reperiantur? n. 49.
Quatuor earum classes. n. 50.
Quarum (I.) si titulus a nullo, sed magis a rei conditione profectus, ut per occupationem, inventionem et accessionem. n. 51.
Occupatio quotuplex? n. 52.
Inventio quid sit? n. 53.
Accessio quotuplex? n. 54.
(*II.*) *Si titulus a magistratu ortus.* n. 55.
(*III.*) *Si a judice datus.* n. 56.
(*IV.*) *Si a privatorum voluntate natus.* n. 57.
Modus acquirendi originarius et derivativus. n. 58.
Definitio utriusque. n. 59.
Originarii subdivisio. n. 60.
Quomodo fiat? n. 61.
Explicatio ejus. n. 62.
Titulus coloratus, praesumptus et bellicus. n. 63.
Titulum coloratum quis habeat? ibid.
Cur ita dicatur? n. 64.
Interdum titulus praesumitur. n. 65.
Exemplum. ibid.
Actus praesumitur gestus in executionem tituli praecedentis. n. 66.
Titulus praecedens inducit praesumptionem actum sequentem eo jure gestum esse. n. 67.
An jus armorum plenum jus possidendi conferat? n. 68.
Jus armorum possessionem constituit. n. 69.
Non tamen securam. n. 70.
Arcanum principis, praetensionibus suis nunquam in solidum renunciandi. n. 71.
Ratio ejus. n. 72.
Res humanae ita non in incerto constituuntur. n. 73.
An satius sit, nullum habere titulum, quam invalidum? aff. n. 74.
Ratio ejus. n. 75.
Qui pro se habet praescriptionem immemorialem, si alleget titulum invalidum, dicitur malae fidei possessor. n. 76.
Limitatio prioris. n. 77.
Effectus tituli allegati. n. 78.
Exempla. ibid. et n. 80. 81.
Titulus interdum confert solum nomen dignitatis, etiam antequam acquiratur possessio. n. 82.
Non tamen semper. n. 83.
Requisitum tituli ex necessitate allegati. n. 84.
Limitatio. n. 85.
Titulus quoque multiplicari potest. n. 86.

Exemplum. ibid. et n. 87. 88. 89.
Error justus quandoque etiam tituli loco habetur. n. 90.
Titulus putativus quid sit? n. 91.
Ulterior divisio titulorum. n. 92.
Possessionis materia utilissima et summe necessaria. n. 93.
Densissimis tamen tenebris involuta. n. 94.
Et difficillima. n. 95.
Ejusdem principia vacillant. n. 96.
Difficultas haec ex confusione terminorum potissimum orta. n. 97.
Distinctiones possess. plures. n. 98.
Possessio naturalissima et civilissima. n. 99.
Possessio late et stricte sumpta. n. 100.
Propria et analogica. n. 101.
Differentia ejus. n. 102.
Possessionis vox multipliciter capitur. n. 103.
Interdum significat proprietatem. ibid.
Regulariter tamen proprietas cum possessione nihil habet commune. n. 104.
Proprietas juris est possessio facti. n. 105.
Conciliatio l. 49. ff. de acquir. vel. amitt. poss. *n.* 106.
Ratio ejus. n. 107.
Cur assistentia juris ad possessionem concurrat? n. 108.
Possessio ingeniose vocatur creatura juris. n. 109.
Ratio. ibid.
Possessio quoque significat ipsam rem possessam. n. 110.
Exempl. ibid.
Fabri *error. ibid.*
Descriptio possessionis nominalis. n. 111. *ad* 114.
Realis. n. 115.
Usus hic capitur pro detentione. n. 116.
Dominus quandoque dicitur possessor. n. 117.
Sed impropric. n. 118.
Qui se possessorem dicit, negat se esse dominum. num. 119.
Possessio causalis rejicitur. n. 120.
Detentio mentalis quoque sufficit, et per alium facta. n. 121.
Limitatio. ibid.
Possessoris beneficia innumerabilia. n. 122.
Duo interdicta retinendae possessionis, uti possidetis et utrubi. n. 123.
Defensio privata. n. 124.
Judicium manutentionis regulariter non requirit titulum. n. 125.
Immobilium possessio liberat a satisdatione. n. 126.
Et a suspicione fugae. ibid.
Praesumptio semper militat pro possessore etiam injusto. n. 127.
Limitatio ibid.
Ratio. n. 128.
Possidens nec a domino potest dejici. n. 129.
Exceptio dominii vel tituli mandatum de manutenendo non impedit. n. 130.
Beati possidentes. n. 131.
Possessionis titulum nemo regulariter allegare tenetur. n. 132.
Ratio ibid. et 133.
Possessores se tuentur commodo possessionis. n. 134.
Actore non probante remanet suo loco possessio. ibid.
Conciliatio l. 16. c. de prob. *n.* 135.
Qui de possessore actoris partes obtinente? n. 136.
Explicatio regulae: affirmanti incumbit probatio. num. 137.
Tres dd. regulae de possessione. n. 138.
Regula prima. n. 139.
Regula secunda. n. 140.
Exempl. ibid.
Regula tertia. n. 141.
Exempl. ibid.
Dd. qui plura de possessionis materia exhibent. n. 142.
Transgressio ad caput secundum. n. 143.

Cum argumentum a genere ad speciem ductum, non 1
tantum sit probabile, sed etiam necessarium. Nic. Everhard. *top. leg. l.* 6. *pr.* operam perdere non videbor, si *de titulo possessionis edendo* acturus, nonnulla de titulo et possessione in genere praemisero, transgressurus in sequentibus ad specialiora. Equidem cum lexicorum natare scaphis propositum non est meum. Quoniam 2
tamen verborum prior, rerum autem posterior debet esse indagatio. *l.* 1. *pr. ff. de just. et jur. l.* 1. *ff. de reb. cred.* Et uti rerum, ita etiam verborum studium 3
jurisperito necessarium. Galvan. *de usur. c.* 1. *n.* 1. Quintilian. *lib.* 1. *c.* 12. Velasc. *de privil. pauper. qu.* 1. *n.* 2. Cum voces, teste Aristotele, sint symbola re- 4
rum, et a cognitione vocabulorum incipiat omnis scientia Baldus *in l.* 10. *c. de operib. libert. n.* 9. eademque multoties intimae rerum vires aperiantur. Forcat. *Necyomant. dial.* 75. *pr.* Proinde romanorum Jctorum 5
morem insequendo, qui, ut fatetur Hermenegild. de Roxas *de incompatibil. regnor. part.* 1. *c.* 1. *n.* 16. magnam curam in investigandis nominum etymologiis adhibuerunt, pauca de verborum etymologia et homonymia praelibabo, ita tamen, ut spreta verborum prolixitate inani, necessariis tantum concise inhaeream.

Quid autem sit *edere*, de eo omnes omnino com- 7
mentatores ad titulum digestorum de *edendo* fusius disserunt. Proprie hoc loco edere significat, ita ad ad- 8
versarii notitiam aliquid referre, ut ipsi causa seu titulus possessionis designetur. Judici vero per sufficien- 9
tia argumenta plena fides de titulo faciendâ est, quam tamen adversario facere necessum non est. *l.* 83. §. 1. *ff. de verb. obligat.* Adversarius enim forte contumax, se- 10
tis probatum non esse semper allegare posset.

Ad etymologiam *tituli* quod attinet, videtur a graeco 11
originem trahere. vid. b. Beemann. *de orig. lat. lingu. lit. t.* Plurimi dd. hanc vocem, si in eadem capiatur 12
significatione, qua nos eam in praesenti capimus, derivant a *tuendo* vel *tutando* quod scilicet tueatur possessorem, et indicet, quis juste possideat. Conf. Mynsing. et Scheidewin. *ad rubr. instit. de usucap.* Habn. ad Wesenbec. *de just. et jur. voc. titulus.* Milites quo- 13
que hinc olim vocabantur *tituli*. Coepolla *l.* 1. *de servit. c.* 71. *n.* 7. quasi *tutuli*, qui patriam tuentur. Hinc 14
etiam *Titi* nomen orium volunt. Alii titulum ab *intuendo* derivant, quod intueri inde liceat, juste quis possideat, an non. Donell. *l.* 3. *comm.* 15. Oldendorp. *in introd. class.* 3. *p.* 151. Aliam adhuc derivationem habet Petr. Francisc. Passerin. *probl. leg.* 7. *n.* 83. *et* 84.

Homonymia longe lateque se extendit. conf. Speidel. 15
in spec. jur. Besold. *thesaur. pract.* Calvinus *in lex. jurid. lit. t.* Weber *in arte discur. de qualib. mat. voce*: *titulus*; et alii complures. Jus nostrum vero pro- 16
xime attingit, quod *tituli* alias *partes* vocentur ex. gr.

quando in jure dicitur, ventrem *ex omnibus partibus* mitti in possessionem, idem est, ac si dicatur, ventrem *ex omnibus titulis* in bonorum possessionem mitti. *l.* 17 *fin. ff. de ventr. in poss. mitt.* Jure canonico inter alias significationes sumitur (1.) pro ipsa ecclesia seu templo in memoriam sanctorum erecto et ad publica ministeria ecclesiastica deputato. Strauch. *in amoenit. jur. can. sem.* 1. 1. *eclog.* 3. *c.* 14. (2.) Pro praediis clericis, ad victum destinatis 1. *f.* 6. *pr. c. sanctorum* 2. *dist.* 18 70. Ziegler. *ad jus can. lib.* 1. *tit.* 14. §. 2. Nonnunquam 19 denotat privilegium *novell.* 131. Interdum notam honoris et dignitatis. *tit. c. ut nemo priv. tit: praed. suis vel alien. imponat. etc.* et *de his qui pot. nom. tit. praed. affig. nov.* 17. *c.* 15. *l.* 3. *c. de bon vac. l.* 2. *c.* 20 *de aquaeduct.* Add. *tit. c. de canone largitionalium titul.* ubi titulus sumitur pro redditibus principalium divisione, et in certas partes distributione. Conf. dn. 21 Brunnem. *ad dict. tit. eod.* Quandoque causam possidendi per quam dominio acquirendo occasio praebetur. §. 41. *de rer. div. l.* 14. *c. de r. v. l.* 1. *ff. pro solut.* Codex Theodosianus *lib.* 11. *tit.* 39. *l.* 12. Gothofred. *d. l.* 13. *ff. de haered. petit.* Frequentius inscriptionem, indicium, epigraphen significat. Nam omnibus propemodum rerum generibus solent inscribi quidam velut indices, qui ostendunt auctorem, vel materiam, 23 vel aliam operis qualitatem. Ita titulus accipitur *l.* 1. *ff. de reb. cred.* quia tuetur et indicat id cui superscribitur. Rubricae itidem in jure nostro tituli nomine veniunt. *l.* 2. §. *fin. ff. de interdict.* Et ex hoc invenit explicationem vulgata regula; quod a rubro ad nigrum valeat argumentum. Dn. Praeses *ad rubr. institut. de justit. et jur.* Hahn. ad Wesenbec. *tit. de just. et jur. voc. titul.* Everhard. *in top. leg. loc.* 92. *a rubro.* Qualis autem sit titulus annonarius, vid. codex theodosianus *lib.* 11. *tit.* 28. *l.* 5. Fiscalis, *eod. l.* Frumentarius, *lib.* 14. *tit.* 16. *l.* 1. *et* 3. Laudabilis, *lib.* 15. *tit.* 3. *l. ult.* Ad largitiones pertinens, *lib.* 11. *tit.* 28. *l.* 3. Aeneus, *lib.* 14. *tit.* 16. *l.* 5. Canonicus, *lib.* 11. *tit.* 1. *l.* 36. Manifestus, *lib.* 7. *tit.* 4. *l.* 32. Titulus Meritorum. *lib.* 6. *tit.* 19. *l. unic.* Navium. *lib.* 14. *tit.* 27. Praestationis, *lib.* 14. *tit.* 6. *l.* 1. Primipili, *lib.* 11. *tit.* 28. *l.* 11. Solemnis, *l.* 11. *tit.* 5. *l. unic.* et solitus *lib.* 11. *tit.* 1. *l.* 19.

26 Cum tamen omnes hae significationes ad praesentem non faciant scopum, ulterius iis non immorabimur. Lingua germanica vocem illius tituli, de quo 27 nos loquimur, exprimit per verba: *Ein Recht, wober einer ein Ding hat; die Ursach des Besitzes oder Schein, eine gute Ankunfft, eine Anzeigung oder Merckzeichen einer rechtmaessigen Ankunfft oder Besitzung eines Dinges.* Meier. *in collegio argent. tit. de usucap. th.* 16.

28 Definitur seu potius describitur titulus, quod sit: qualitas possessionem determinans. Oldrad. *cons.* 217. Card. Tusch. *pract. conclus.* 306. *n.* 1. *lit. t.* justa et aequitati consentanea, per quam vel possessor fit dominus, vel usucapiendi conditio in illum transfertur. Amad. Eckolt. *in comp. digest.* 29. *ad tit. de servit.* §. 2. titulum ait esse causam, in qua de dominio transferendo agitur. Vid. aliter describentem dn. Leiserum 29 30 *in speciali disput. de titulo th.* 7. Ubi titulum jure gentium introductum et jure civili approbatum receptumque adserit. Etenim ex aequitatis ratione, aucto mortalium genere, necessaria distinctio dominiorum fuit, 31 quae antea non requirebatur ob maximum numerum rerum, minoremque hominum. Instituendae proinde 2 videbantur causae, ex quibus cuique rem prehendere, occupare et inculpate possidere liceret. Ut hinc qui 3 titulum aut nullum, aut non justum habet, is quoque nullum possidendi jus, nullumque ex possessione dominium sibi arrogare possit. Estque ideo qualitas seu 3 causa justificatoria possessionis; nam remoto titulo exspirabit quoque justitia possessionis. *l.* 12. *ff. de haered. petit.*

Nec omnibus titulis quis possessionem consequitur, 5 ex. gr. titulus pignoris possessionem veram non parit, licet quandoque creditor possidere dicatur *l.* 33. §. 1. *l.* 37. *ff. de pignor. act. l.* 33. *in fin. ff. de usurpat. l.* 37. *pr. ff. de a. r. d. l.* 1. §. 2. *de pign. et hypoth.* conf. Vincent. Brilla *in Nomoth. Parthenop. seu jur. neap. prompt. tit.* 28. *c.* 2. *n.* 20. *et seqq.* Crivel. *dec.* 77. *n.* 6. Fontanella *tom.* 2. *dec.* 447. Multo minus possessio transfertur in deposito et commodato etc. *l.* 3. §. 2. *ff. de acquir. possess.* Jason. *in l.* 3. §. *ex contrario ff. eod.* Gothofred. *ad d. l.* 3. §. 2. Mantica. *lib.* 9. *tit.* 1. *in fin.* Richard. *in* §. *item is cui n.* 34. *inst. quibus mod. re contrah. oblig.* Vid. dd. D. Gasparis patris, et Joh. ac Sebast. filiorum ab Hermosilla *notae addit. et resol. ad Glos. ll. partitar.* D. Gregor. Lopetii *tom.* 1. *gloss.* 1. *l.* 9. *n.* 12.

Ex hisce dictis itaque sequitur, per causam possessionis seu per titulum dominium non transferri, *l.* 20. *c. de pact.* licet proprie dominium sit effectus tituli ob quem dominium alicui competit. Traditio vero est 8 causa et conditio sine qua regulariter ex ejusmodi titulo, tamquam fonte et origine, effectus ille dominii fluere nequit. vid Molina *de jur. et jur. tract.* 2. *disp.* 4. *n.* 1. Caeterum de hac tituli a modo acquirendi diversitate ex professo egit dn. Eichel. *disput. de modo ejusque a titulo different.* Duplex ergo tituli effectus est, (1.) possessio, nam sine titulo rem detinens non 39 est possessor, sed potius inique detinens quem *pro possessore* possidere jura nostra dicunt. *l.* 13. §. 1. *vers. denique de petit. haered.* (2.) Dominium.

Dividi autem poterit titulus multipliciter (1.) qui- 40 dem tituli acquirendi dominii dividuntur ratione objecti in *universales*, ut arrogatio, haereditas, bonorum possessio, §. *ult. instit. per quas person. cuique acquir.* Vel *singulares*, ut contractus. Quemadmodum 41 enim res quaedam dicuntur universae, quaedam singulae, ita et tituli, per quos res universae transferuntur, universales, per quos res singulae, singulares dici possunt. Eadem ratione, qua actiones, quibus bonorum universitatem petimus, qualis est petitio haereditatis, ex objecto appellamus universales, quibus res singulas, qualis est rei vindicatio, singulares aut speciales *l.* 1. *ff. de r. v. l.* 15. *c. de transact.* 42

(2.) In *generalem* et *specialem*. Generalis est, qui 43 peculiari nomine destitutus cum specialibus titulis concurrit. Sic titulus pro suo generalis est *l.* 27. *ff.* 44 *de usucap. l.* 1. *ff. pro suo*, et concurrit cum qualibet alia causa. Borgnin. Cavalcan. *decis. fori fivizan. part.* 3. *decis. XI. n.* 67. quia ad omnes possessionis acquirendae species accommodari potest, nam possidens ex titulo empti etc. simul possidet ex titulo pro suo. Datur tamen etiam specialis titulus pro suo. Joh. 45 Yannez. Parladorius *quotid. differ. sesquicent. diff.* 41. Hahn. ad Wes. *eod. n.* 1. Zoes. *ad eund. n.* 1. Amad.

Eckolt. *eod. pr.* ubi rejicit opinionem Wesenbecii *h.*
46 *tit. n.* 1. Tunc autem titulus pro suo specialis dici poterit, quando alius titulus deficit, justa tamen possessionis causa adest, utpote si quis eodem modo rem consecutus, quo alias sine causa et titulo praevio ex naturali ratione dominium acquiritur, ex. gr. si quis gemmam alterius ignorans in littore maris inveniat. *l.* 2. *ff. pro suo.* Bachov. ad Treutler. *vol.* 2. *disp.* 22. *th.* 5. *lit. g.* Struv. *in Syntagm. j. civ. exerc.* 73. *th.* 41. Et haec sufficiant de titulo generali.

47 Specialis est, qui certum habet nomen de jure proditum, atque habilis quoque est ad dominium transferendum. Cujus tituli plurimae dantur species, nullus
48 vero in jure nostro reperitur textus, qui eas omnes
49 simul comprehendat. Reperiuntur tamen pleraeque in *l.* 3. 4. 5. 6. 7. *ff. de public. in rem act.* et *l.* 3. §. 4. *ff. de acquir. poss.* §. 41. *inst. de rer. div.*

50 Illas autem egregie admodum ad quatuor reduxit
51 classes Hugo Donellus 5. *comm.* 14. Si titulus justus a nullo, sed magis a rei ipsius acquisitae conditione profectus est, ut per occupationem, inventionem et accessio-
52 nem. Haecque est prima classis. Occupatio est vel pacifica, vel violenta: ad pacificam pertinet venatio, ad violentam occupatio rerum hostilium, quae quando nostrae fiant et cui acquirantur, de eo vid. Hug. Grot. *de j. b. et*
53 *p. l.* 2. *c.* 2. *et* 3. *it. l.* 3. *c.* 6. Inventio est rerum pro derelicto habitarum *l.* 9 §. *f. de a. r. d.* et generaliter rerum quae vel nullius sunt, vel de quarum domino
54 non constat. Accessio vel est naturalis vel civilis, de quibus prolixius vid. *disp.* illust. dn. de Rheiz me respondente habita *ad instit. tit. de rerum div. posit.* 6.
55 22. *et* 25. Aut est titulus a magistratu ortus: haec se-
56 cunda classis: aut a judice datus: haec tertia classis:
57 aut denique a privatorum voluntate natus; et haec est quarta classis. In tribus ultimis classibus me non detinebo, sed quia haec jam per se clara, lectorem ad citatum Donellum tamquam ad fontem remitto, in sequentibus capitibus sparsim adhuc aliqua exhibiturus.

58 Non displicet praeterea celeberrimi Grotii *de j. b. et p. l.* 2. *c.* 3. *th.* 1. compendiosior distinctio, inter modum acquirendi originarium et derivativum. Confer. dn.
59 Ziegler. *in not. ad h. l.* Ille est, quo ab initio in rem aliquam proprietas introducitur; hic, quo dominium in illa re jam constitutum ab uno homine in alium transfertur. Dn. Pufendorf. *tr. de j. n. et g. l.* 4. *cap.* 6. §. 1.
60 Modum acquirendi originarium subdividit, quod sit vel simpliciter talis, quo dominium in corpus alicujus rei acquiritur; vel secundum quid, quo incrementum ali-
61 quod ad rem nostram adjungitur. Originaria acquisitio olim, cum genus humanum coire in societatem posset, fieri potuit etiam per divisionem, non per occupationem tantum. Grotius *cit. loc.* Probabile enim est,
62 postquam mortalibus a primaeva communione discedere placuit, ipsos de rebus in communione positis pacto suam cuique portionem assignasse consensu, sorte, quandoque optione concessa; quae sub istam primaevam divisionem non venerunt, super his ita conventum, ut ea cederent occupanti. Vid. dn. Pufendorff. *cit. loc. pluribus.*

63 Subnectimus hisce titulum *coloratum, praesumptum et bellicum.* Titulum coloratum habere dicitur is, qui illum habet ab eo, penes quem est potestas conferendi, licet in recipiente fuerit defectus. Guido Papae *decis.* 85. Decius *consil.* 220. *in med.* Tusch. *concl.* 307. Et dicitur titulus coloratus ideo, quia prima facie 64
justus et validus apparet. Tusch. *cit. loc.* vid. Achilles de Grassis *decis.* 246. Joh. Petr. Fontanella *dec.* 326. *n.* 16. 17. 18. 19. *et decis.* 327. *n.* 4. Interdum quoque titulus praesumitur. Sic obligatus aliquid fa- 65
cere, si facit illud, praesumitur actus gestus ex titulo praeambulae obligationis. Aymon. Cravetta. *consil.* 284. *n.* 6. ubi plura allegat exempla, et hanc communem opinionem esse testatur Roman. *consil.* 91. *n.* 8. ita ut si non appareat, a quo actus gestus fuerit, praesumatur tamen factus ab eo, qui erat obligatus. Cardin. Tusch. *conclus.* 313. *n.* 4. *lit. t.* ubi de titulo praesumpto, et in quibus casibus alteri acquiratur titulus per alterum, prolixe agit. Sic vult actum prae- 66
sumi gestum in executionem tituli praecedentis *concl.* 152. Et dotem solutam ab eo, qui erat obligatus, censeri ex praeambula obligatione *concl.* 785. et plura *concl.* 346. Titulus qui praecedit, inducit praesumptionem, ut 67
actus sequens eo jure factus dicatur. *concl.* 314. *lit. t.* Plura de titulo praesumpto habent Andr. Knichen *de jure regio fol.* 147. Paul. Aemil. Verallus. *dec. rotae rom.* 304. *n.* 1. *part.* 3. Hieron. Magon. *dec. florent.* 37 *n.* 7.

De titulo bellico jam ante disserui, cum agerem de 68
occupatione rerum hostilium, hincque porro annoto; *an quod jure armorum aut victoriae nobis partum est, pleno jure nos postidere dicere possimus?* Resp. (1.) Victoriam omnino possessionem constituere, omnibus 69
bellis enim tacitum pactum inest, ut quod quisque cepit, pro suo retinere possit. (2.) Plenum tamen possi- 70
dendi jus non dare, ideoque nec securam reddere possessionem, licet titulum possidendi praebeat, quia quocumque tempore alter loca illa recipere valet, jus possidendi seu possessio prior ipsi redit, eoque possessio illa non diutius durat, quam per vim majorem licet; unde liquet titulum bellicum firmum jus non dare, nisi pax subsequens per pacta illud convalidet. Hinc est inter arcana principis, praetensionibus suis 71
nunquam in solidum renunciandi. Facta enim semel 72
plena renunciatione non licet aliquid in posterum repetere propter inita pacta: sic vero aliquid remanet, ut semper sit quod objici possit.

Neque res humanae hoc modo in incerto ponuntur (1.) 73
enim id fit, quo hostis importunitatem declinemus, qui aliquid a nobis praetendit. Nec (2.) dicimus, nulla pacta esse inenda, (quippe de rebus evidentibus et praesentibus omnino certi quid statuendum) sed relinquenda interim quaedam esse, ne omnibus plane telis in hostem nos exuamus. Quid vero alias sentiendum de pactis principum ex necessitate publica, vid. ap. Myler. ab Ehrenbach. *Nomolog. princ. imp. c.* 8.

Inter quaesita porro venit: *an satius sit nullum ha-* 74
bere titulum, quam allegare invalidum? Affirmat id prolixe Card. Tusch. *per tot. concl.* 317. *lit. t.* Ratio 75
breviter est; quia praesumitur, quod is, qui allegat vel producit titulum invalidum, non habeat alium titulum meliorem quia si meliorem haberet, hunc invalidum non allegasset vel produxisset. Octav Cacher. Osasch. *dec. pedem.* 101. *n.* 38. Aegid. Bellem. *cons.* 10. *n.* 20. Aymo Cravetta *consil.* 134. *n.* 44. Oliver. Beltramin. ad Ludovis. *dec.* 353 *n.* 19. Martin. Ventur. *cons.* 29. *n.* 10. Joh. Petr. Fontanella *decis.* 445. *n.* 13 Don Laurentius Matthaeu et Sanz, *tr. de regim. regni Valentiae. cap.* 6. §. 1. *n.* 42. ibique citata decisio Calaborrae. Et ideo

is, qui allegat praescriptionem immemorialem, cum qua posset allegare quemcumque titulum validum, si edit vel producit titulum nullum et invalidum, dicitur malae fidei possessor, nec praescribere poterit, quia oritur confessio saltim tacita, quod ex illo titulo praescripserit, qui malam indicat fidem. Octav. Cacheran. Osasch. *dec. pedem.* 101. *n.* 27. 77 Procedunt tamen haec, quando illa productio tituli, ab ipso principali emanavit. Secus vero in productione facta a procuratore absque expressa principalis ratificatione. Haec enim praesumptionem melioris tituli non aufert, Oliver. Beltramus ad Ludovis. *dec.* 353. *n.* 19. Fontanella *dec.* 445. *n.* 14. Paul. Melius *observ. forens.* 97. *n.* 71.

78 Verum enim vero titulus seu justa possessionis causa si allegetur, multa haec operatur commoda, inprimis, quod quis non possit conveniri petitione haereditatis Tusch. *conclus.* 30. *lit. H.* Alexand. *cons.* 184. *n.* 4. 79 *lib.* 5. Item publiciana non datur contra titulo possiden- 80 tem. vid. Vusch. *concl.* 970. *lit. p.* Nec interdictum quo- 81 rum bonorum Alex. *cons.* 184. *n.* 10. *lib.* 5. Item remedium *l. fin. c. de edict. divi Hadrian. toll.* Alex. *d. l. fin.* De hisce et pluribus aliis commodis, quod omnem sinistram praesumptionem, multaque alia obstacula et vitia tollat, sequentibus capitibus pluribus agetur.

82 Titulus quoque interdum confert solum nomen dignitatis, etiam antequam acquiratur possessio, ex receptione juris enim acquiritur titulus et dignitas, ex receptione facti autem acquiritur possessio. Geminianus 83 *cons.* 79. *n.* 3. Quod tamen non semper procedit, ex. gr. *in denen titular-Bedienten.* Vid. limitationes apud Tusch. *concl. pract.* 309. *n.* 3. *lit.* 3. Conf. Dn. Gerh. Feltman. *integro tract. de titulis honor.* ubi principio exhibet plurimas ex antiquis titulorum significationes

84 Titulus autem quando ex necessitate debet allegari, tunc requiritur specificatio ejus, a quo fuerit habitus, 85 alias praesumitur fictitius, Oldrad. *cons.* 279. nisi allegaretur titulus tanti temporis, cujus initii memoria non extat in contrarium, quia tunc non requiritur specificatio, a quo sit habitus. Oldrad. *cit. loc.* Gravetta *de antiq. temp. in 4. par.* §. *absolutus n.* 57. de qua re integro *cap. ult. disp. nostrae* plura exhibere et limitationes superaddere conabimur.

86 Praetorea titulus potest multiplicari, et eadem res mihi potest esse debita ex pluribus causis. Oldrad. *consil.* 50. qui id affirmat, quando utraque obligatio est lucrativa. Felin. *in cap. inter dilectos* 6. *X. de fide in-* 87 *strum. n.* 18. Ita quis potest habere plures collationes beneficii ex diversis causis, et non valente una, valere tamen poterit altera, modo tituli sibi non sint contrarii. Aegid. Bellam. *cons.* 10. *n.* 48. Et qui habet collationem 88 ab episcopo, poterit eamdem impetrare ab archi episcopo. Guido Papae *cons.* 134. *n.* 4. Licet enim res mea non possit amplius effici mea, attamen ad majorem se- 89 curitatem potest multiplicari titulus. Limitationes notabiles habet Card. Tusch. *conclus.* 321. Et quidem jure civili generaliter, quando diversi tituli tendunt ad eumdem effectum, omnes allegari possunt, secus si sibi contrarientur, nec eumdem producant effectum, ut si quis modo se dicat depositarium, modo dominum etc. Tusch. *cit. loc.*

90 Haec de tituli probatione in genere sufficiant, breviter superaddens; errorem justum quandoque etiam tituli loco haberi, de quo vid. Gilkea. *in tract. de prae-* 91 *script. part.* 2. *membr.* 1. *cap.* 18. *n.* 24. Ex quo fluit *titulus putativus*, qui definitur a Struvio *Syntagm. jur. civil. exerc.* 43. *th.* 14. Borgnin. Cavalcan. *decis.* 28. *n.* 19. *part.* 1. Sebastian. Naevius *ad forum tit. de jure-jur.* dicit: titulum putativum esse cujus principio lex resistit, aptus tamen est ad praescriptionem causandam *l. Celsus* 27. *ff. de usucap.* Thom. Annellus Salernitan. *decis. neapol.* 51. *n.* 18. Joh. Bapt. Laderch. *cons.* 86. *n.* 8. Aegid. Bellamer. *cons.* 10. *n.* 26. Francisc. Ansald. *cons.* 30. *n.* 48. Francisc. Bernardinus Porro. *in addit. ad* Francisc. Pontzinub. Jct. Placentin. *ad decret. mediolan. vers. ut non habeat locum.* 3. Joh. Chrys. de Vargas Machuca *dec.* 33. *n.* 10. Praeterea 92 quidem tituli dividuntur in nominatos et innominatos, lucrativos et onerosos, obligatorios et liberatorios, veros et falsos et ss. quibus tamen, tamquam per se satis claris et perspicuis, data opera supersedemus.

Possessionem vero, tamquam utilissimam materiam, 93 et sine cujus cognitione nemo sibi juris cognitionem asserere debet, teste Zasio *in prooem. tit. ff. de acqu. vel amitt. poss.* Galvano *de usufructu cap.* 33. *pr. et* Petro Franc. Passerino *in probl. legal.* 7. §. 3. *n.* 2. *p.* 221. quod attinet, illam amplam fovere segetem, et a dd. sollicite admodum hucusque tractatam esse, nemo est qui negabit. Hinc Petrus Francisc. Passerin. *d. l.* 94 densissimis eam tenebris involutam ait, quia possessio pars illa juris est, quae ut olim ipsosmet legum conditores, sic omnes nunc earumdem commentatores acuit, ideoque ejus cognitio tanto difficilior est, quanto utilior, et eo turpius ignoratur, quo frequentius possessionis nomen usurpatur. Imo Decren. *in pr. ad tit. ff. de* 95 *acquir. vel amitt. poss.* et Giphan. *ad* §. *possidere autem inst. de interd.* rem hanc toto jure difficillimam ad explicandum crediderunt. Unde Galvan. *ibid.* affirma- 96 vit, possessionis principia vacillare, ac propterea solidius in posterum firmanda esse, et in aliis omnibus, quae suam inde firmitatem habent, tutius procedatur. Difficultates tamen hasce circa dictam materiam ex 97 confusione terminorum potissimum oriri, verosimile est. An enim quis naturaliter, an civiliter, an plane non possideat, summopere controvertunt. Joh. Chrys. de Vargas. Machuca *dec.* 9. *n.* 10. Distinctiones plu- 98 res inter malae et bonae fidei, justam et injustam, reliquasque possessionis species vid. in B. Brunnem. *Paratit. ad Wesenb. tit. de a. vel a. p. quaest. quomodo dividitur possessio* 6. Zoesius *ad eumd. tit. n.* 2. Amad. Eckold. *ad pr. h. t.* Lauterbach. *compend. jur. h. t. pr.* Subtilem distinctionem inter possessio 99 nem naturalissimam et civilissimam exhibet. Hieron. de Oroz. *de apicib. jur. civil. l.* 4. *c.* 7. *n.* 6. De civili possessione agit Parlador. *rer. quotid. lib.* 1. *c.* 9. *n.* 10. *seq.* ubi naturalem possessionem nullam esse contendit. Add. d. d. d. Gasparis patris; et Johan. ac Sebast. filiorum a Hermosilla *addit. ad Gloss. ll. part.* Gregor. Lopetii *tom.* 1. *gloss.* 2. *leg.* 9. *n.* 17. 18. Chassan. *in consuet. Burgund. tit.* 7. §. 1. *n.* 1. Fachin. *controv. jur. l.* 8. *c.* 7. ubi quotuplex sit possessio disputat variasque opiniones refert, quem sequitur Christoph. de Paz. *de tenuta n.* 59. *et n.* 73. *et* 74. de possessione, nativa, dativa et artificiali. Conf. A. Hermosilla *c. l. pag.* 329. Denique possessio vel 100 *late* sumitur, quae est nuda detentio, non suo sed alieno nomine, ex. gr. propter usum vel custodiam vel *stricte* quando quis suo nomine rem detinet. *Wenn Er es vor das Seinige ausgiebet.* Lauterbach. *in comp.*

jur. ad tit. de a. p. lit. d. Propria possessio est re-
101 rum corporalium *l.* 3. *pr. l.* 32. §. 1. *de s. u. p.* Analogica rerum incorporalium mediante exercitio *l.* 23.
102 §. 2. *ff. ex quib. caus. maj.* Cujus exempla per *disputat. nostrae cap. III.* Differentiam propriam inter possessionem rerum corporalium et incorporalium tradit Passerin. *probl. leg.* 7. *n.* 173.

103 Quod homonymiam concernit, possessionis vox multipliciter capitur, interdum enim proprietatem signi-
104 ficat per *l.* 78. *ff. de v. s. l.* 4. *c. de contrah. empt.* Regulariter tamen proprietas cum possessione nihil habet commune. *l.* 12. §. 1. *de acquir. possessione.* Wissenbach. *ad ff. part.* 2. *disp.* 19. *th.* 18. Martin. Uranius cognomine Premniger. *tom.* 3. *cons.* 15. *n.* 3. Joseph. Vela de Orenna *in dissert. jur. controvers. tom.* 2. *diss.* 18. *n.* 6. Joh. Chrysost. de Vargas Ma-
105 chuca *decis.* 29. *n.* 39. Proprietas enim juris est, possessio vero facti. *l.* 19. *ff. ex quibus caus. maj. l.* 1. §. 15. *ff. si is qui test. lib. esse jus. l.* 29. *ff. de acquir. vel amitt. poss. l.* 115. *ff. de v. s. l.* 48. §. 1. *de a. r. d.* Hinc eleganter Grotius ait: *possessionis initium est corporis ad corpus adjunctio, qualis circa res mobiles maxime fit manibus, circa res soli pedi-*
106 *bus. l.* 2. *c.* 8. *th.* 6. Obstare quidem videtur *l.* 49. *pr. de acquir. vel amitt. poss.* verb. *plurimum ex jure possessio mutuatur*, et §. 1. ejusd. l. verb. *quia possessio non tantum corporis, sed et juris est.* Sed ad illam optime et prolixe satis respondent Wissenbach. *in exerc. ad ff. disp.* 19. *th.* 17. Hieron. de Oroz. *de apicib. jur. civ lib.* 4. *cap.* 14. *n.* 7. Melch. de Valentia *illustr. tract.* 2. *c.* 2. *n.* 31. Caesar. Argel. de Paltronibus *tract. de acquir. poss. pag.* 19. *n.* 17.
107 Joh. Francisc. Sanfelicius *dec.* 341. Juris enim possessio tunc demum est, postquam quis illam adeptus; facti autem est quatenus facto i. e. occupatione et apprehensione corporali acquiritur. vid. *allegati dd.*

108 Quod autem juris assistentia seu favor et auctoritas modo ad possessionem concurrat, inde est, quia jure tam gentium, quam civili negotiationis vel alterius commoditatis causa introductum fuit, ut qui a re sua recederet, eam ipsam adhuc occupare et retinere intelligatur, prout egregie docet Asinius *in l.* 2. §. *sed hic sermo. ff. de relig. et sumpt. fun. n.* 23. *et seq.* Sed etiam, quia detentio ipsa ex se et sine juris adminiculo nequaquam eos haberet effectus, quos legitima possessio nunc habet, nisi juris ipsius dispositio tali detentioni tales effectus tribueret, qui proinde a multis, nec falso, juris effectus appellantur, et possessio ipsa, ut modo dictum, aliquo modo juris esse dici-
109 tur. Unde a Rhauden. *de analog. cap.* 26. *n.* 15. *et* 16. et a Galvan. *de usufr. c.* 33. *n.* 2. ipsamet possessio ingeniose vocatur *creatura juris.* Si enim possessio consideretur, quatenus a jure perfecte conformata est, et ab eo acceptos secum plures habet effectus, ac proinde quatenus ea talibus effectibus est locupletata, et ipsa cum iis unum quid quodammodo facit, tunc eadem sic accepta, tum ex praedictis corporis et animi actibus, tum etiam ex quadam juris ipsius virtute ac potestate quasi constare videtur: quo sensu Alciat. *in l.* 5. *c. fin. in regund a n.* 3. *usque ad* 114. dicit: possessioni a jure quasi quamdam formam dari, et sicut homo ex anima et corpore, sic possessionem praedicto scil. modo acceptam ex hominis facto et juris effectu quasi componi, licet revera possessionis substantiae a possessionis effectibus, et ab ipsa juris virtute ac efficacia, quae tales effectus possessioni concedit, omnino diversa sit, quos proinde non ex se sola producere, et in se ipsa quasi proprias habere, sed a jure mutuari dicitur. Petrus Francisc. Passerin. *in probl. leg* 7. *n.* 140.

Sed ut ad rem redeam, sparsim quo jue in jure no- 110
stro possessionem significare rem possessam noto. *l.* 8. *c. de distr. pign. l.* 41. §. 5. *ff. de leg.* 3. *l.* 2. *c. de probat. l.* 11. *c. de praed. min.* ubi *praedium minoris* claris verbis *possessio* appellatur. *l.* 3. *c. ne uxor. pro mar. l.* 11. *ff. de evict l.* 2. *c. de servit. l.* 15. *c. de r. v.* Confer. Johann. Jacob. Wissenbach. *ad l.* 78. *ff. de v. s. disp.* 21. ubi mendacii arguit Antonium Fabrum, quem 86. *decad. error. pragm.* 4. non puduit affirmare, nunquam possessionem usurpari pro re possessa. Conf. insuper de varia acceptione vocis *possessio* Petrus Francisc. Passerin. *problem. leg.* 7. *n.* 67. *seq.*

Describi a doctoribus solet possessio dupliciter: no- 111
minaliter et realiter. Nominalis descriptio non satis in proclivi est, ac meliores legum interpretes probe examinat. Lael. Mancin. *de triplic. jur. collat. lib.* 1. *c.* 144. *pr.* Aliqui possessionem derivant *a pedibus* aut 112
sedibus. l. 1. *pr. ff. de acquir. poss.* vid. Richt. *acad. velit.* 19. *th.* 19. Hinc possidere quasi posse sedere significat. Alciat. 1. *disp.* 1. *cont.* 1. *disp.* 9. Hugo Donellus 5. *com.* 6. Vigl. Zwichem. *ad pr. tit. instit. de testament. n.* 20. Vacon. a Vacun. 2. *declarat.* 3. *n.* 4. Illi, qui 113
possessionem a pedibus appellant, volunt hinc dici possessionem quasi pedum positionem. Bartol. *in l.* 1. *ff. de acquir. possess.* Marian. Socin. Senior. *ad tit. de caus. poss. et propr. c.* 1. *n.* 26. Connan. 3. *comm.* 4. *n.* 1. Steph. Forcat. *dialog.* 73. *n.* 2. Joh. Baptista Larrea *decis. granat.* 52. *n.* 16. *tom.* 2. Walther. 2. *Miscell.* 19. Schneidewin. *ad* §. 5. *inst. de interd* eamque vetustissimo Hebraeorum juri convenire ajunt, ex *Deuter. cap.* 11. *vers.* 24. *et Josuae* 1. *v.* 3. *quicquid calcaverit pes tuus, tuum erit.* Nonnulli denique possessio- 114
nem dicunt quasi *positionem*, sumpta positione pro *situ*, simulque *sessionem* nuncupari affirmant. Cujac. *in partit. in tit. c. de a. p.* Anton. Merenda *controvers. jur. lib.* 2. *cap.* 17. *n.* 5. *et* 6. *it. cap.* 21. *n.* 4. vid. Lael. Mancin. *genial. disquis. cent.* 1. *c.* 65. *n.* 5. Molfesius *in tr. de contract. c.* 1. *n.* 64. Polydor. Ripa *de nocturn. temp. c.* 2. *n.* 16. Feltman. *de jure in re et ad rem. c.* 24. *num.* 2. *in fin.* Rebell. *de obligat. inst. part.* 1. *lib.* 1. *qu.* 8. *pr.* Nicol. Perott. *in cornucop. p.* 162. Hortens. Cavalcan. *de Brach. reg. part.* 6. *n.* 646. Petr. Gregor. Tholosan. *synt. jur. lib.* 1. *c.* 13. Luc. de Penna *in l. qui agros c. de omni agro desert. lib.* 2. qui omnes varias derivationes alias exhibent. Conf. Petr. Francisc. Passerin. *probl. leg.* 7. *n.* 16.

Realis et propria descriptio est; possessionem esse 115
usum seu detentionem rei corporalis a proprietate separatum cum animo tamen sibi habendi. Vid. aliter describentes, Duaren. 1. *disp.* 18. Donell. 5. *comm.* 6. Ludovicum a Charonda 10. *verisimil.* 6. Bachov. ad Treutl. *vol.* 2. *disp.* 21. *th.* 1. *lit. e.* Petr. Francisc. Passerin. *in probl. leg.* 7. *n.* 150. Paul. Voët. *comment. ad inst. ad tit. de interd.* §. 5. *n.* 1. curiose de definitione possessionis pluribus agentem, vid. Hieronymum de Oroz. *de apicib. jur. civ. c.* 21. *n.* 2. *seq. lib.* 4. Dixi
1. *usum per l.* 115. *de v. s.* Usus tamen hic non ca- 116

pitur, uti communiter, sed usus hic accipitur pro detentione. Ludov. Charond. *cit. loc. (2.) rei corporalis*, incorporales enim impropriè tantum possidentur per *l.* 23. §. 2. *ff. ex quib. caus. maj.* (3) *a proprietate separatum*, rem enim alienam tantum possideri, clare patet ex *d. l.* 115. *ff. de v. s. verb. cujus proprietas ad nos non pertinet.*

117 Non desunt quidem textus, quibus dominus etiam dicitur possessor, uti in *l.* 1. §. 2. *ff. uti possid. l.* 14. §. 1. *ff. de relig. et sumpt. fun. l.* 15. §. 1. *ff. qui*
118 *satisd. cog.* verum in omnibus hisce textibus de impropria loquitur possessione, dominus enim non possidet animo sibi habendi, vel quod credat se esse dominum, sed scit se dominum. Sic. Joh. Jac. Wissenbach. *ad l.* 115. *ff. de verb. signif. disp.* 29. putat; dum
119 studiosus vel alius se libri possessorem esse scribit,
120 quod tunc neget, se ejus dominum esse. Rejicit quoque *c. l.* illam sic dictam possessionem causalem ab interpretibus fictam. Conf. Bachov. ad Treutl. *vol.* 2. *disp.* 21. *th.* 1. *lit. e.* Brochaeus *ad l.* 115. *ff. de v. s.* Connan. 3. *comm.* 8. *n.* 2. qui hunc terminum etiam ad-
121 optarunt. (4.) *animo sibi habendi.* Detentio enim mentalis quoque sufficit, et per alium facta *l.* 3. §. 8. *l.* 9. *l.* 25. §. 1. *ff. de acquir. poss.* modo quis possit rem corporaliter apprehendere, si velit *l.* 46. *l.* 3. §. 13. *l.* 6. §. 1. *ff.* eod.

122 Concurrentibus itaque legitimis possessionis requisitis; possessori innumerabilia beneficia jura concedunt. S. *commodum inst. de interd.* Card. Tusch *pract. concl.* 427. *lit. z.* Gylmann. *l.* 22. *dec.* 14. *n.* 19. Hahn. ad Wesenbec. *de condict. ob turp. caus. n.* 4. Struv. *s. j. c. exercit.* 18. §. 23. Martin. Uran. Prenniger. *cons.* 13. *n.* 7. *tom.* 3. Vincent. Caroc. *dec.* 126. *n.* 7. Marc. Anton de Amatis *decis.* 135. *n.* 18. Lauterbach. *in comm.*
123 *jur. ad tit. de acquir. possess.* Ex jure enim possessionis dantur duo retinendae seu tuendae possessionis indicia, ne scil. amittatur, quorum unum est de re immobili, alterum de re mobili. Illud uti possidetis, hoc utrubi appellatur. Illud ei accommodatur, qui tempore litis contestatae sine vitio rem immobilem corporalem possidet, licet dominus non sit. Et etiam ei utiliter conceditur, qui rem incorporalem possidet. Et datur, quod non minimi momenti est, adversus eum, qui non possidet, licet ipse sit dominus §. 4. *inst. de interdict. l.* 3. §. *si vicinus ff. uti possidet.* modo non notorie constet de dominio, titulusque a non possidente mox probari possit. Menoch. *retin. poss. remed.* 3. *n.* 685. Etiam adversus extraneum datur, licet quis possideat vitiose et sine ullo titulo, modo possideat *l. fin. ff. de a. p.* Hugo Donellus *ad l. un. c. uti possid. n.* 12. vid. pluribus de hoc interdicto et quod detur non attento titulo Anton. de Mattheis *de caus. poss. et propriet.* Menoch. *de retin. poss. remed.* 33. *per tot.* Schneidewin. prolixe *ad* §. 4. *inst. de interdict.* Duaren. 1. *disp.* 21. Andr. Gail. *obs. l.* 1. *obs.* 7. Fachin. 4. *controv.* 14. Hoenon. *disp. inst.* 23. *n.* 4. Ferrar. *form. libell. turbat. possess. prov. ultraj. rubric. van complainct. art.* 1. Wassenar. *cap.* 12. *pract. judic.* Joh. Bapt. Plotus *de in lit. jur.* §. 3. *n.* 2. Octav. Cacheran. Osasch. *dec.* 43. Paul. Christinaeus *dec. belg. vol.* 4. *dec.* 142. Martin. Uranius Prenniger. *cons.* 21.

124 Ulterius ex jure possessionis datur defensio privata *l.* 29. *ad l. aquil. l.* 49. §. 1. *eod. l.* 1. *c. unde vi.* Carpz. *qu.* 32. *n.* 14. Ita ut etiam armis possessionem suam quis defendere possit. Avendan. *de exeq. mandat. c.* 2. *part. c.* 10. *n.* 20. Yannez. Parlador. *sesquicent. diff.* 66. §. 2. *n.* 8. Perez de Lara *de anniversar. c.* 24. *l.* 1. Horat. Giovagnon. *cons.* 8. *n.* 14. Imo cum internecione invadentis. Hect. Capyc. Latro. *dec.* 181. *lib.* 2. *n.* 14. Judicium manutentionis enim regulariter non 125
requirit titulum, sed manutentio conceditur simplici possessori et nudo detentori, qui nullum habet titulum. Marc. Ant. Cammucula *dec.* 52. *n.* 7. Mantica *dec.* 172. Ludovis. *dec.* 9. *n.* 9.

Immobilium possessio quoque possessorem suum li- 126
berat a satisdatione. *l.* 15. *ff. qui satisd. cog.* Et a suspicione fugae Hieronym. de Oroz. *de apicib. jur. civ. l.* 4. *c.* 9. *n.* 10. Baptista Caccialup. *tr. de debit. suspect. qu.* 1. *n.* 9. Melch. de Valentia *tr.* 2. *illustr. jur. civ. c.* 11. *n.* 12. Et denique praesumptio semper 127
militat pro possessore etiam injusto, nisi alius justiorem probet titulum *l.* 128. *ff. de reg. jur. l.* 9. §. 4. *ff. de public. in rem. act. l.* 8. *ff. de cond. ob turp. caus. l. fin. c. de r. v.* Joh. Chrysost. de Vargas. Ma- 128
chuca *dec.* 39. *n.* 25. Nunquam enim possessor a sua possessione removendus, sive habeat titulum sive non. D. A. Hermosilla *in addit. ad gloss. ll. partit.* D. Gregor. Lopetii *tom.* 1. *gl.* 4. *tit.* 3. *n.* 11. ibique alleg. Turamin. *c.* 1. *n.* 18. Petr. Francisc. Passerin. *probl. leg.* 7. *n.* 395. Michael. Angelus Gizzius in Hector. 129
Capyc. Latro. *dec. obs.* 77. *n.* 9. Et sic possidens nec a domino potest re possessa privari. Vincent. Brilla *in Nomothec. Parthenoph. seu jur. neapol. prompt. tit.* 16. *c.* 1. *n.* 3. Adeo, ut exceptio domini, seu 130
proprietatis vel tituli et causae illiusque defectus mandatum de manutenendo non impediat. Hinc titulus in violenta expulsione non prodest non possidenti, Fulgosus *consil.* 148. *col.* 2. Joh. Chrysost. de Vargas. Machuca *decis.* 44. *n.* 166. Vergin. de Boccatiis a Cingulo. *de interd. uti possid. c.* 5. *n.* 7. *et* 2. Joh. Paul. Melius *observ. for.* 45. *n.* 24. Flores Diez de Mena *variar. quaest. lib.* 1. *qu.* 10. *num.* 66. Robert. Lancellott. *de attent. c.* 31. *n.* 201. Barnab. Cornazzan. *decis. rotae Ancon.* 49. *n.* 9. Mazzol. *cons.* 91. *n.* 58. Giovagnon. *cons.* 108. *n.* 112. Franc. Milan. *decis.* 3. *n.* 138. Ludovic. Posthius *tr. de manutenen. obs.* 42. *n.* 14. *obs.* 14. *n.* 6. Oliva *de jure fisci. c.* 15. *n.* 2. Christoph. Crespius de Valdaura *obs. illustr. dec. obs.* 93. *tom.* 2. *n.* 3. ubi tamen limitationes quasdam subjungit *n.* 4. *seq.* Hinc non immerito beatus dicitur, 131
qui possidet. Idque multo magis in titulata obtinet possessione, quod quidem impugnare aliqui conantur, quos refert et postea refutat Yannez. Parlador. *in operib. suis de possess. moment. l.* 1. *c.* 9. *n.* 3. Reliqua possessionis commoda non tangam, cum cuivis obvia sint, sed sufficiat tetigisse illa, quae ad hanc nostram materiam proprie pertinent. Omnia enim possessionis commoda velle allegare, nec tempus nec propositum patitur.

Possessionis causam itaque regulariter nemo allegare 132
tenetur, quam regulam late tractant illamque multis exornant atque declarant. *l. f. ff. de acquir. possess. l.* 11. *c. de petit. haered. l.* 73. *ff. de r. v. c. de edendo.* §. 4. *inst. de interdict. l.* 24. *ff. de r. v.* ne arma actori subministret ad agendum. Hyeronym. de Oroz. *de apicib. jur. civ. l.* 4. *c.* 9. *n.* 10. Dn. Brunn. *ad l. cogi. n.* 1. Cristoph. Crespius de Valdaura *in obs. il-*

133 *lustr. dec. tom.* 2. *obs.* 98. *pr.* Nam ab aequitatis ratione valde foret alienum, si quis suum adversarium juvare deberet. *l.* 4. *c. de edendo.* Nimisque grave est, probationes de domo rei sumere. *l. nimis grave* 7. *c.*
134 *de testibus.* Possessores autem se tueantur commodo possessionis, et si actor non possit probare rem esse suam, remanebit suo loco possessio. *l.* 24. *ff. de r. v. l. ult. eod. l. ult. c. de probat. l.* 1. § 6. *ff. uti possidet.* Unde plenius paulo *d. l. cogi* 11. *c. de petit. haered. in cod. theodos. lib.* 11 *tit.* 39. exhibetur sequenti modo: *cogi possessorem ab eo qui expetit, titulum suae possessionis edicere, quae tanta erit amentia, ut, ratione praepostera, petitor ab eo, quem pulsat, informari suas postulet actiones: cum omnem probationem exigi oporteat ab eo, qui vindicare nititur, non ab eo, qui se juste tenere contendit? Intentanti namque non suspicienti, probationum necessitas*
135 *imponenda est etc.* Nec obstat *l.* 16. *c. de probat.* Ibi enim fratres emancipati non idcirco probare tenentur, quod possident, sed quia praedia sibi a patre donata
136 esse asserunt. Sive quia excipiunt contra intentionem fratrum in potestate retentorum. De possessore autem actoris partes obtinente, et quibus casibus hoc soleat fieri vid. Wissenbach. *ad ff. p.* 1. *disp.* 43. *th.* 11.
137 Ideoque regula illa satis vulgata: *affirmanti incumbit probatio*, omnino etiam tunc obtinet, si quis dicat: possessorem sine causa aut titulo possidere rem aliquam; imo locum invenit, etiamsi quodammodo constet, reum nullum possidendi jus habere, quoniam nihilominus actor affirmativam suam probare debet, si obtinere cupit. *l. fin. c. de r. v.* Baldus enim et Castrensis in *fin.* ad hanc *legem* egregie admodum monent: Quod actor debeat meum jus agendi ex persona sua, non autem ex jure rei. Et Salicet. *ibid. n.* 1. Reum nunquam molestari deberi, nisi contra illum probatum sit. Conf. *l.* 1. §. 1. *ff. si usufr. pet.* Roman. *consil.* 347. *col.* 2. Rationem autem ex jure canon. allegat rota antiq. *decis.* 419. ob notum illud proverbium: *turpius ejicitur quam non admittitur hospes. c.* 25. X. *de jurejur.*

Quando et quomodo autem titulus edi debet, hoc 138
adhuc in generalibus versantes, commode tribus comprehendi poterit axiomatibus. (1) Quando possessio ali- 139
cujus conditionis aut qualitatis, transfert onus probandi in adversarium, tunc possessor probet, de quo in *cap.* 3. 4. *et* 5. *disputat.* (2) Quando praesens qualitas rei 140
contradicit naturali origini, possessio non relevat ab onere probandi. Exemplum in servitutibus, de quo seq. *cap.* 2. Plotus *de in lit. jur.* §. 3. *n.* 29. Capycius *dec.* 189. *p. tot.* Mazzol. *cons.* 91. *n.* 19. Valasc. *dec.* 79. *n.* 19. Caucer. *var. resol. c.* 14. *n.* 53. *part.* 3. Hercules Marescott. *var. res. lib.* 1. *c.* 11. *n.* 45. Guttierez. *pract. quaest. lib.* 3. *qu.* 19. *n.* 14. (3) Quando 141
praesens status nec consentit cum origine, nec ipsi contradicit, possessori incumbit probatio, exemplum in dignitatibus, quae origini hominis non contradicunt, de quibus *cap.* 4. Plura de generalibus, et de ardua 142
illa possessionis materia exhibent Petrus de Bellapertica *de acquir. poss.* Caesar. Argel. de Paltronibus *de acquir. possess.* Canisius *de possess. et possessor. remed.* Robert. Maranta. *tr. de remed. possess.* Petr. Francisc. Passerin. *probl. leg.* 7. qui unus instar omnium esse poterit. Transgredior jam in sequentibus ca- 143
pitibus ad specialiora, ex eptiones a regula exhibiturus.

CAPUT II.

De titulo ad desiderium privati edendo.

SUMMARIA

Titulus edendus vel ad privati, vel ad principis desiderium. n. 1.
Quomodo ad privati desiderium? n. 2.
Quomodo in possessione haereditatis? n. 3. *seq.*
Petitio haereditatis contra possidentem titulo non datur. n. 5. *seq.*
Possessor haereditatis ad quid compelli possit? n. 7.
L. cogi XI. c. de petit. haered. *a quibus sit explicata? n.* 8.
Malvagia et maligna a Bartolo dicta. n. 9.
Ab aliis salebrosa horribilis et iniqua. n. 10. *seq.*
Diversitatis ratio inter possessorem rei singularis et universitatis. n. 12.
Explicatio ejus. n. 13. 14.
Quomodo ostendendus titulus? n. 15. *seq.*
Quisnam conveniatur petitione haereditatis? n. 17.
Cur a reo investigandus titulus? n. 18.
Quid si reus noluerit titulum dicere? n. 19.
Quid si se possidere neget? n. 20.
Forma hujus processus. n. 21.
Interrogationes ejusmodi non sunt abrogatae. n. 22.
Necessitas probandi modum acquisitionis. n. 23.
Haeredis onus, ut probet, se alio titulo rem possidere, quam defunctus possedit. n. 24.
Casus l. 1. §. 4. ff. *quod legatorum. n.* 25.
In interdicto quorum bonorum pariter est necessaria tituli probatio. n. 26. *seq.*
Agens hoc interdicto quomodo probare debeat? n. 28. *seq.*
Quid si contra tertium agatur? n. 30.
Remed. l. ult. c. de edict. d. Hadr. tollendo. *n.* 31.
Hueres feudum haereditarium simul praetendens quid probare teneatur? n. 32.
Haereditatum alii incapaces alii indigni. n. 33.
Incapacibus relicta apud haeredem remanent. n. 34.
Fisco non est locus in hoc passu. n. 35.
Bene tamen si indignis quid relictum. n. 36.
Quid si incapaces et indigni res haereditarias possideant? n. 37.
Quid circa haereticos obtineat? n. 38.
Titulus possessionis nam mutari possit? n. 39.
Titulum quoque edere tenetur, qui possedit nomine alieno. jam autem proprio. n. 40.
Titulus matrimonii edendus. n. 41.
Matrimonium unde praesumatur? n. 42.
An ex decennali possessione? n. 43.
Inconvenientia exinde oriunda. n. 44.
Tertius quoque titulum edere tenetur. n. 45.
Si tertii jus fundatum non sit, ad executionem procedit. r. n. 46.

Hinc citandus ad judicium executionis. n. 47.
Possessor etiam injustus citandus est. n. 48.
Non citatus non amittit possessionem. n. 49.
Quando ipsi res auferatur? n. 50.
Si titulus invalidus, etiamsi juste possideat, a possessione tamen relevandus est. n. 51.
Justa possessio non est, nisi titulus sit validus. n. 52.
Alienatio pendente lite cum creditoribus facta dolosa censetur. n. 53.
Actio pauliana creditoribus proficua. n. 54.
Multo magis alienatio praesumitur dolosa, si in conjunctam personam vel amicum facta. n. 55.
An creditor contra tertium possidentem possit replicare nullitatem tituli? n. 56.
An titulus verus praesumatur? n. 57.
Res quando praesumatur potius custodiae quam transferendi juris gratia tradita? n. 58.
Clavium traditio praesumitur facta ad custodiendum locum. n. 59.
Quae de tertio possessore dicta, etiam in violento obtinent. n. 60.
Violentus possessor quomodo possessionis commodum consequatur? n. 61.
Tituli defectus manutentionem non impedit. n. 62.
Possessor non ad instantiam partis, sed ex officio judicis interrogatus tenetur edere titulum. n. 63.
Galbae imperatoris sagacitas. n. 64.
Parallelum exemplum in Rudolpho austriaco. n. 65.
Judex non omni casu in titulum inquirere potest. n. 66.
Utilitas publica semper judici attendenda. n. 67.
Quando sit exhibendus titulus ex necessitate cum utilitate conjuncta? n. 68. 69.
Quid sit Publiciana actio? n. 70.
Cur hic edendus titulus? n. 71.
Si reus titulum prob are possit, actoris jus vacillat. n. 72.
Deficiente reo et probante actore, hic obtinet. n. 73.
Quid si possessori lite adhuc pendente superveniat titulus? n. 74.
In pari causa melior est ratio possidentis. n. 75.
Nemo causam possessionis mutare potest. n. 76.
Si res alienari prohibita, publiciana prodesse non debet. n. 77. seq.
Post litem contestatam acquirens titulum, in odium actoris id facere praesumitur. n. 79.
Allegari quoque potest titulus in judicio communi dividunda. n. 80. 81.
Titulum habens hoc judicio conveniri nequit. n. 82.
Actione confessoria agens tenetur etiam titulum probare. n. 83.
Cui detur haec actio? n. 84. seq.
Quid hoc casu in judicium deducatur? n. 86.
An ex possessione de praesenti satis probetur dominium? n. 88. seq.
Dominium cooperans. n. 90.
An ad acquirendam servitutem requiratur titulus? n. 91.
Argumenta contraria resolvuntur. n. 92. seqq.
Porro in rei vindicatione quoque edendus titulus. n. 108.
Ratio ejus. n. 109.
Explicatio possessorii mixti. n. 110. 111. 112. 113.
In interdictis mixtis quoque titulus est probandus. n. 114.
Quomodo proprietas acquiratur? n. 115.
Interdictorum mixtorum quatuor species. n. 116.
(I.) De itinere actuque privato. n. 117.
(II.) De aqua cattellaria. n. 118. seq.
Quomodo differat a meris interdictis? n. 120.
In hoc interdicto itidem titulus est allegandus. n. 121.
(III.) De mortuo inferendo. n. 122.
Quomodo hic probandus titulus? n. 123.
(IV.) De liberis exhibendis. n. 124.
Quomodo sit exhibitorium? n 125.
Quomodo prohibitorium? n. 126.
In quo hujus cardo versetur? n. 127.
Liberi sunt quasi patris. n. 128.
Datur etiam quasi proprietas. n. 129.
Quando probet actor in hoc interdicto? n. 130.
In interdicto retinendae possessionis regulariter non requiritur titulus. n. 131.
Si utraque pars de possessione disceptet, una titulum allegabit. n. 132.
Limitatio. n. 133.
Si utraque pars pari modo probet, titulata possessio praefertur. n. 134.
Nec in interdicto de superficiebus regulariter attenditur titulus. n. 135.
Explicatio ejus. n. 136. seqq.
Dominus spoliator, si in continenti probare possit titulum, audiendus. n. 141.
Nec tali casu spoliatus ante omnia restituendus. n. 142.
Nec dominus incidit in poenam. n. 143.
Non tamen restituendus dominus spoliator, si non constet ultimo spoliatum esse manifestum praedonem. n. 144.
Reus tenetur dicere titulum: quando actor habet fundatam intentionem. n. 145.
Hocque exigit ipsius rei utilitas. n. 146.
Probatio tituli solam rei defensionem intendit. n. 147.
Quando haec obtineant? n. 148. et 149.
Si aequales sint utriusque partis probationes, cogi poterunt officio judicis ad allegationem tituli. n. 150.
Titulus postea acquisitus postponitur possessioni antiquiori. n. 151.
Junior possessio pro clandestina reputatur. n. 152.
Quandoque utraque pars ostendit titulum ille vincit, qui probat prioritatem. n. 153.
Nonnunquam utraque pars obtinet. n. 154.
Si ambo ex eodem titulo possideant, is vincit, qui validius probat. n. 155.
Possessio infecta non est manutenibilis. n. 156.
Habeturque pro possessione vacua. n. 157.
Titulus quoque adjuvat depositiones testium. n. 158.
Malae fidei possessor ad quid teneatur? n. 159.
An absolvatur, si titulum allegare possit? n. 160.
Intelligendum hoc de bonae f. possessore. n. 161.
Titulus sua natura resolubilis, non liberat a praestatione fructuum. n. 162.
Idem obtinet, quando titulus per sententiam reducitur ad non titulum. n. 163.
Titulus per officium judicis declarandus, prius probandus est. n. 164.

In cessionibus nominum quoque titulus probandus. n. 165.
Quid sit cedere actionem? n. 166.
In obligationibus quoque titulus est exprimendus. n. 167.
Si titulus in instrumento non expressus aliunde probandus. n. 168.
Porro edendus est titulus in libellis super actione personali. n. 169.
Remotam causam in actione personali exprimere sufficit. n. 170.
Sola expressio causae proximae cur non sufficiat? n. 171.
Exempla varia. n. 172.
Quando titulus ex civilitate conjuncta cum necessitate edendus? n. 173.
Contingit hoc in possessore detinente rem furtivam. n. 174.
Titulus saepe malam praesumptionem tollit. n. 175.
Limitationes n. 176.
Exempla. n. 177.
Saepius res furtivas emens incidit in suspicionem furti. n. 178.
Contraria sententia. n 179.
Obtinet id vel maxime, si cum possessione rei furtivae concurrant alia indicia. n. 180.
Ex suspicionibus nemo criminaliter condemnari potest. n. 181. *seq.*
Judex tamen ex praesumptionibus contra suspectum per torturam procedere potest. n. 183.
Penes quem res furtiva inventa auctorem suum nominare debet. n. 184.
Neque hoc ex mera urbanitate fit. n. 185.
Falsis rescriptionibus utentes liberantur, si auctorem suum nominent. n. 186.
Aliud exemplum. n. 187.
Si possessor rerum furtivarum dicat, se rem ab ignoto emisse, an liberetur ab ulteriori probatione? n. 188. *seqq.*
An quis teneatur furem indicare? n. 191.
Ratio negativa. n. 192.
Responsio ad eam. n. 193.
Silentium non excusat, sed poenam meretur. n. 194.
Sub factis moraliter veniunt et non facta. n. 195.
Qui reticet delictum, illud probare videtur. n. 196.
Silentium quoad poenam aequiparatur ipsi facto in atrocissimis delictis. n. 197.
Exemplum. n. 198.
Crimen receptus jura serio punitum volunt. n. 199.
Qua poena sint afficiendi? n. 200.
Dissentientium opiniones n. 201. 202. 203.
Puniendi pariter i. e. una cum reis non tamen eadem poena. n. 204.
An res furtiva ab eo, qui bona fide emit, et titulum edidit, sine refusione pretii vindicari possit? n. 205.
Rationes pro affirmativa. n. 206. *et seqq.*
Quidnam vox incivile hoc loco significet? n. 210.
Irrationabile est rem tamdiu teneri donec pretium restituatur. n. 211.
Damnanda consuetudo est, quae rem furtivam fisco vindicat. n. 212.
Instantia ex l. 9. ff. de jur. fisci. *n.* 213.
Responsio ad eam. n. 214.
Caroli V. imp. constitutio. n. 215.
Aliud exempl. iniquae consuetudinis. n. 216.
Privilegia injusta judaeis concessa. n. 217.
Ratio dubitandi. n. 218. *et seqq.*
Responsio ad eamdem. n. 221.
Limitationes. ibid.
Explicatio earumdem. n. 222. *et seqq.*
Contraria sententia. n. 225.
Ratio diversitatis. n. 226.
Limitatio ultima. n. 227.

Inter casus exceptos, in quibus possidens causam possessionis designare compellitur, distinguendum generaliter, quod illud vel fiat ad privati, vel ad superioris seu principis desiderium. Ad privati desiderium aut inter quodammodo aequales titulus possessionis edi solet, vel ex simplici necessitate, vel ex necessitate conjuncta cum utilitate, vel denique ex necessitate cum urbanitate aut civilitate conjuncta. De singulis successive erit agendum. 1 2

Ex simplici necessitate, non attenta utilitate edentis, titulus edi debet in possessione haereditatis, in qua conventus compellitur dicere titulum vel qualitatem, illius possessionis. Joh. Faber *ad tit. c. de petit. haered. n.* 4. *seqq.* Wissenbach. *eod.* §. *differentiae.* Titulum autem pro haerede revera non esse titulum sed tantum verbotenus, existimat Harpprecht. *comment. inst. ad tit. de action.* §. 4. *n.* 27. per *gloss. ad l.* 11. *ff. de petit. haered.* Quod et inde perspicuum fieri asserit, quia petitio haereditatis contra possidentem titulo non datur. Conf. Fachinaeus *l.* 1. *controv. cap.* 4. Et tamen eam contra possidentem pro haerede dari, certum esse, per *l.* 9. *ff. de petit. haered. l.* 7. *c. eod.* Ex quo omnino possessorem pro haerede titulum non habere constat. Sed hanc aliquatenus subtilem et inutilem disputationem non ulterius tangam, mihique sufficiet dicere, possessorem haereditatis compelli posse, ut dicat, utrum pro possessore vel pro haerede possideat. 3 4 5 6 7

Pro fundamento est famosissima simul ac clara illa *lex cogi XI. c. de petit. haered.* ad quam Antonius Mornacius *comment. cod.* multa de titulo ex Cicerone, Curtio et veteribus scriptoribus graecis latinisque allegat, magis curiosa quam juridica, hinc lectorem eo remitto. Conf. quoad intellectum famosae illius legis Jacobutius de Franchis. *de feudo guardiae qu.* 11. *n.* 20. Card. Tusch. *tom.* 6. *lit. p. concl.* 539. Card. Mantica *lib.* 23. *de tacit. tit.* 6. Bernhard. Grevens *lib.* 2. *concl.* 69. Mastrillus *lib.* 3. *c.* 2. *n.* 12. Castil. *tom.* 7. *de tertiis. cap.* 16. *n.* 30. Cancer *lib.* 1. *var. resol. c.* 11. *n.* 32. Julius Capon. *discept. forens.* 1. *n.* 5. Vincent. de Franchis *dec.* 210. *n.* 4. Joh. Maria Vermigliolus *cons.* 428. *n.* 4. Franciac. Penna *dec.* 301. *n.* 2. Gabr. *tit. de probat. concl.* 7. *n.* 1. Marzarius *in epitome de fideicommiss. quaest.* 48. Aymon. Cravetta *consil.* 47. *n.* 4. Natta *consil.* 238. *n.* 6. *lib.* 2. Apud Hispanos *lib.* 1. *tit.* 16. ubi Gregor. Lopez. *par.* 3. et Novellus *regulari* 7. Socinus *regula* 528. Joh. Gratianus *reg.* 46. Bernard. Diaz. *reg.* 136. Zerola. *part.* 1. *in verb. bullae pag.* 56. Mascard. *de probat. concl.* 190. Afflictus *decis.* 265. Hug. Donellus *lib.* 19. *comm. c.* 12. Alvar. Valasc. *de jur. emphyt. qu.* 8. Peregrinus *de jure fisci lib.* 7. *tit.* 3. *n.* 11. Fulvius Pacian. *de probat. lib.* 8

per tituli validi allegationem. Et si aliqua adhuc adsit justa possessionis praesumptio, illa plene elidit̃ per
53 tituli invalidi allegationem. Praetereaque obstat, quod alienatio a debitore, praecipue pendente lite cum creditoribus facta, fraudandi animo facta praesumatur.
54 Hinc factum, quod jura civilia caute et juste satis cum actione pauliana creditoribus prospexerint, de qua
55 praesumptione vid. Ossech. *decis.* 64. *n.* 5. Multo magis autem dicta praesumptio gravat, si debitor in conjunctam personam aut amicum satis familiarem alienando rem suam transtulerit Ludovic. a Casanate *cons.* 28. *n.* 13. Joh. Papon. *cons.* 63. *n.* 11. Dantur adhuc plurimae aliae praesumptiones magis aut minus gravantes, quas ordine exhibet Marius Giurba *decis.* 62. *num.* 5.

56 Creditor vero contra tertium rem pristini debitoris possidentem non potest replicare de nullitate tituli, nisi evidens illa sit et notoria. Calder. *cons.* 161. Card. Tusch. *pract. concl.* 82. *n.* 2. *lit. t.* qui casum in terminis habet de eo, qui possidet merces mercatoris fallentis (*du Banqueroutier*) et vult, possessorem debere dicere titulum, quo merces illas, qualescumque etiam sint, possidet. Rationem sane egregiam addens illam, quod licet a creditoribus probari non possit, possessorem mercium illas sine titulo possidere, per notam illam regulam juris, quae fundatur in famosissima pariter ac verissima illa *l. asseveratio* 10 *c. de non numer. pecun.* Negativam nempe per re-
57 rum naturam probari non posse. Attamen titulum
58 verum quoque nunquam praesumi, quia facti est *l.* 13 §. *ult. ff. de publ. in rem. act.* et ubi causa traditionis ignoratur, imo praesumptio aliqua praeterea resistit, res potius praesumitur custodiae, quam transferendi juris gratia tradita esse; nisi probetur titulum habilem praecessisse. Menoch. *de praesumpt. lib.* 3. *praesumpt.* 96. *n.* 2. Hinc etiam in juris textibus traditum est, clavium traditionem praesumi potius factam ad custodiendum locum, qui illis claudit̃ur et reseritur, conf. *l.* 55. *ff. locati.* quam ad rem symbolice transferendam. Menoch. *de praesumpt. lib.* 3. *praesumpt.* 96. *n.* 3. Et fusius Francisc. Kinschott. *resp.* 22. *n.* 26. *et seq.*

60 Illa autem quae jam de tertio possessore dicta sunt, etiam obtinent in violento; licet enim semper praesumptio militet pro possessore *l.* 128. *ff. de reg. jur.* Vincent. Brilla *in nomothec. Parthenop. seu jur. neapol. prompt. tit.* 16. *c.* 1. *n.* 3. *et seq.* A. Hermosilla *in resolut. ad Gloss. ll. partit.* D. Gregor. Lopez. *tom.* 4. *tit.* 3. *n.* 11. Flores Diez de Mena *variar. quaest. lib.* 1. *qu.* 10. *n.* 66. *et seq.* Joh. Paul. Melius *obs. for.* 45. *n.* 24. Michael Angelus Gizzius in Hector. Capyc. Latr. *decis. obs.* 77. *n.* 9. Christoph. Cresp. de Valdaura *observ. illustr. decis. obs.* 93. *tom.* 2. *n.* 3. Hieronym. de Oroz. *de apicib. jur. civil. lib.* 4. *c.* 9. *n.* 10.
61 Nihilominus tamen *lex si quis* 20. *ff. de probat.* meminit, violentum possessorem indignissime commo-
62 dum possessionis consequi. Et sane non minimum hujus commodum est, possessorem manuteneri deberi, titulique defectum manutentionem non impedire. Ludov. Posthius *tr. de manuten. observ.* 42. *n.* 14. Quo frui non debet; indignissimus enim a lege declaratur. Et miror hanc legem hucusque a pluribus commentatoribus, cum tamen valde notabilis sit, neglectam esse.

Dicta autem generaliter obtinent, quando quis in 63
terrogatur non ad instantiam partis, sed ex officio judicis tunc enim interrogatus titulum possessionis suae dicere compellitur. Subtiliter et sagaciter enim interdum judici eruere convenit veritatem. Sic Galbae im- 64
peratoris factum laudandae subtilitatis in investiganda veritate ex historiis notum est. Is cum de proprietate jumenti quaereretur, et de titulo jureque possidendi hinc inde disceptatum fuisset, incertis utrimque argumentis ita decrevit, ut ad locum, ubi aquari solebat, capite involuto duceretur, atque ibidem revelato, ejus esset, ad quem sua sponte se recepisset. Sueton. in Galba *cap.* 7. *in fin.* conf. §. 14. *inst. de rer. divis.* in quo de apibus hoc pertinens exemplum. Wissenbach. *in exercit. ad ff. disp.* 18. §. 9. Simile 65
quid de Rudolpho Austriaco vid. apud Lipsium. 2. *monitor. polit.* 9. Haec tamen sano sensu accipienda. Certum enim est, judicem non in omni casu in titu 66
lum interrogando inquirere posse, nisi materia vel talis sit, quae ad officium vel inquisitionem ejus pertinet, vel si aequitas ipsum movet, et hoc suadeat, ob regulam juris expressam: *ubicumque judicem aequitas moverit, aeque oportere fieri interrogationem, dubium non est. l.* 21. *ff. de interogat. act.* Utilitas pu- 67
blica enim, causae cognitio, aequum et bonum judici semper ob oculos esse debet. *l.* 4. §. 1. *ff. de eo quod cert. loc.* Imo non cerebrinum, sed jure informatum stricto juri praeferendum *l.* 8. *c. de judiciis.* Et sic etiam strictae dispositioni. *l. cogi* 11. *c. de petit haered.*

Sequitur jam ut porro progrediamur ad illos casus, 68
in quibus ex necessitate conjuncta cum utilitate titulus exhiberi debeat. Hocque autem fit in omni judi- 69
cio petitorio, et in possessorio mixto: petitorium judicium quod concernit, praecipua exempla videre licet. (1.) In publiciana (2.) Confessoria (3.) Rei vindicatione.

Publiciana est actio in rem, qua is, qui bona fide 70
et ex justo titulo rem a non domino accepit, (si enim illam a vero domino accepisset, ipse quoque foret dominus, et ita rei vindicatione uti posset) et usucapione, nondum impleta: possessionem casu amisit, se ejusdem, quasi dominum declarari, et infirmiori jure possidentem, ad rei restitutionem condemnari petit. §. 4. *inst. de action. l.* 1. *ff. de publ. in rem. act.* Quia itaque aptus requiritur in hac actione 71
titulus, ad mutationem dominii habilis, ideo si victoriam actor sibi promittere velit, titulum simul alleget. Nic. Intriglioli *consil.* 1. *n.* 81. Si vero reus titulum 72
probare possit, actoris jus vacillabit, cum non facile contra titulo possidentem detur. Alexand. *consil.* 90. *n.* 7. *lib.* 2. Vergin. de Boccatis *de interd. uti possid. cap.* 25. *n.* 31. Deficiente autem reo in tituli proba- 73
tione, et actore eum possessionemque probante, hic proculdubio reportabit victoriam. Si tamen possessori 74
lite adhuc pendente supervenit titulus, quaeritur an ipsi postea prosit ad absolvendum? Facit pro affirmativa planissima juris regula: *in pari causa meliorem* 75
esse conditionem possidentis. l. 128. *ff. de reg. jur. c. in pari* 65. *de r. j. in* 6to. Joseph. Vela de Orenna *in dissert. jur. controv. tom.* 1. *dissert.* 4. *n.* 75. Joh. Lecerier. *de primogen. l.* 1. *concl.* 3. *per tot.* Hercul. Marescott. *lib.* 1. *c.* 12. *n.* 25. Neguzant. *de pignor.* 2. *membr.* 5. *part. princ. n.* 31. Casp. Anton. Thesaur.

quaest. for. l. 3. *qu.* 106. *n.* 3. Vincent. Brilla *in nomothec. parthenop tit.* 16. *c.* 1. *n.* 2. *et seq.* Flores
76 Diez de Mena *var. quaest. lib.* 1. *qu.* 10. *n.* 65. Vehementer tamen obstat *l. cum nemo* 5. *c. de aqu. poss.* ubi dicitur, neminem causam seu titulum possessionis sibi mutare posse. Imo reus illo tempore quo coepit habere titulum, erat malae fidei possessor, contestatam enim jam tum fuisse litem in publiciana
77 actione praesuppono. Et denique si res talis sit, ut eam lex aut constitutio alienari prohibeat, publiciana actio non prodesse debet quia his casibus neminem praetor tuetur, ne contra leges faciat, per clarum textum *l.* 12. §. *si res talis sit.* 4. *ff. de public. in rem.*
78 *act.* Res litigiosa autem regulariter non potest alienari, ut ex toto titulo ffarum *de litigiosis*, late ac clare patet. Conf. *tract. clausularum* Auctor. Vital. de Cambanis et Celso Hugone Cabilionense *sol.* 73. *n.* 75.
79 Rationem aliam pro sententia nostra facientem super addit Nicol. Intriglioli *consil* 1. *n.* 65. supponens, alium possessorem, qui post litem contestatam sibi acquisivit titulum, praesumi illud tantum in odium actoris fecisse.

80 Prodest etiam ob rationis identitatem titulum allegare, quando communi dividundo judicio debet agi.
81 Nam *in l.* 7. §. 2. *ff. de commun. divid.* dicitur, hoc judicium dari illis, quibus competit publiciana, scil. qui nondum veri domini, sed tantum titulati et bonae
82 fidei possessores sunt. Hinc sequitur, in hoc judicio non solum actorem titulo opus habere, verum etiam titulum habentem hoc judicio conveniri non posse. Dn. Brunneman. *ad d. l.* 7. §. 2. Sebast. Naevius *ibid.* Borgnin. Cavalcan. *part.* 1. *dec.* 18. *n.* 2. Alexander. *consil.* 25. *vol.* 5. *col.* 2.

83 Actione confessoria agens tenetur etiam dominium et consequenter titulum probare, qui enim titulum aut nullum aut non justum habet, is quoque nullum possidendi jus, nullumque ex possessione dominium
84 sibi arrogare potest. Haec autem actio tantum datur illi, qui sibi vel praedio cujus dominus est servitutem constitutam asserit §. 2. *inst. de action. l.* 2. §. 1 *et l.* 6. § 3. *ff. si serv. vindic.* E contrario illi non datur qui non est dominus illius praedii, quod praetenditur dominans. Ideoque hoc casu deducitur prin-
85 cipaliter in judicium servitus, secundario dominium
86 rei. Soletque advocatorum cautela esse, ut opponant, actione confessoria agentem dominum praedii, ratio-
87 ne cujus actio intentatur, non esse. Qui tunc per indirectum compellitur probare dominium suaeque posses-
88 sionis titulum. Volunt tamen aliqui ex possessione de praesenti illud satis probatum esse, allegantes *glossam in l. sicut* 8. *ff. si servit. vindic.* conf. *l.* 1. *ff. fam. hercisc.* Cuma *consil.* 150. Paul. de Castro *consil.* 6.
89 Verum haec controversia arbitrio judicis relinquenda, si enim ex circumstantiis non solum appareat actorem dominum esse, sed etiam reum hanc exceptionem tantum protulisse ad protelandum processum, tunc judex vel probationem dominii actori imponet, vel ipsum
90 ab hac probatione absolvet. Dominium autem in hoc casu, quia incidenter tantum deducitur, cooperans appellatur.

91 Huc pertinens porro decidenda venit quaestio; an ad acquirendam et praescribendam servitutem requiratur titulus? In omnibus praescriptionibus regulari-
92 ter illum jure civili requiri, notissimi juris est. Hinc quoque quinque usucapionis requisitis merito annumeratur. Caesar. Carena *resol.* 56. *n.* 3. Carol. Tapia *dec.* 2. *suprem. consil. ital. art.* 5. *n.* 360. Beltramin. *ad dec.* Ludovis. 289. *n.* 15. Francisc. Penna *recollect. decis.* 172. *n.* 4. Covarruvias *in reg. possessor. p.* 2. §. 12. *n.* 3. Puteus *dec.* 385. *n.* 2. *lib.* 3. Verallus *dec.* 360. *n.* 12. *lib.* 2. Attamen an idem in 93
servitutum requiratur praescriptione, inter se disceptant. dd. Quidam enim titulum requirunt simpliciter, ut Hunnius ad Treutl. *vol.* 1. *disp.* 17. *th.* 9. *qu.* 27. Sinold. Schütz. *disp. ad inst.* 6. *th.* 13. Quidam o 94
mnino negant, illum necessarium fore, inter quos Hoenon. *disp. ad inst.* 6. *th.* 6. qui tamen sibi ipsi obloquitur *disp. ad ff.* 11. *th.* 13. Hahn. ad Wesenbec. *tit. de servit. n.* 5. *seq.* Alii loco tituli scien 95
tiam; loco traditionis vero patientiam domini esse volunt. Bachov. *de action. disp.* 3. *th.* 6. Ludwell. *exerc.* 5. *thes.* 9. Mascardus *de probat. concl.* 1220. *n.* 40. Ludov. de Casanate *cons.* 41. *n.* 4. Martin. Uran. Prenniger. *tom.* 3. *cons.* 12. *n.* 6. Alii patientiam et 96
tituli et traditionis loco esse statuunt. Wissenbach. *disp. ad ff.* 20. *th.* 23. Struvius *s. j. c. exerc.* 13. *th.* 38. Alii autem titulum contra dominum non re- 97
quiri, bene tamen contra bonae fidei possessorem, asserunt. Franzk. *exerc.* 5. *qu.* 4. *n.* 8. Verum Car- 98
pzov. *part.* 2. *c.* 4. *d.* 13. vult titulum necessarium esse, si contra dominum ignorantem praescribatur. *l. ult. in fin. c. de long. temp. praescript.* Sic enim a non domino debent esse constitutae; secus si contra dominum scientem et patientem *l.* 2. *c. de servit.* Carpzov. *l.* 1. *resp.* 36. aut prohibitioni alterius acquiescentem. Plerique vero dd. eo inclinant, titulum 99
necessarium esse, seposita hac controversia, an scientia sola, an vero patientia sit loco tituli? Joh. Sichard. 100
ad l. 2. *c. de servit. et aqua.* prolixe quidem impugnat, communem ddrum sententiam: rationem diversitatis inter res corporales et incorporales illam allegans; in praescriptione rerum corporalium nempe agi de maximo praejudicio, verum in rerum incorporalium praescriptione secus esse; sed mihi insufficiens haec ratio videtur, cum haud rari dentur casus, ubi jura incorporalia majoris aestimationis sunt, quam res ipsa cui inhaerent. Et illa aestimationem plane non 101
recipere constat. Ord. Cameral. *p.* 2. *t.* 28. §. *Und sonderlich setzen: vers. doch sollen die Sachen.* Hinc Sichardus male ex allegato Baldo concludit, quamlibet causam, etiam ridiculam et absurdam ratione servitutum supplere locum tituli.

Nos itaque titulum in servitutis praescriptione ne- 102
cessarium esse omnino asserimus; movetque nos plerorumque doctorum opinio claris textibus corroborata Zoesius *ad tit. ff. de servit. n.* 15. Amad. Eckolt. *tit. eod. ff.* §. 2. ibique allegati Duaren. Hottomann. Treutl. Carpzov. et *l.* 24. *c. de rei vindic. l.* 27. *ff. de usucap. l.* 4. *c. de usucap. pro haered. l. ult. c. de longi temp. praescript.* ubi licet generalius, attamen claris verbis dicitur: nullam usucapionem sine justo titulo procedere; a qua regula nullibi expressis verbis exceptae sunt servitutes, sed potius ad exemplum rerum immobilium praescribi dicuntur *l.* 2. *c. de servit. et aqua.* Et argumenta e longinquo ulterius affer- 103
re opus non est, cum expresse dicatur *in* §. *ult. inst. de servit. praed. l.* 3. §. 2. *de act. empt. l.* 3. *pr. de usufruct.*: Servitutis dominium sine jure, causa seu ti-

104 tulo transferri non posse. Accedit, quod bona fides sine justo titulo nunquam esse possit, de quo vid. *cap. ult. disput.* Obstare quidem videtur *l.* 2. *c. de servit. l.* 10. *ff. si servit. vind.* verum cum hae leges jam satis superque sint tractatae, et quomodo intelligendae, pro et contra disputatum in speciali tractatu juridico Christiani Friderici Janii *de patientia servitutis.* Petr. Johan. Aucharan. *qu.* 69. *lib.* 3. Martin. Uran. Prenniger. *tom.* 3. *cons.* 45. *n.* 13. Marc. Anton. de Amatis. *dec.* 120. *n.* 3. Vergin. de Bocatiis *de interd. uti possid. cap.* 9. §. 15. Menoch. *de retin. possess. remed.* 5. *n.* 39. brevibus ad eas et similes respon-
105 deo: unius positionem non esse alterius exclusionem, hinc si in illis mentio fiat aliquorum ad praescribendam servitutem requisitorum, reliqua non censentur
106 exclusa. Imo in obstantibus legibus maxime etiam cavetur, ne servitus sit precaria, talis autem regulariter praesumitur, si non allegetur titulus possessionis Faber. *ad* §. *retinendae inst. de interd. n.* 4. Paul. de Castro *consil.* 3. *n.* 2. *lib.* 2. Capycius *decis.* 209. *n.* 4. *et* 5. Vergin. de Boccatiis *cit. tr. cap.* 9. *n.* 4. Marc. Anton. Sabellus *var. res. et resp. c.* 14. *n.* 23. qui allegat eum
107 in finem *cap. sine possessione de reg. jur. in* 6*to.* Praesumptio juris quoque possessori servitutum resistit, cum quaelibet res praesumatur libera; haec itaque praesumptio per tituli allegationem elidi debet. Struvius *syntagm. jur. civil. exerc.* 13. *thesi* 59.

108 Rei vindicatio denique itidem se fundat super dominio, ita, ut si quis cum effectu velit intentare hanc
109 actionem, titulum probare necessum habeat. Datur enim soli domino ad id, ut illius rei, de qua litigatur, dominus declaretur, eaque sibi a detinente restituatur. §. 1. *inst. de action. l.* 9. *et* 23. *ff. de rei vindic.*

110 Absolutis jam judicii petitorii speciebus, procedendum erit ad possessorium mixtum quod contradistinguitur possessorio mero, illudque *in l.* 2. §. 2. *ff. de interdict.* dicitur proprietatis, et non solae possessio-
111 nis causam continere. Ille equidem in hoc judicio victoriam reportabit, qui jus de cujus usu agitur, ad se pertinere ostendit. *l.* 3. §. 13. *ff. de itinere actuque*
112 *priv.* Quodque proinde illud judicium, quod certis interdictorum speciebus absolvitur, judicii petitorii
113 exitum sortiatur. Haecque interdicta nec viam ad aliam causam seu judicium praeparant, uti reliqua, *l.* 1. §. *ult. de aqu. quotid. et aestiv.* Conf. Hugo Donellus
114 *ad rubr. cod. de interdict. n.* 6. Ex hisce dictis itaque fluit, in interdictis mixtis tituli probationem requiri, quia in illis proprietatis ratio haberi debet.
115 Haec autem non aliter quam mediante titulo seu causa ad dominium transferendum habili acquiri potest. *l.* 3. *ff. de acqu. rer. dom.* §. 40. *inst. de rer. divis.* Dn. Praeses *in annotatis ad hunc* §.

116 Datur vero interdictorum mixtorum quatuor species. (I.) interdictum de itinere actuque privato, per ipsam *l.* 2. §. 2. *ff. de interdict.* Hocque interdictum est duplex (*a*) prohibitorium. *l.* 1. §. 1. *ff. de itin. actuque priv.* ex quo hodie datur quasi possessori itineris actus et viae actio realis, contra quemcumque turbatorem, ad quasi possessionem illam retinendam et defendendam. Et hic sufficit ostendere se per XXX. dies actu itinereque usum esse. (*b*) Aliud prohibitorium, ex quo hodie datur actio realis quasi possessori dicturum servitutum, qui jus seu titulum habet illas reficiendi contra quemcumque impedientem, ut a refectionis impedimento desistat. *l.* 3. §. 12. *d. t.* Martin. Uranius Prenniger. *cons.* 15. *n.* 38. *tom.* 1. Ad 117
primam partem edicti quod attinet, nulla in illa tituli probatio exigitur, sed allegasse sufficit possessionem XXX. dierum: posterior autem pars plus desiderat, dum insuper tituli probationem tamquam formale interdicti requirit *l.* 2. §. 23. *d. t.* vid. dd. ad unum fere omnes eod. tit. et allegata sp. Bachovium *vol* 2. *disp.* 25. *th.* 4. *lit. h.* Dissentit tamen Petrus Frider. Mindanus *de interdict. tit.* 10. *n.* 4. Et cum eo Hahn. *ad Wesenbec. tit. de aqua quotid. n.* 2. putat sufficere, si quis alleget et doceat, se bona fide h. e. non vi aut clam aut precario possidere. Verum si haec omnia quae Hahn. *cit. loc.* requirit, probabuntur, titulus simul probatus erit.

II. Ejusdem naturae interdictum est, de aqua ca- 118
stellaria, quae ex castello ducitur. *l.* 1. §. 38. *ff. de aqua quotid.* Estque interdictum prohibitorium reti- 119
nendae possessionis, quo praetor prohibet, ne ille, cui a principe aquam ex castello ducere concessum est, illam ducere impediatur. Hocque interdictum non 120
solum in eo a meris interdictis differt, quod non detur jure servitutis, sed simul ex permissu principis. *l.* 1. §. 42. *de aqua quotid.* Ex quo sua sponte se- 121
quitur; quod uti in praecedenti, ita etiam in hoc procul dubio titulus sit allegandus, per *l.* 2. §. 2. *ff. de interdictis. l.* 1. §. 44. *de aqua quotid. verb. si docuerit, praediis suis aquam debitam*, probata enim concessione principis, probatus est titulus. conf. Petr. Frider. Mindan. *de interd. tit.* 11. Menoch. *de retin. poss. remed.* 6. *n.* 11.

III. Postea interdictum est de. mortuo inferendo, 122
quod competit illi, qui prohibetur mortuum inferre eum in locum, ubi inferendi jus habet. *l.* 1. *pr. et* §. 1. *ff. de mort. infer.* Lauterbach. *in compend. jur. h. t.* Frider. Mindanus *de interd. tit.* 2. *n.* 13. Si itaque 123
interdicto de mortuo inferendo in sepulchrum illud, quod est in meo fundo, experiri volo, probare teneor, non solum, quod in possessione sim mortui inferendi, sed etiam, vi alicujus tituli me sepulchri dominum esse.

IV. Denique interdictum de liberis exhibendis se- 124
quitur, quod pariter in duo dividitur capita (*a*) exhibitorium (*b*) prohibitorium. In exhibitorio, quod est 125
praeparatorium alterius, praetor praecipit, ut patri potenti exhibeantur liberi in ejus potestate existentes *l.* 1. §. 1. *ff. de lib. exhib.* In prohibitorio cavetur, ne 126
patri liberos in sua potestate existentes ducendi vis fiat. *l.* 3. §. 1. *ff. de mort. infer.* Perez. *ad eumd. n.* 7. Ver- 127
satur autem in hocce interdicto non saltim quaestio in eo, an liberi sint exhibendi, hoc enim successionem concernit, sed etiam, an liberi sint illius, qui hoc interdicto agere cupit. Revera quidem liberos patris esse, 128
dici non potest, sed sunt tantum quasi ejus. Quemadmo- 129
dum enim in rebus incorporalibus quasi possessio, ita et quasi proprietas, qualis est jus patriae potestatis. *l.* 1. §. 2. *ff. de rei vindic. l.* 51. §. 1. *de haered. instit.* Johann. Jacob. Wissenbach. *exerc. ad ff. disp.* 24. *th.* 25. *p.* 2. Probabit autem actor in hoc interdicto jus pa- 130
trium seu patriam potestatem, si unum ex titulis et modis quibus illa constituitur, ut sunt justae nuptiae, legitimatio et adoptio ostendere valeat.

Postquam jam vidimus illa interdicta, quae ad judi- 131
cium possessorium mixtum pertinent, adhuc ea, quae

ad reliqua monenda venient, paucis erunt addenda. In interdictis retinendae possessionis, uti possidetis et utrubi, regulariter titulus non requiritur, dantur enim tantum possessori *l.* 8. §. 5. *in fin. ff. si serv. vindic.*

132 Si autem utraque pars disceptet de possessione, expedit, si una ad justificandam et colorandam possessionem titulum alleget. Hahn. ad Wesenbec. *tit. uti possid. n.* 5. Modo protestatio hodie in foro satis so-

133 lempnis accedat de se non intromittendo in petitorium

134 Hahn. *cit. loc. n.* 5. *verb. hodie tamen.* Nam hoc omnino verum est, si utraque pars in paritate probationum versetur, quod is vincat, qui titulatam probavit possessionem *l. si duo* 3. *ff. uti possidetis.* Rota Caputaquensis Abbatiae *dec.* 339. *part.* 2. Lancellot. *de attentat. cap.* 31. *n.* 201. *et* 203. Hercules Marescott. *variar. resol. lib.* 2. *cap.* 1. *n.* 44. Cardin. Tusch. *pract. concl.* 286. *n.* 21. *lit. i.* Aud. Gail. *l.* 1. *obs.* 81. *n.* 7. Wiedenbrouk. *tr. de interd. c.* 10. *n.* 114. Zoes. *ad ff. tit. uti possid.*

135 In interdicto de superficiebus nec regulariter attenditur titulus, seu causa possessionis *l.* 1. §. 2. *ff. de*

136 *superficiebus.* Attamen glossa ad hunc textum distinguit, utrum ex hoc interdicto experiatur contra ipsum

137 dominum, an vero contra extraneum. Casu posteriori nulla tituli probatio exigitur ab actore, sed sufficit, si is simplicem tantum possessionem demonstret, modo non ab adversario vi, clam, aut precario possideat,

138 per clarum textum *d. l.* 1. §. 2. Priori autem casu, si actor victor existere desideret, causam suae possessio-

139 nis alleget et probet. Ratio autem diversitatis est, quod cum dominium rei superficiariae directum semper maneat penes concedentem, eo ipso praesumptio refragetur actori, quod is vi, clam, aut precario obtineat, possessionem, quam praesumptionem vix alio modo elidere potest, ac si titulum et causam alleget et probet. Bachov

140 ad Treutl. *vol.* 2. *disp.* 25. Et in hoc casu judex omnino aequitati studeat; justum enim semper est, ut titulus edatur, si editionem ejus desideret is, a quo possessor possessionem habere praetendit. vid. illustris dn. de Rhetz. *institution. jur. publ. lib.* 2. *tit.* 18. §. 6.

141 Dominus spoliator conventus interdicto unde vi audiendus, et simul a restitutione absolvendus est, si titulum et exinde profluens dominium in continenti probare velit, modo ille sit praedo notorius et manifestus,

142 quia a domino spoliatus est. Unde quamvis generalis legum dispositio adsit, spoliatum ante omnia illico esse restituendum (licet ab ipso judice sit dejectus *l.* 6. *c. unde vi.* Nicol. Boer. *dec.* 238. *n.* 4. *p.* 2. Menoch. *de recuper. possess. remed.* 8. *tot. can. redintegranda c.* 3. *qu.* 1. multo magis si a privato) Aequior tamen est sententia, spoliatum non esse restituendum, si dominus spolians dominium suum per titulum in continenti liquidum reddere, et ultimo spoliatum praedonem esse probare possit *arg. l.* 31. *ff. depositi,* cum leges non de-

143 beant esse vinculum iniquitatis. Nec dominum incidere in poenam *l. extat.* 13. *ff. quod met. caus.* aut *l.* 7. *c. unde vi.* inde probari poterit; quia juris est, suum cuique tribuere, quod non fieret, si manifesto praedoni res restitueretur, dominus vero a probatione tituli excluderetur. Perez. *in l. unde vi. n.* 27. *et* 28. Hahn. ad Wesenbec. *tit. de vi et vi armat. n.* 19. *verb. dominus est.*

144 Si autem non constet, ultimo spoliatum esse manifestum praedonem, spoliator dominus non facile auditur, etiam si liquidissimas pro titulo proferat probationes, sed spoliatus est restituendus, reservato jure domini ad petitorium. Henr. Zoesius *tit. ff. de vi et vi arm. n.* 17. *et seq.* Allegationibus chartam non implebo, cum de singulis interdictis singuli in pandectis dentur tituli, ad quos videantur commentatores, ibique plaustra allegationum. conf. Octav. Cacheran. Osasch. *dec.* 55. Hieron. de Oroz. *de apicib. jur. lib.* 2. *cap.* 2. *a.* 2 Petr. Francisc. Passerin. *problem. leg.* 7. *n.* 407. Vincent. Brilla *in Nomoth. Parthenop. tit.* 26. *cap.* 1. *n.* 98. *p.* 242.

Generaliter quoque verum est, quod reus teneatur di- 145
cere titulum suum, quando actor habet fundatam intentionem *cap. cum personae* 7. *de privil. in* 6to. Covarruv. *pract. cap* 17. *n.* 6. Horat. Montan. *de regal.* §. *flumina navigabilia. n.* 9. *pag.* 61. Belluga *in speculo. rubr.* 14. §. *nunc videamur. n.* 42. Cancer. *var. resol. lib.* 3. Et 146
ad hoc reum necessitat ipsa ejusdem utilitas, nam in illo casu evitare poterit per editionem tituli ipsam condemnationem, reus etenim probando suam exceptionem, nihil proprie differt ab actore, licet sit possessor. Et hinc titulum suae possessionis aeque dicere compellitur, quamvis ut hoc in praeparatoriis litis ad instruendum actorem faciat necessum non habeat. *l.* 16. *c. de probat.* Bartol. *l. cogi. pr.* Salicet. *in pr.* Verum probatio tituli 147
solam rei defensionem intendit, et sic rei commodum et emolumentum Seraphin. Oliver. Razzol. *decis.* 1422. *n.* 11. *seq.* Dicta autem non solum obtinent, si dispares 148
utriusque partis probationes, sed etiam, quando actor et reus in pari possessionis probatione versantur. Mascard. *de probat. concl.* 180. *n.* 31. Johan. Baptista Ferrettus *cons.* 7. *n.* 3. *seq. lib.* 1. *et cons.* 1. *n.* 13. ubi hanc communem appellat opinionem. Berous. *qu.* 71. *n.* 3. Ludovis. *concl.* 71. *col.* 6. Quod itidem procedit si 149
agatur interdicto. Uti possidetis per *d. dd.* quod alias regulariter opus non est, quia jam praetor per hoc interdictum tuetur possessorem §. 4. *inst. de interdict.* uti quoque titulus ab agente hoc interdicto edendus est, si res, de qua litigatur, sine expresso titulo possideri nequit. Cosmus Guirner, seu Guymier. *ad pragmat. sanct. tit. de pacif. poss. pag. ult.* Bernhard. *cons.* 133. *vol.* 2.

Ut autem illuc redeam, unde digressus sum, scien- 150
dum est, si aequales utriusque partis sint probationes, utramque quoque partem officio judicis, attamen in eorum propriam utilitatem, compelli posse ad allegationem tituli, ut judici constet, quisnam ex litigantibus antiquiorem habeat titulum. Titulus equidem postea acqui- 151
situs nihil patrocinatur, quando alterius causa et possessio antiquior est, ultimus enim titulus praesumitur habitus ab injusto auctore. Joseph. Mascard. *de probat. concl.* 1200. *n.* 9. Berous *cons.* 49. *n.* 3. *vol.* 3. Johan. Baptista Ferrettus *cons.* 7. *n.* 3. Hermannoet. Detus *in l. naturaliter.* §. *nihil. commune. ff. de acquir. n.* 46 Menoch. *de retin. possess. remed.* 3. *qu.* 87. *n.* 727. *vers. octavus est casus.* Imo junior possessio pro clan- 152
destina reputatur, recidituque in vitium attentati et spoliationis seu injustae occupationis. conf. textus do mesticus *in c. licet causam* 9. *x. de probat.* Carolus Ruinus *cons.* 44. *pr.* Elbert. Leonin. *cons.* 26. *n.* 41. Jaffred. Lanfrancus *in rubric. de causa possess. et propriet. col.* 11. Barbat. *cons.* 25. Decius *consil.* 302. Vergin. de Boccatiis *de interd. uti poss. cap.* 2. *n.* 98. Horat. Giovagnon. *cons.* 12. *n.* 18. Joh. Maria Vermigliolus de Vermigliolis *cons.* 115. *n.* 3. Rota Caputa-

quens. Abbat. *decis.* 334. Marc. Anton. Sabellus *in var. resol. et resp. cap.* 8. *n.* 27. Idem *cap.* 4. *n.* 27. Ludovicus Postius *tract. mandat. de manuten. obs.* 71. *n.* 17. Achill. Person. *de adipisc. possess. n.* 40. Mazzol. *cons.* 91. *n.* 6.

133 Postquam itaque utraque pars ostendit titulum, ille
134 vincere debet, qui probat prioritatem ejus. Similiter si constat, ambos ex justis quidem titulis possidere, diversis tamen ex causis, ut quia unus est proprietarius, alter vero fructuarius, tunc uterque obtinebit, et uterque diversis respectibus condemnabitur, h. e. fructuarius ne proprietarium turbet, et ne e contrario proprietarius turbet fructuarium. Berous *in c. licet causam.* 9. *x. de probat. num.* 53. Menoch. *de retin.*
135 *possess. remed.* 3. *quaest.* 87. *num.* 716. Si autem ambo ex eodem titulo possideant, tunc ille vincit, qui titulum suum validioribus argumentis probaverit Menoch. *d. l. num.* 718. Bellonus *consil.* 11. *n.* 11. Aymon. Cravetta *consil.* 6. *n.* 50. *l.* 21. §. *ult. de testibus.* Vergin. Boccatiis a Cingulo *tr. de interdict. uti possid. cap.* 9. §. 9. Hieron. a Monte. *tr. de finib. regund. cap.* 67. *n.* 3. *qu.* 239. Plures ejusdem generis casus, et quidem duodecim numero exhibet Menoch. *c. l. usque ad n.* 738. Marc. Anton. Sabellus *in var. resolut. et resp. cap.* 4. *n.* 27.

136 Ad possessionem autem plane infectam quod attinet, illam non esse manutenibilem affirmat. Vergin. de Boccatiis *tr. de interdict. uti possid. cap.* 4. *n.* 2. *et* 3.
137 Estque nullius momenti, habeturque pro possessione vacua, nisi producatur titulus, qui ipsam iufectionem tollat. Ludov. Posthius *tr. de manuten. dec.* 482. *n.*
138 4. Uti quoque titulus coadjuvat depositiones testium super possessione, si forte de ea lis mota. Paris. *cons.* 107. *n.* 77. Posthius *c. l. dec.* 547. *n.* 6. Rota Caputaquens. Abbat. *decis.* 339. *p.* 2. Lancellot. *de attentat. cap.* 31. *n.* 201. *et seq.* Hercules Marescott. *var. resol. lib.* 2. *c.* 1. *n.* 44. De explicatione vocis, et quid sit possessio infecta seu irrita vid. Melch. Lotter. *de re benefic. lib.* 2. *qu.* 24. *n.* 70.

Casus adhuc aliquot, qui ad certam classem non potuerunt referri, et in quibus tamen utilis simul ac necessaria est tituli allegatio, erunt addendi.

139 I. Est in malae fidei possessore, hic enim uti notissimi juris est, regulariter de fructibus perceptis et percipiendis teneiur *l. si praedium.* 16. *verb. et fructuum, vel his non existentibus condictionem competere. c. de praed. min. sine decret. non alien.* Carpzov. *in jurispr. consist. lib.* 2. *tit.* 19. *def.* 303. *n.* 15. Peregrin. *de fideicommiss. art.* 40. *n.* 10. *fol.* 461. Ludovic. de Cassanate *cons.* 23. *n.* 16. Martin. Uran. Prenniger. *tom.* 2. *cons.* 8. *n.* 5. Hercul. Marescott. *var. resol.*
140 *l.* 1. *c.* 55. *n.* 55. Si ille vero titulum aliquem allegare possit, ab hac praestatione liberabitur, ut vult. Don. Nicol. Intriglioli *cons.* 1. *n.* 224. *per Gl. ad l.* 7. *c.*
141 *de r. v. dd. ad l.* 11. *ff. eod.* Magis tamen et juri et aequitati conveniens est, quod Francisc. Ansald. *cons.* 142. *n.* 147. illud de bonae fidei possessore tantum affirmet per Gl. *ad l.* 36. *ff. de r. v.*

142 A praestatione fructuum tamen non liberat titulus sua natura resolubilis, facta resolutione rei *l.* 4. *pr. et* §. 1. *et l.* 7. *et l.* 16. *ff. de in diem addictione.* Plura de hac re tradunt Vincent. de Franchis. *dec.* 120. *n.* 7. Vivius *decis.* 228. Gratian. *decis.* 78. *n.* 12. Hercul. Marescott. *lib.* 2. *resol. cap.* 64. *num.* 35. Mar. Giurba *dec.* 89. *n.* 2. Surd. *cons.* 28. *n.* 53. Morotius *cons.* 58. *n.* 9. Francisc. Salgado de Somoza *de regia protect. part.* 4. *c.* 14. *n.* 142. Don. Gars. Mastrillus *decis.* 29. Morla *ad tit. de contrah. empt. in praemiss. n.* 103. Joh. Baptist. Larrea *dec. granat.* 76. *num.* 4. *tom.* 2. *et tom.* 1. *decis.* 42. *n.* 29. *p.* 366. Johann. Chrysost. de Vargas Machuca *decis.* 56. *n.* 56. Idem 143
obtinet, quando titulus per sententiam reducitur ad non titulum, tunc enim non solum res possessa, sed etiam fructus restituendi erunt, ut ex Natta, Tiraquello, Menochio et aliis refert Surdus *dec.* 171. *n.* 3. Et huc etiam pertinent, quae refert Riminald. *cons.* 333. *n.* 19. *et* 20. Roman. *cons.* 854. *n.* 26. Stephan. Gratian. *discept. forens. cap.* 454. *n.* 56. *p.* 1. Roland. a Valle *consil.* 32. *num.* 16. *lib.* 1. Joh. Chrisost. de Vargas Machuca *decis.* 26. *num.* 56. *et* 57. Hect. Capyc. Latro *dec.* 130. *num.* 5. et propterea sic judicatum refert Mastrill. *dec.* 29. similemque sententiam in regia audientia prolatam esse testatur Viscontus *commun. conclus. fol.* 227. Quae tamen limitat Paulus Duran. Urgellensis *dec. rotae rom. dec.* 117. . . 17. *p.* 1. Si enim exhibitio tituli coacte facta, non tollit praesumptionem alterius tituli. Conf. Urgellens. *dec.* 143. *n.* 3.

II. Possessor alicujus rei quando petit, ut declaretur 161
per officium judicis, se habere titulum possessionis, illum ut prius probet necessum est, ne judicis officium prostituatur, et ille, possessionem pro titulata declarando, falsum dicat. Mascard. *de probat. vol.* 31. *concl.* 1372. ibique allegati dd.

III. In cessionibus nominum quoque tituli probatio 165
requiritur, nam ut cessionarius jure cedentis uti possit, necessum est, ut de cessione sibi facta plenam faciat fidem, non per nudam instrumenti obligatorii exhibitionem, sed per instrumentum cessionis, quod causam seu titulum continere debet, ex quo cessionarius instrumentum obligatorium acquisivit. Berlich. *p.* 1. *concl.* 54. *n.* 45. Moller. *l.* 2. *semestr. c.* 20. *n.* 1. Cedere enim actio- 166
nes significat, actiones ex justo titulo mandare et illas alteri in suam utilitatem exercendas committere. Caballin. *de evict.* §. 5. *n.* 23. Joh. a Sande *de action. cess. c.* 9. *n.* 17. Matth. Berlich. *practic. concl.* 24. *p.* 1. *n.* 52. Aloys. Riccius *p.* 7. *collect.* 2914. Stephan. Gratian. *tom.* 1. *discept. forens. c.* 64. *n.* 22. Sigism. Finckelth. *obs. pract.* 91. *n.* 15. Octav. Cacheran. Osasch. *decis. pedemont.* 62. *n.* 2. Don. Gars. Mastrill. *dec.* 179. *n.* 14. Paul. de Castro *vol.* 2. *cons.* 170. *n.* 2.

IV. In obligationibus quoque titulus seu causa debendi est exprimenda, si obligatio vires habere debeat *per* 167
cap. 14. *x. de fide instrum.* Et si forte titulus in instru- 168
mento non fuerit additus, alio modo ad minimum probatio ejus requiritur, nisi creditor plane jure suo cadere velit. Sed huic materiae non immorabor, cum prolixe satis jam sit tractata ab excellentiss. dn. Schultz. *in disp. de causa debendi.*

V. Ita quoque in libellis super actione personali de- 169
bet addi causa seu titulus, licet magis remotus v. gr. peto Titium condemnari, quia ex contractu hoc vel illo mihi debet 1000. Causa enim proxima in actione personali est obligatio *l. licet.* 42. §. 2. *ff. de procur.* Causa vero remota est ipse contractus, *l. consensu.* 2. *l.* 25. §. 2. *ff. de obl. et act.* §. 1. *inst. de oblig. ex consensu.* Remo- 170
tam itaque causam in actione personali exprimere sufficit, quia ex causa remota seu contractu praesumitur causa proxima seu obligatio. Sola autem expressio causae 171

proximae ideo non sufficit: (ex gr. peto 100. a te, quia mihi es obligatus) quia talis libellus esset incertus et per consequens ineptus: eo quod non concludat certum jus agendi: nec reus deliberare potest, causa remota non expressa, an nempe cedere vel contendere velit. Andr.
172 Gail. *lib. obs.* 61. *n.* 4. In reali vero actione ex. gr. rei vindicatione speciali, allegetur dominium (*dass das Gut sein eigen*) *l.* 23. *ff. de r. v.* in haereditate jus haereditarium (*dass Er Erbe sey*) *l.* 10. §. 1. *de haered. petit* in confessoria jus servitutis (*dass ihm die Dienst Gerechtigkeit zustehe*) §. 3. *inst. de act.* In hypothecaria jus hypothecae (*dass ihm das Gut verpfaendet*) in possessoriis jus possessionis (*dass Er den Besitz habe, da bey Er zu mainteniren*) *arg. l.* 1. *et* 2. *uti possid.* Conf. Hahn. ad Wesenbec. *ff. de tit. r. v. n.* 6. ubi simul refutat opinionem Bachovii huc pertinentem, quam crassam appellat.

In omnibus hactenus memoratis casibus titulus simul requiritur in allegantis favorem, vid. plura apud
173 Achill. Pedroch. *cons.* 3. *n.* 124. Card. Tusch. *pract.*
174 *concl. tom.* 6. *lit. p. concl.* 539. *n.* 5. Sequitur jam, ut ultimo loco agamus, quando titulus ex civilitate conjuncta cum necessitate debeat cessare. Et quidem principaliter hoc usu venit in possessore detinente rem furtivam, qui auctorem suum denominare debet (1.) Ut dominus actionem furti contra furem intentare possit, quod fieri nequit, nisi de ipsa persona constet (2.)
175 uti ipse possessor amoveat a se suspicionem furti. Titulus enim saepe praesumptionem tollit, excusat atque purgat, ut hinc summam utilitatem praebeat si allegetur, exemplum est in *l.* 31. §. 4. *ff. de hom. lib. exhib.* ubi: *qui justam causam* seu titulum *habet hominis liberi apud se retinendi, non videtur in dolo*
176 *malo facere* Sebast. Naevius *ad hanc l.* Andr. Gail. *de pace publ. lib.* 2. *cap.* 10. *n.* 14. Tiraquell. *tr. de poenis, causa* 43. *n.* 3. ubi quasdam limitationes ad praedictam generalem theoricam adducit, haec enim theorica regulariter non procedit quoties quis rei illicitae operam navat, talis enim ipso facto censetur esse
177 in manifesto dolo. *l. si ex plagis* 52. §. 1. *ff. ad l. aquil.* Plurima exempla adducit Gail. *cit. loc. lib.* 1. *cap.* 7. *n.* 14. Schrader. *de feud. part.* 9. *sect.* 7. *n.* 33. Hieron. Gratus *cons.* 42. *n.* 12. Hieron. Scurfi-
178 us *cons.* 49. *cent.* 1. Nostro autem casu praesumptionem aliquam etiam tollit, cum alias ille qui saepius res furtivas emit, incidat in suspicionem furti, ita ut ipse praesumatur furtum fecisse *l.* 2. *c. de furt.* Joh. Faber *in breviar. cod. ad hanc l.* praecipue si aliae qualitates personae concurrant. Mascard. *de pro-*
179 *bat. concl.* 832. *n.* 20. Farinac. *qu.* 177. *n.* 5. Contrarium quidem verius putat Sichardus *ad d. l.* 2. *n.* 6. existimans, posse aliquem possidere rem aliquam vel ut fur, vel cum titulo honesto; quia forte emit rem furtivam, vel ipsa ei donata est. Jam vero firmam esse regulam, quod quandocunque ex eodem facto diversae oriuntur praesumptiones, quarum una sit honesta, alia turpis, quod potius praesumendum in partem meliorem *l. merito* 51. *ff. pro socio.* At vero cum allegata *l.* 2. *c. de furtis* claris verbis id ita determinet, nec nos aliter cantare debemus. Conf. *l.* 5. *c. de*
180 *furt.* Et hoc vel maxime obtinet, si cum possessione illa rei furtivae alia etiam indicia concurrerent, uti jam antea dictum, ex. gr. si possessor esset persona turpis, diceret, se emisse parvo pretio, vel etiam si saepius tali modo contraxisset, ex hisce multis indiciis enim, quibus probatur dolus, oriretur praesumptio furti.

Et quamvis ex omnibus hisce suspicionibus crimi- 181
naliter nemo condemnari possit *l. fin. cod. de probation.* sed necessum sit, ut probationes adsint clas- 182
riores hac meridiana, et concludentes quae non tantum per possibile, sed per necesse concludunt. Dn. Brunneman. *process. civil. cap.* 16. *n.* 7. Id tamen 183
operantur illae praesumptiones, quod judex loci contra illum suspectum per torturam inquirere possit. Bartol. *in l. fin. ff. de quaest.* Et argumento *der peinlichen Halss Gerichts-Ordnung art.* 33. verb. *Ob Er das Ermordeten Haab genommen, verkaufft, vergeben oder noch bey ihm haette, das ist für eine redliche Anzeige anzunehmen, und peinliche Frage zugebrauchen, er könte denn solchen Verdacht mit glaeubiger Anzeige oder Beweisung ablehnen, das soll vor aller peinlicher Frage gehöret werden.* Conf. Blanc. *de judiciis n.* 53. *et n.* 297. Remus et Matth. Stephani *in Not. ad h. art.* Boer. *desis.* 165. *n.* 2. Menoch. *de praesumpt. l.* 1. *qu.* 89. *n.* 135. Carpzov. *pr. crim. part.* 3. *qu.* 122. *n.* 39. Add. Mascardus, Tuschus, aliique, qui hanc in rem non pauca congesserunt circa praesumptionum materiam. Haec cum ita 184
se habeant, consulit *l.* 5. *c. de furt.* ei penes quem res inventa est, ut furem indicet et auctorem suum nominet, uti jam supra diximus. Et quamvis hoc vi- 185
deatur tantum ex urbanitate aliqua fieri, prout illud ita interpretari solent dd. Attamen displicet duo. Brunnemanno *comment. ad l.* 5. *c. de furt.* haec interpretatio ex antea allegatis rationibus, quod scil. possessor, si de re furtiva constet, ipseque titulum allegare, vel auctorem suum nominare nequeat, incidat in suspicionem furti, indiciaque ad torturam praebeat.

Simile exemplum ubi denominatio auctoris liberata 186
poena, est in *l. majorem* 4. *ad l. corneliam de falsis*, quod scil. qui falsis rescriptionibus utuntur, liberentur, si innocentiam suam probent, et eum, a quo illas acceperunt, nominent ita domini horreorum vel of- 187
ficinarum, qui custodiam promiserunt conductoribus, liberantur a suspicione furti, si aliquid inde detractum fuerit, quando nominant et indicant custodes *l. 4. locat.*

Jam ulterius quaeritur, si possessor rerum furtiva- 188
rum dicat, se rem ab ignoto emisse (uti vulgata receptatorum excusatio esse solet) obstat illi receptatori praesumptio legis, cum quis notum praesumatur habere eum cum quo contraxit dn. Brunnem. *ad l.* 5. *c. de furt.* Farinac. *qu.* 177. *n.* 6. Mascard. *de probat. concl.* 834. 189
n. 8. Si autem res illa in mercatu publico vel in nundinis empta sit, praesumptio pro illo erit, nam tunc temporis saepe ab ignotis aliquid emitur. Eo ipso tamen a restitutione rei non liberatur.

Ex his itaque dictis sua sponte fluit, urbanitatem 190
illam a dd. ita appellatam, magna cum necessitate conjunctam esse. Licet aliqui concludant ex *l. qui vas* 48. 191
ff. de furt. (ubi §. 1. dicitur, qui furem novit, licet non indicet, furem tamen non esse et *l.* 4. §. *ult. ff. de condict. ob turp. caus.* non teneri consilium indicare furem. Praecipue autem has reddunt rationes, quia ipsum 192
jus naturae dictitat, ne nocemus proximo vel in vita, vel fama vel fortunis. At facilis est responsio; nisi 193
majus detrimentum reipl. sequatur ex nostro silentio.

Debemus enim proximum amare, quamdiu potior et justior dilectio non obstat. Grotius *de j. b. et p. lib.* 1. *c.* 2. *th.* 8. *n.* 10. *et l.* 2. *c.* 10. *th.* 1. *n.* 4. *l.* 2. *c.* 16.
194 *th.* 26. *n.* 2. *it. l.* 2. *c. th.* 20. *th.* 22. *n.* 2. Cum publice intersit, scelera non manere impunita, insuperque liquido constet, quod silentium nullo modo excuset, sed
195 potius poenam mereatur. Nam sub factis etiam moraliter veniunt non facta, quale est silentium. *l.* 189. *d. v. s. l.* 121. *de reg. jur. l.* 19. *ff. de ritu nupt. l.* 4. *ff. quae in fraud. cred.* Grotius *de j. b. et p. l.* 2. *c.* 4. *th.* 5. *n.* 1. *et l.* 3. *c.* 24. *thes.* 1. Frid. Johan. Ronchegall. *in l.*
196 *penult. ff. de duob. reis n.* 7. Hermannoctius Detus *in l.* 4. §. *Cato ff. de v. o. n.* 56. Quique silet delictum, illud approbare, ipseque facturus fuisse censetur, si per circumstantias licuisset. Grot. *c. l. lib.* 2. *cap.* 17. *th.* 6.

197 Hinc etiam silentium interdum quoad poenam aequiparatur ipsi facto, maxime in atrocissimis delictis, uti praxis hoc variis exemplis comprobavit; qualia in Anglia jesuitae Garnetti, conspirationem pulveris tormentarii non detegentis. vid. excellentiss. dn. Becman. *lin.*
198 *mor. c.* 15. *th.* 4. Et in Gallia Thuani junioris, celebris illius historici filii, ac Marchionissae Villarsiae, quorum ille Cinquemartii, haec equitis rohanaei facinus retiouerant; parque cum auctoribus supplicium subibant. Unde de Thuano et Cinquemartio non nemo ita cecinit:

Morte pari periere duo, sed dispare causa
Est reus ille loquens et reus iste tacens
Morte pari periere duo, sed perdidit illum
Fracta fides, istum perdidit arcta fides.

vid. pluribus Benjamin. Priolus *in historia ab excess. Ludov. XIII. l.* 1. *p.* 7. et *diar.* Card. Richelieu *pag.* 947. *usque ad fin.* It. diar. europaeum *nov. contin.* 1. *fol.* 427. et *Verwirte* Europa *part.* 2. Conf. Amesius *lib.* 5. *de conscient. c.* 24. *quaest.* 7. ubi multas huc facientes refert distinctiones, et reliqua, quae hic omisi, reperiri poterunt.

199 Ad odiosum crimen receptus quod attinet, jura illa omnino serio punitum volunt, secundum vulgatum illud: *der Haehler ist so gut als der Stehler.* vid. Hahn. ad Wesenbec. *tit. de recept. n.* 1. Amad. Eckolt. §. 1. disput. a me habita *de jure princip. recipiendi exules*
200 *fidei socios cap.* 1. *thes.* 2. Qua tamen poena in specie sint afficiendi receptatores, num eadem qua fures, an vero mitiori, disquisunt dd. Et quidem communiter hic dis-
201 sentiunt. Prius asserentes citat Carpzov. *in prax. crim.*
202 *part.* 2. *quaest.* 87. *n.* 49. Nec leviter illorum sententiam stabilire videtur *l.* 1. *ff. de receptat.* It. *l.* 1. *c. de his qui latron. l.* 14. *c. de furt.* ubi expresse statuitur, eos, qui a servo furtim ablata scienter susceperint, non tantum de susceptis, sed etiam poenali furti actione
203 conveniri posse. Et testatur ibi Baldus, quod suo tempore vigore hujus textus mulier fuerit suspensa, quae
204 res furtivas scienter receptaverat. At vero respondetur; puniendos omnino esse *pariter* i. e. una cum reis, non autem eadem statim poena, qua ipsi rei v. gr. latrocinii, falsi, furti, sed alia quadam mitiori. Hancque responsionem corroborat. *l. falsi* 13. §. *ordine* 1. *ff. ad l. cornel. de fals.* Add. *l. si uteris* 2. *c. de fid. instrum.* Confer. dn. Struv. *in disp. von ungehenckten Dieben cap.* 5. §. 4.

205 Inter quaesita nunc porro occurrit: num res furtiva ab eo, qui non solum titulum possessionis edidit, sed etiam bona fide et ignorans, eam vilio furti laborare, a fure vel alio emit, vindicari possit, ita ut vindicans neutiquam pretium refundere teneatur? Quod affirma- 206
tur per jam allegatam *l.* 2. *c. de furt.* conf. *l.* 5. *eod. l.* 23. *c. de rei vind.* cui sententiae patrocinatur quoque *peinliche Hals-Gerichts-Ordnung art.* 213. Carpzov. *prax. crim. part.* 2. *qu.* 87. *n.* 69. Finckelthaus. *obs.* 56. Joh. Maria Vermigliolus de Vermiglolis *consil. crim.* 275. *n.* 1. Johan. Anton. Bellonus *consil.* 63. *n.* 17. Vincent. de Franchis *dec.* 160. *n.* 4. Sichard. *ad l.* 2. *c. de furt.* qui annotat, quod quamvis hic 207
textus tantum de re furtiva loquatur, Glossa tamen hic in verbo *furtivas*, extendat legem a rebus furtivis ad alias quasvis res alienas i. e. si quis quocumque modo, vel nomine possideat illam rem alienam, quod dominus ejus rei possit eam recuperare sine pretii oblatione. vid. *l. si mancipium* 23. *c. de rei vindic.* Et sic quamvis in re immobili non procedat furtum 208
l. quare 38. *ff. de usucap.* attamen detinens rem immobilem alienam, tenetur eamdem domino restituere sine oblatione ejus pretii, quod ipse possessor expendit *l. super empti* 16. *in fin. c. de evict.* Quod ta- 209
men eo casu solum procedit, si is, qui vult rem asserere sit dominus, vel probat, quod potentius jus (*mehr Gerechtsame*) quam possessor habeat *l. officium* 9. *ff. de rei vindic.* Et dum textus dicit, possi- 210
dentes rem furtivam vel alienam, fortassis, bona fide emptam petere rem incivilem, ut eam domino non restituat, nisi prius accepto pretio, sciendum quod, *incivile* hic dicatur, quod est contra jura, ut hic *Glossa* notat. Vel etiam dicitur *incivile*, quod ratione caret.

Ex quo inferri poterit, quod quia irrationabile est, 211
rem tantisper teneri, donec pretium restituatur, per privilegium vel statutum non posse induci contrarium. Unde merito damnanda illa consuetudo, quae rem fur- 212
tivam fisco vindicat: naturalis enim ratio et secundum illud juris praeceptum quod §. 3. *inst. de just. et jur.* exhibetur, nec non praeceptum decalogi octavum dictitant, neminem esse laedendum: et nemini rem suam sine causa esse auferendam, cum quoque pervulgatum sit juris principium: id, quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non posse *l. id quod nostrum* 11. *ff. de reg. jur.* Solet quidem objici, sce- 213
lere quaesita Fisco vindicari; per *l. Lucius* 9. *in fin. ff. de jur. fisc.* Verum haec instantia nos non movet, 214
cum (uti Wissenbachii *comment. ad l.* 2. *c. de furt.* interpretatio est) hoc non de omnibus scelere quaesitis intelligendum sit, sed tantum de illis, quae ita quis quaesivit, ut ab alio alienari non possint. Ex. gr. si aliquid datum sit, ob causam respectu utriusque, et dantis et accipientis nempe, inhonestam, tunc enim dans nihil repetit propter suam turpitudinem, nec accipiens ad restituendum compelli potest. Ne tamen lucretur rem turpiter acceptam, fiscus eam aufert et extorquet Hahn. ad Wesenbec. *tit. de condict. ob turp. caus. n.* 4.

Laudandus itaque eo nomine Carolus quartus im- 215
perator, qui in *constit. crim. art. penult.* hujus consuetudinis mentionem facit: *So ein Ubelthaeter gestohlner oder geraubter Haab betreten, und gefaenglich einkommt, dass alsdann solch gestohlen oder geraubet Gut, demjenigen so es also gestohlen worden, nicht wiederum zugestellet, sondern der Obrigkeit des Orts eingezogen* etc. vult tamen *dass die und dergleі-*

chen Gewohnheit, eine jede Obrigkeit abschaffe, und daran seyn soll, dass sie hinfürter nicht geübet oder gehalten werde.

216 Illorum quoque leges vix approbandae, apud quos recuperare quidem dominus res suas furto ablatas potest, verum intra breve dumtaxat temporis spatium, veluti apud Saxones intra annum et diem, Specul. Saxonic. *lib.* 1. *art.* 31. quod refert Wissenbach. *comment. ad l.* 2. *c. de furt.* Notant quoque et quidem

217 praecipue commentatores ad *d. l.* 2. illa privilegia magistratuum, (quale exhibet lingua sua Joh. Maria Vermigliolus de Vermigliolis *cons.* 275. *n.* 1.) quae ipsi dant Judaeis subditis suis, ne cogantur vel edere titulum, vel res furtivas veris dominis restituere, nisi ac-

218 cepto pretio, omnia injusta et invalida esse. Sed pro ratione dubitandi posset opponi *l. emptor.* 65. *ff. de rei vindic.* ubi si vindico rem meam ab eo, qui bona fide emit, potest ille conventus mihi vindicanti opponere exceptionem doli, ac dicere; si rem tuam habere

219 cupis, reddas mihi pretium quod expendi. Et dicitur ibidem, illum possessorem non teneri mihi restituere

220 rem sine pretio reddito. Quod idem videtur velle textus

221 in *l. si pretium* 19. *c. de procurat.* At respondetur, omnia illa jura, quae volunt, possessorem rei alienae non teneri ad restitutionem rei, nisi prius adepto pretio, intelligenda esse (1.) illo casu, quo ille possessor pretium expendisset, quod esset conversum in utilitatem domini jam potentis. *constit. crim. Caroli V. art.* 213. *ibi: Dann allein ob solches essend Vieh* (2.) si emptor protestetur coram testibus vel literis contractus inserat, se ea mente rem emisse, ut si agnoscat, cujus sit illa res,

222 velit eam restituere pretio accepto. Sic enim semper consequitur pretium, si dominus rem suam vindicet.

223 Bartholom. Coepolla *cautel.* 25. Quippe tunc potius pro negotiorum gestore, quam pro emptore reputandus arg. *l.* 2. *et* 39 *ff de negot. gest.* scil. si forte dominus rem aliter vix fuisset recuperaturus. Quandocumque enim 224
quis in rem alterius quid utiliter et probabili more impendit, si recipiendi animo se fecisse ostenderit, id negotiorum gestorum actione consequi potest *l.* 11. *c. de negot. gest.*

Contrarium tamen vid. ap. Franzk. *resp.* 9. *n.* 100. 225
seq. Perez. *in c. tit. de furtis n.* 13. Richter *dec.* 96. Lauterb. *in comp. ad. tit. ff. de r. v.* ubi ipse limitationem addit, nisi pretium in actoris utilitatem versum. Objici quoque solet *l.* 3. *c. de, his quae vi met. caus. gest. sunt.* ubi habetur: fundum vi metuque venditum, licet emptor eum rursus vendiderit, repeti tamen posse, *reddito pretio*. Verum magna inter hanc 226
legem et *l.* 2. *c. de furt.* diversitatis adest ratio; in objecta hac lege enim dominus ipse vendidit rem suam, licet coacte, in nostra autem *l.* 2. non dominus sed fur vices venditoris gerit Wissenbach. *ad d. l.* 3.

(3.) Limitatur. Si quis emerit rem a latronibus, 227
praedonibus vel hostibus. *l.* 6. *ff de captiv. et postlium.* Franzk. *resp.* 9. *n.* 47. *seq.* Hinc in dicta *l.* 6. Casus elegans habetur. Erat enim mulier ob maleficium in opus salinarum data, et deinde a latrunculis exterae gentis capta, et jure commercii vendita centurioni cuidam. Dicitque Jctus; si respl. velit mulierem istam rursus operi salinarum applicare, quod cogatur eidem centurioni pretium expensum solvere. Conf. Joseph. Ludovis. *dec. perusin.* 42. Menoch. *de praesumpt. lib.* 5. *c.* 2. Clar, Geachar. et Bajard. *in praxi crim.* §. *furtum n.* 26. Quid de jure saxonico quod jam dicta obtineat, vid. Zobel. *differ. jur. saxon. part.* 2. *differ.* 31. Reinhart. *differt.* 14. *et* 15. Ursillis ad afflict. *decis.* 228. *n.* 7. Joh. Bapt. Plotus *de in lit. jur. n.* 187. Framin. Chartar. *dec.* 87. *n.* 14. Xuar. *alleg.* 37. Alvar. Valasc. *qu. jur. emphyt.* 14. *n.* 7.

CAPUT III.

De titulo principi edendo a possessore regalium, fiscalium et demanialium

SUMMARIA

Ingressus. n. 1.
Quaenam possessio liberet possessorem ab onere probandi n. 2.
Quando possessio praesumatur illegitima? n. 3.
Possessor cui resistit jus commune, non est manutenendus. n. 4.
Et lite pendente potest violenter expelli de exercitio. n. 5.
Judices non ex sola possessione et apparentia titulorum moveri debent. n. 6.
Possessio, cui jus resistit, praesumitur esse injusta occupatio. n. 7.
Decernenda pro eo possessio, qui habet jus pro se. n. 8.
Exemplum antedictorum est in possessore regalium. n. 9.
Princeps habet intentionem fundatam contra possessorem regalium. n. 10.
Quid sint regalia? n. 11.
Fundamentum Regalium majorum et minorum. n. 12.
Princeps habet jus in aerem et alia ἀδέσποτα. n. 13.
Princeps est fons et origo regalium. n. 14.
Concessio principis est basis et fundamentum possessionis regalium. n. 15.
Possessor regalium titulum edere nolens possessione privatur. n. 16.
Saepius in una regione regale est, quod alibi non. n. 17.
Exempla adducuntur. ibid.
In possessione jurisdictionis quoque edendus titulus n. 18.
Jurisdictio in alterius territorio praetensa dubitatur esse praetendentis. n. 19.
Possessio hinc nihil prodest ob summamjuris resistentiam. n. 20.
Dicitur haec possessio improba et non manutenibilis. n. 21.
Limitationes. a. 22. *usque ad* 30.
An omni penitus possessionis commodo excidat possessor regalium, an vero mox ad petitorium ublegandus? 31. *seq.*
Princeps in his, quae sibi tamquam regi competunt, sine possessione non litigat. n. 38.
Alphonsi III. regis hispan. huc pertinens privilegium. n. 39.

Praetensa possessio adjuvari debet tituli praesumptione. n. 40.
Manutentio non conceditur contra eum, qui habet intentionem fundatam de jure communi. n. 41.
In summariissimo regulariter non agitur de justitia tituli n. 42.
Nec admittitur hic disceptatio de possessionis justitia vel injustitia. n. 43. *seq.*
Quare dicatur summariissimum. ibid.
Sufficit hic sola corporalis detentio et mera facti insistentia. 45. *seq.*
Proprium possessorii summariissimi quodnam sit? n. 47.
Limitationes antedictorum. a n. 48. *usque ad* 52.
Natura summariissimi possessorii aliquatenus mutata. n. 53. *seq*
Controversia de jure venandi, et an princeps habeat in tantum fundatam intentionem, ut possessor illius juris titulum edere teneatur? a. n. 55. *usque ad* 85.
Inter bona fiscalia et regalia minora quatenus nulla differentia? n. 86. *seq.*
In bonis fiscalibus pariter edendus est titulus. n. 88.
Datur etiam contra fiscum manutentio. n. 89.
Jure privati utitur fiscus, ubi speciuliter privilegiatus non est. n. 90.
Limitatio. n. 91.
Bona vacantia fisco cedunt. n. 92.
Eadem ad neminem privatorum, sed ad principem pertinent. n. 93.
Distributa dominia pendent a dominio generali. n. 94.
Auctoritas juris communis militat etiam pro fisco. n. 95.
Quaenam sint bona vacantia? n. 96.
An fiscus statuum imperii eorum capax sit? n. 97. *seq.*
Quid sit jus albinatus? n. 105. *seq.*
Possessor eorum, quae albinagio cedunt vel maxime titulum edere debet. n. 107.
Bona damnatorum huc quoque spectant. n. 108.
Quo majoris momenti bona damnatorum, eo magis in iis edendus titulus n. 109.
Generale conclusum. n. 110. *seq.*
Bona demanialia alienari nequeunt. n. 112.
Eorumdem alienatio ipso naturae jure nulla. n. 113.
Nec accedente juramento principis subsistit. n. 114.
In hisce quamvis privatus possessor titulum edere possit tamen non est audiendus. n. 115.
Limitatur. n. 116.
Demanialia nunquam acquiruntur n. 117.
Eorum possessor est in summa mala fide. n. 118.
Demanialia alienata revocari possunt sine compensatione. n. 119.
Exemplum regis Angliae et regis Suediae. n. 120.
Adducuntur plures de hac materia dd. 121.

1 Postquam praecedenti capite illos casus enumeravimus, in quibus ad privati desiderium titulus edi solet, progredimur jam hoc et proxime sequentibus capitibus ad casus, in quibus ad superioris seu principis desiderium
2 a vassallis simul ac subditis tituli probatio requiratur. Equidem possessio illius juris, quod nemini nocet, liberat possessorem ab onere probandi titulum Alexander *consil.* 138. *n.* 11. Vincent. Brilla *in Nomothec. Parthenop. tit.* 16. *cap.* 1. *n.* 3. ddd. a Hermosilla *in notis ad gloss. ll. partit.* Lopetii *tom.* 1. *Gloss. 4. tit.* 3. *n.* 11. Joh. Chrysost. de Vargas Machuca *dec.* 144. *n.* 166, *et seq.* Flores Diez. de Mena *var. quaest. lib.* 1. *qu.* 10. *n.* 66. Michael. Angel. Gizzius in Hector. Cpyc. Latr. *dec.* 77. *n.* 9. Hieron. de Oroz. *de apicib. jur. civ. lib.* 4. *cap.* 9. *n.* 10. Quando autem quis pos- 3
sidet rem, quae ad illum de jure communi non spectat, sed ad alium, tunc possessori resistit juris communis praesumptio, et possessio non praesumitur legitima. Dn. Brunnem. *ad l.* 5. *ff. de interrog. act.* Peregrin. *de jure fisci lib.* 7. *tit.* 3. *n.* 21. Joseph. a Sesse *de inhibit. Arragon. cap.* 50. §. 10. *n.* 44. Julius Caponus *discept. forens.* 47. *n.* 31. *tom.* 1. Ideoque etiamsi 4
quis alleget possessionem incorporalium, etiam immemorialem, pendente lite in petitorio non est manutenendus, stante juris communis resistentia. *cap. cum personae* 7. *de privileg. in* 6to. Gratian. *disceptat. forens. cap.* 441. Covarruv. *pract. qu. cap.* 17. *n.* 6. Menoch. *de retin. possess. remed. ult. n.* 24. *usque ad n.* 27. Seraphin. Olivar Razzal. *decis.* 391. *n.* 2. Cassador. *dec.* 8. *n.* 2. Caesar. Argel. de Paltronibus *tract. de acquir. possess. pag.* 76. *n.* 28. Francisc. Merlin Pignatelli *controvers. forens. cap.* 13. *n.* 15. Thom. Anell. Salernitan. *allegat.* 19. *n.* . . . Jacob. Cavaller. *dec. rotae rom.* 379. *n.* 5. et *dec.* 429. *n.* 1. Hieron. Magon *dec.* 37. *n.* 7. Paul. Aemil. Verall. *dec. rotae rom.* 304. *n.* 1. *p.* 3. Anton. de Ballis. *tract variis lib.* 5. *de pragm. regn. fol.* 424. *n.* 4. Hect. Capyc. Latro *dec.* 23. *n.* 13. Possessor enim, non obstante pos- 5
sessione habet jus commune contra se, et lite pendente potest expelli de exercitio. Imo judices non ex sola 6
possessione et apparentia titulorum se moveri patiantur, sed intrinsecos defectus ponderare debent, si scil. possessori jus resistat. Cyriacus. *tom.* 1. *cap.* 178. *n.* 14. ibique allegatus Bursatus, Riminaldus, et alii. Melch. Lotter. *de re benefic. l.* 1. *qu* 24. *n.* 215. Ascan. Tamburinus *de jure abbatum dec.* 55. *n* 9. *p.* 1 Licet enim regulariter etiam injusta possessio sit manutenibilis, attamen hoc fallit; quando injustitia possessionis est notoria. Rota *div. dec.* 27. *n.* 11. *part.* 1. Nevizan. *cons.* 81. cum nec etiam possessio notorie turbida juvet. Paul. emil. Verall. *decis.* 290. *part.* 2. Cardin. Mantica. *dec.* 95. *n.* 10. Julius Caponus *discept. forens.* 47. *n.* 17. *seq. tom.* 1.
Itaque talis possessio cui jus resistit, non est manu- 7
tenibilis, nam usurpata praesumitur et injusta occupatio, nisi ostendatur titulus, uti late defendit Capiblanca *pract. qu. tom.* 2. *c.* 77. *et* 80. *n.* 4. qui statuit, 8
non esse decernendum super possessorio summario pro eo, cui jus resistit, sed providendum contrarium, ut ille abstineat, et decerni debere pro eo, qui jus pro se habet, donec contrarium probetur, hocq; etiam approbat Ferdinandus Vasquius *lib.* 2. *controv. illustr. c.* 87. *li. c.* 18. *et* 19. Roland. a Valle *consil.* 89. *n.* 33. *vol.* 2. ibique allegatus Joh. Lupus, regens de Aponte *dec.* 40. *n.* 46 Joseph. a Sesse *de inhibit. Arrag. c.* 50. §. 10. *n.* 63. Regens Rovitus *cons.* 58. qui dicit, quod stante juris resistentia non dicatur consuetudo sed corruptela. Assentitur Posthius *de manuten obs.* 45. *n.* 14. Cancer. *var. resol. part.* 3. *c.* 14. *n.* 42. *et* 43.
Solemne hujus assertionis exemplum est in possesso- 9
re regalium. Regalia enim dependenti a principe, et 10
princeps suam intentionem habet fundatam contra priva-

tum regalium usurpatorem, quod ex ipsa regalium definitione clarius elucescit. Sunt equidem jura summo principi ad tuendam summam potestatem, eminentiam, dignitatem at splendorem concessa. Communiter distinguuntur in majora et minora. vid. *cap. unic. quae sint regal. 2. feud.* 56. ibique Matth. de Afflict. Caesar. 11

Carena *resolut.* 8. *n.* 1. Regalium majorum fundamentum est sibi sufficientia, seu perfectissimatas reipublicae, adeoque a juribus majestatis non differunt, sed sunt ipsissima majestas. vid excell. dn. Becmann. *in meditat. polit. cap.* 17. *th.* 1. *cap. seq. th.* 1. Minorum ambiguitas dominii. vid. Grotius *de j. b. et p. l.* 2. *c.* 8. *th.* 6. *et* 7. 12

Hinc obiter concludimus, nihil absurdi involvere, quod princeps sibi jus in aerem et alia talia ἀδέσποτα adscribere queat, ex allegata dn. Becmann. ratione, quod ea, quae nullius privati in specie sunt, ad omnes pertineant, et consequenter ad principem, tamquam omnium imaginem. Exemplum in consignationibus sedium madrittensium, ubi cives pro certo censu aerem a rege redimere tenentur, vid. Mackler. *in voyage d' Espagne cap.* 20. *pag.* 138. 13

Cum itaque princeps sit fons et origo, a quo regalia in subditos derivantur, hinc Joh. Bapt. Bilocta *cons.* 21. *n.* 4. Regalia appellat ea, quae consueverunt spectare ad regem seu principem, et per ipsum conferri. Estque ejus concessio tamquam basis et fundamentum ipsiusmet possessionis, ergo ea doceri debet, sive in petitorio sive in possessorio versemur. Menoch. *de retin. possess. remed.* 3. *n.* 590. Mevius *part.* 1. *decis.* 44. *n.* 6. Peregrin. *de jure fisci. lib.* 1. *tit.* 1. *n.* 9. Hercules Marescott. *variar. resolut. lib.* 1. *cap.* 11. *n.* 46. Melchior. Lotter. *de re benefic. tom.* 1. *lib.* 2. *qu.* 45. *n.* 19. Notatque proinde egregie admodum Anton. de Ballis *tract. variis. l.* 5. *de pragm. regn. fol.* 424. *n.* 4. Regalia non aliter praescribi aut acquiri, quam per titulum in privilegio seu literis investiturae expressum, atque alium titulum vix fingi posse. 14 15

Si autem possessor regalium contumaciter titulum edere nolit, ad fisci instantiam juste regalium quasi possessione privari poterit. Anton. de Padill. *in l. altius de servit. et aqu.* Alvar. Valasc. *de jur. emphyt. quaest.* 8. *n,* 22. Gars. Mastrill. *de magistrat. lib.* 3. *cap.* 2. *n.* 12. *et* 17. Achilles Pedrocha *cons.* 3. *n.* 24. Roder. Xuarez. *allegat.* 7. *n.* 7. Joh. de Selua *tract. de benef. part.* 2. *qu.* 25. Fulvius Pacian. *de probat. lib.* 1. *cap.* 62. Tusch. *pract concl.* 310. *lit. t.* Hartmann. Pistor. *part.* 2. *qu.* 26. Joseph. Mascard. *de probat. concl.* 1195. *n.* 65. Fontanella *de pact. nupt. clausul.* 7. *glos.* 3. *n.* 43. *p.* 10. *tom. ult.* Roderic. *de annuis reddit. l.* 1. *qu.* 17. *n.* 22. 16

Quoniam itaque, ut ante dictum, regalia ex concessione et arbitrio principis dependent, hinc in minoribus praecipue saepe contingere suevit, quod in una provincia illud regale sit, quod in alia omnibus promiscue subditis competit, ex. g. in nostra Marchia inter regalia est *der Eisen Saltz und Mühlen Stein Handel.* Et in Borussia succinum in littoribus maris inventum, neminl nisi serenissimo tamquam supremo duci competit. Vid. *das Preussische Land-Recht. lib.* 1. *tit.* 1. *art.* 3. §. 30. *verb. Drümb. mag. noch kan etc.* Huecce igitur et plura alia nomine regalium hic locorum veniunt; cum tamen in aliis terris forte liberum harum rerum sit commercium. Confer. pluribus circa materiam regalium perillustris dn. de Rhetz. *in institut. jur. publ. lib.* 2. *tit.* 25. §. 1. Anton. *disp. feud.* 3. *th.* 6. *lit. b.* Ludwell. *in synops. jur. feud. cap.* 13. Regner. Sixtin. *tr. de regal. lib.* 1. *cap.* 1. *n.* 1. Pruckm. *de regal. c.* 1. Cour. ab Einsiedel. *de regalib. c.* 2. *et* 3. Roseuth. *de feudis. c.* 5. *concl.* 3. Schöner. *in jure feud. lib.* 1. *disp.* 3. 17

Aliud exemplum assertionis nostrae, quod scilicet possessor regalium cogi possit ad edendum titulum, exhibet in jurisdictione Ludov. Posthius, asserens, hujus possessorem manifestissime de jure suo docere debere *obs.* 42. *de manuten. n.* 39. Alciat. *resp.* 408. *n.* 7. Knichen. *de jure territor. cap.* 5. *n.* 12. Praecipue autem jurisdictio; quae praetenditur in territorio alterius, dubitatur esse praetendentis. Capiblanca *pract. quaest. de baron. cap.* 80. *n.* 4. Hic enim ob resistentem admodum vehementem praesumptionem quasi possessio nihil prodest, nec illum relevat ab onere probandi, Joseph. Mascard. *de probation. concl.* 1203. *n.* 5. dicturque improba et non manutenibilis possessio. Vergin. de Boccatiis a Cingulo *de interd. uti possid. cap.* 4. *in fin.* Aymon. Cravetta *consil.* 104. *n.* 14. Hercul. Marescott. *var. resolut. lib.* 1. *cap.* 11. *n.* 44. Borgn. Cavalcan. *decis.* 80. *n.* 8. Joseph. a Sesse *de inhibit. justit. arragon. cap.* 1. §. 10. *n.* 19. Horat. Giovagnon. *cons.* 9. *n.* 36. *et seqq. lib.* 9. Posthius *cit. loc. obs.* 44. *n.* 26. Menoch. *de retin. possess. remed. ult. n.* 24. Guttierez. *pract. quaest. lib.* 3. *qu.* 19. *n.* 15. Covarruv. *pract. quaest. c.* 1. *n.* 2. *et* 3. Knicken. *de jure territ. cap.* 5. *n.* 12. *seqq.* Nicol. Boer. *dec.* 8. Rota Abbat. Caputaquens. *decis.* 306. *n.* 4. *lib.* 1. 18 19 20 21

Addendum tamen paucis, quod positio nostra, allegantem non esse manutenendum, si ipsi jus commune resistat, non procedat (1.) si quis praeterea coloratum titulum possessionis alleget. Peregrin. *de fideicommiss. art.* 52. *n.* 139. qui *n.* 134. ait: coloratum titulum dici, quando adest scientia adversarii cum exercitio actuum, nam sic coloratur possessio, adeo, ut spoliatus foret restituendus. Idem obtinet, si adversarius approbasset per aliquem actum positivum exercitium alterius. Julius Caponus *discept. forens.* 47. *n.* 30. *tom.* 1. Aliae hujus tituli significationes exhibentur *cap.* 1. *disput. n.* 64. (2.) Quando non est vehemens, sed simplex juris praesumptio contra possessorem. Dupliciter enim potest esse praesumptio obstans, una vehemens, altera simplex: haec dicitur, quando jus solum aliqualiter resistit, quando autem simpliciter obstat jus et aliquid aliud, tunc dicitur vehementem juris praesumptionem esse contrariam, et non datur possessori manutentio. Exemplum est in regalibus, praecipue majoribus, in minoribus autem in tantum jus resistit, ut sine speciali superioris concessione in privatos non soleant transferri. Quoad illam distinctionem autem, inter simplicem nempe et vehementem juris resistentiam. Vid. Julius Caponus *discept. forens.* 47. *n.* 31. *tom.* 1. Mascard. *de probat. conclus.* 1203. *n.* 2. Horat Giovagnon. *cons.* 8. *n.* 69. Cassadorus *decis.* 4. *de restit. spoliat. n.* 6. Hercules Marescott. *var. resol. lib.* 2. *cap.* 1. *n.* 40. Joseph. a Sesse *de inhibit. cap.* 50. §. 10. *n.* 44. Capiblanca *in pragmatic.* 1. *de baronibus. n.* 232. Roderic. *de annuis reddit. qu.* 172. *n.* 29. *lib.* 1. Se- 22 23 24 25 26 27

raphin. Olivar. Razzal. *decis.* 1047. *n.* 10. Cyriacus *controv. forens. lib.* 1. *contr.* 10. *n.* 3. Fontanella *de pact. nupt. claus.* 7. *glos.* 3. *par.* 10. *n.* 43. *tom. ult.* Melch. Lotter. *de re benef. tom.* 1. *lib.* 2. *quaest.* 45. *n.* 24. *seq.*

28 Si vero jus resistat possessori cum praesumptione non vehementi sed simplici, in tantum datur manutentio possessori, ut non statim probatione tituli sit gravandus. Ex. gr. si quis quasi possidet servitutem in fundo alieno, tunc aliqualiter tantum adest contraria juris communis praesumptio, vi cujus res aliena censetur libera, Posthius *de manuten. obs.* 44.

29 *n.* 6. Et sic interpretanda est opinio, quae primo intuitu absurda videtur, possessionem nempe contra jus itidem fore manutenibilem. Idem Post. *d. l. n.* 23. Joseph. a Sesse *de inhibit. just. arragon. cap.* 50. §.

30 10. *n.* 44. Et hoc etiam sensu erit intelligendus Gealesta *controvers. tom.* 1. *cap.* 51. qui nobis videtur contrarius, ejus autem hypotheses explicantur a Julio Capono *discept. forens.* 47. *n.* 31. *tom.* 1.

31 Verum enim vero, praesuppositis hisce omnibus, quae hactenus dicta sunt, non levis momenti oritur dubium: an ita penitus omni possessionis commodo excidat possessor regalium, aliorumque bonorum ad principem regulariter spectantium, et an mox ad petitorium ablegandus, interdicto interim exercitio? Refert de hac quaestione dn. Praeses *de us. modern. ff. tit. de jurisd.* §. 28. Ampliss. facultat. juridicae responsum, ex quo aliqua majoris illustrationis gratia

32 addere non dubitamus. Quaestio autem fuit: *Ob einem von Adel zu gestatten, dass Er in puncto praetensae quasi possessionis regalium contra principem et dominum feudi in summariissimo possessorio agiren möge, oder ob er das ordinarium possessorium anstellen, und alle requisita ex. gr. bonam fidem, notitiam principis, quietam et non interruptam possessionem etc. und cum modo et speciebus beweisen, oder gar petitorium anstrengen, und den titulum behaupten müsse?*

33 Ad hanc quaestionem responsum fuit, possessorium summariissimum principaliter eum in finem introductum esse, ne partes ad arma deveniant. Andr. Gail. *lib.* 1. *observ.* 5. *n.* 2. Caspar. Klock. *vol.* 1. *consil.* 40. *n.* 3. Asseritur tamen simul, usu fori hoc remedium ad cujuscumque possessionis defensionem extendi

34 sum es e. Vid. Carpzov. *tit.* 23. *art.* 1. *n.* 6. Omnem enim possessorem in sua possessione manutenendum esse, ut hinc etiam dicto nobili commoda possessionis quaedam competerent, nisi litigaretur super re ex concessione principis dependente, concessio autem seu privilegium facti est, ergo probandum; adeo, ut quamvis princeps nobilem ratione alicujus regalis spoliaverit, is sine probatione tituli non restituatur. Anton. Faber. *in cod. Sabaud. lib.* 8. *tit.* 3. *def.* 3. *n.* 5. Mevius *part.* 7. *dec.* 44. *n.* 5. Idem quoque in laico decimarum spiritualium possessore obtinere *cap.* 5. *disp. nostrae* pluribus estendemus.

35 Ex hisce dictis sequitur, plane non dari porum possessorium, si ratione regalium agatur, sed possessorium mixtum requiri, quod judicii petitorii exitum sortitur, dum simul proprietatis habetur ratio, ob necessariam tituli deductionem *arg. cap. licet causam.* 9. *x. de probat.* ibique canonistae Petr. Paul. Parisius *lib.* 2. *cons.* 98. *n.* 16. Knichen. *de jure territor. cap.* 5. *n.* 12. Meichsner. *lib.* 1. *decis. cam.* 7. *n.* 8. Caspar. Klock. *Relat. camer.* 127. *n.* 14.

Proinde facultas Viadrina non necessum fore judi- 36
cavit, ut vassallus petitorium cum possessorio cumulet, verum ut titulatam allegat possessionem, plenariam autem probationem ad judicium petitorium remittunt. Conf. dn. Joh. Wolfgang. Textor. *dissert. de possess. jurisdict. n.* 16. Qui hanc controversiam ex professo et prolixe tractat, quare lectorem eo remitto.

Unde amplissima facultas juridica concludit: *So* 37
halten wir davor, dass die von Adel nicht befuget ratione jurisdictionis (idem quoque obtinet in aliis Regalibus) *in possessorio summariissimo wider den Lands-Herren zu klagen, sondern sie müssen nebst der possession den titulum allegiren oder bescheinigen, welchen sie entweder ex concessione principis oder praescriptione immemoriali* (de qua vid. *cap. ult. disp. nostrae* ubi haec intra certos coarctatur limites.) *anzuführen schuldig, die gaentzliche deducirung aber sothanes tituli wird nechmals ad judicium petitorium reserviret.*

Plura quoad hoc responsum, ex quo sparsim sal tem aliqua adducta sunt, vid. *in usu modern.* Dn. Praesidis *cit. loc.* Conf. Hercul. Marescott. *variar. resolut. l.* 1. Cabedo *decis.* 15. *n.* 2. *seq. et decis.* 14. *n.* 9. *part.* 2. ubi plures refert. Azeved. *in lib.* 5. *tit.* 10. *l.* 1. *recopil. n.* 16. Matienz. *in d. l.* 2. *gl.* 2. *n.* 3. Garsia *de nobilitat. gloss.* 2. §. 1. *per tot.* Joseph. de Sesse *decis.* 173. *lib.* 2. A. Hermosilla *in addit. ad Gloss. ll. partit* Lopetii *tom.* 1. *pag.* 368. Gallup. *in method. univers. jur. feud. part. cap* 5. *n.* 65. Vincent. Brilla *in Nomoth. Parthenop. tit.* 25. *cap.* 2. *n.* 154. *p.* 226. Et dici solet, principem in his, 38
quae sibi tanquam regi competunt, sine possessione non litigare. Covarruv. *pract. resol. cap.* 17. *n.* 6. Horat. Montan. *de regal.* §. *flumina. n.* 9. Bellega *in speculo rubr.* 14. §. *nunc videamus. n.* 42. ubi inquit: in regalibus periculosum esse, praetendere possidere. Cancer. *var. resol. lib.* 3.

Eaque apud Hispanos celebre illud Alphonsi III. 39
regis privilegium de naufragiis, in quo inter alia haec habentur verba: *sine enim titulo in regalibus contra principem nulla possessio acquiri potest etc.* Praetensa enim possessio, quod hactenus jam tum saepius dictum, ut adjuvetur tituli praesumptione, monet Joh. Garsia *de nobilit. gloss.* 8. *n.* 6. Solorzano *de jure Indiar. tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 28. *n.* 38. Christoph. Crespius de Valdaura *in obs. illustr. decis. tom.* 2. *obs.* 93. Et non posse manutentionem concedi contra eum, 41
qui habet intentionem fundatam de jure communi, agnoscunt interpretes ex Luca de Penna *in l.* 2. *c. de fund limitroph.* quos refert Solorzano *de jure Indiar. tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 28. *n.* 23. Joseph. a Sesse *decis.* 74. *n.* 5. Cancer. *var. resol. lib.* 3. *cap.* 14. *n.* 42. ubi trimembrem distinctionem facit et resolvit. Cresp. de Valdaura *cit. loc.* Haecce dicta, ut et allegatum responsum juridicae facultatis, quibusdam aliquatenus dura videri possent, attamen ob rationes jam tum adductas, possessorium ordinarium et summariissimum, seu ut vocant momentaneum; quae jura aliis distincta voluerunt, non confunduntur. Equidem in summariis- 43
simo regulariter non agitur de justitia tituli, nec ratione jurisdictionis. Horat. Giovagnon. *cum notis* Octav.

43 Amorini *resp.* 11. *n.* 15. *lib.* 1. Imo in summariissimo non admittitur disceptatio de possessionis justitia vel injustitia, sed jura partibus reservantur, donec ad
44 ordinarium possessorium deveniant. Dicitur enim summariissimum et momentaneum, quasi in eo summaria brevis et momentanea tantum sit cognitio, vel quia sententia lata non perpetuum sed momentaneum et reparabile praejudicium adfert, quod in ordinario possessorio restaurari queat. Andr. Gail. *l.* 1. *obs.* 7. *n.*
45 5. Idem Giovagnon. *resp.* 108. *n.* 111. *lib.* 1. Et sufficit in hoc sola corporalis detentio, et meri facti insistentia, ita ut quilibet possessor seu detentor in injusta, vitiosa, spoliativa, violenta et clandestina possessione sit tuendus, usque dum in ordinario petitorio vel possessorio de jure possessionis plenarie fuerit cognitum. Ludov. Posthius *tract. de manutenendo observ.* 42. Vincent. Brilla *in Nomoth Parthenop. tit.* 16. *cap.* 1. *n.* 3. Hermosilla *in resolut ad Gloss. II. partit.* Lopetii *tom.* 1. *gloss.* 4. *tit.* 3. *n.* 11. Turamin. *in l. non puto.* 10. *ff. de jure fisci. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 18. Petr. Francisc. Passerin. *problem. leg.* 7. *n.* 395. Michael. Angelus Gizzius in Hector. Capyc. Latro. *dec.* 77. *n.* 9. Fulgosius *cons.* 148
46 *col.* 2. Etiamsi cum fisco agatur, qui uti in aliis, ita etiam in hoc casu, regulariter utitur jure privatorum. Peregrin. *de jure fisci lib.* 7. *tit.* 3. *n.* 13. Joh. Paul. Melius *observ. forens.* 45. *n.* 24. Hieron. de Oroz. *de apicib. jur. civil. lib.* 4. *cap.* 9. *n.* 10. Christoph. Crespius de Valdaura *observ. illustr. decis. obs.* 93. *tom.* 2. *n.* 3. Oliva *de jure fisci. cap.* 15. *n.* 2. qui tamen plurimas limitationes huc pertinentes allegat, quas
47 ordine exhibebimus *sequ. n.* 90. *hoc cap.* Proprium enim est possessorii summariissimi, ut celeriter sola facti veritate inspecta, expediatur. *clem. saepe de v. s. l.* 14. *c. de agric. et censit.* Octav. Cacheran. Osasch. *decis.* 116. *n.* 7. Cassador. *dec.* 8. *n.* 8. *de restit. spoliat.* Capycius *dec.* 77. Joh Bapt. Ferrettus *cons.* 1 *n.* 5. Verallus *dec.* 306. *p.* 1. Menoch. *de retin. possess. remed.* 3. *n.* 135. Rebuffus *de decimis. qu.* 9. *n.* 80. Julius Caponus *discept. forens.* 47. *n.* 15. *tom.* 1.

48 Adducta autem hucusque cum grano salis sunt accipienda. Fallunt enim (1) in proxime sequentibus casibus in tantum, ut ad elidendas circumstantias gravantes tituli allegatio sit necessaria, imo interdum insufficiens. Inter illos casus autem est (1.) si absque disceptatione notorie et evidenter de injustitia possessionis appareat, seu si adversarius statim et in continenti docere possit, possessorem esse furem, vel praedonem seu intrusum *l.* 1. *pr. ff. uti possidet. l.* 7. *c. de acquir. possess.* Menoch. *de retin. possess. re-*
49 *med.* 3. *n.* 790. Quamvis enim regulariter in judicio momentaneo nulla exceptio merita respiciens admittatur, verum haec, uti jam dictum, vel ad possessorium merum, vel plane ad ipsum remittantur petitorium, hoc ipsum tamen non procedit, si adversarius in promptu et liquido probare possit, ex parte possessoris vi-
50 tium et improbitatem, seu non jus. Sacratissimae enim leges vinculum iniquitatis ut sint, contra summi et omnium legislatorum fit intentionem; si quis vero in possessione injusta defenderetur, occasio delinquendi simul daretur, via calumniis patefieret, temerarii foverentur litigatores, contra justissimam illam *l. eum quem temere.* 78. *ff. de judiciis;* et sic notoria committeretur injustitia. Haecque in tantum procedunt, ut nec 51
principis mandatis manuteneri obstet rescriptum, cum recipiat interpretationem a jure, nec sit verosimile, quod ille, qui summi legislatoris cuncta sospitantis effigiem gerit, injustitiam manuteneri velit, ne inde injuriarum nascatur occasio, unde jura nascuntur, Contra *l.* 6. *c. und. vi.* co st. Francisc. Penna *decis.* 381. *n.* 2. Zuchard. *in l. fin. c. de edicto d. Hadrian. toll.* Ludov. Posthius *de manutenendo obs.* 42. *n.* 137.

Fallit quoque (II.) si adversarius aeque possessionem 52
sibi arroget, tunc enim agenti, si obtinere velit manutentionem, necessum est de titulo possessionis suae judici fidem facere, titulata enim possessio semper praefertur. Robert. Maranta *de ord. jud. dist.* 7. *n.* 19. Unde si utraque pars eum possessione simul et titulum alleget, manutenendus est, qui melius illum probat. Tusch. *pract. concl. tom.* 4 *concl.* 486. *n.* 23. *et tom.* 6. *concl.* 430. *n.* 17. *lit. p.* Jacob Cavalerius *decis. rotae rom.* 379. *n.* 5. Rota Caputaquens. *abbat. dec.* 336. *p.* 2 Et alii praeced. *cap.* 2. *n.* 150. allegati.

Verum ut ad judicium illud summariissimum, in 53
quo de regalium possessore agitur, redeam, naturam summariissimi et in hoc casu aliquatenus mutari noto. Quando enim possessori jus seu admodum vehemens juris praesumptio resistit, tunc possessor nunquam liberatur ab onere probandi. Mascard. *de probat. concl.* 1373. *n.* 36. Hocque generaliter obtinet, si cum prin 54
cipe res sit, et possessores contra illum manuteneri velint, non enim audiuntur, nisi etiam cum possessione titulum saltim praesumptum aut coloratum summarie probent. Horat. Giovagnon. *cum notis* Octavii Amorini *resp.* 11. *n.* 15. *seq.* Peregrin. *consil.* 3. Fulvius Pacian. *de probat. l.* 1. *cap.* 7. *n.* 84. *et cap.* 61. *n.* 27. Menoch. *de retin. possess. remed.* 3. *n.* 230. Cardin. Tusch. *concl. pract.* 285. *lit. i.* Joh. Chrisost. de Vargas Machuca *decis.* 33. *n.* 10.

Cum autem fundamentum earum, quae in hoc ca- 55
pite hactenus asserta sunt, illud solummodo, sit; principis intentionem esse fundatam contra possessores illarum rerum, quae ad ipsum spectare solent. Crespius de Valdaura *obs. illustr. decis. tom.* 2. *obs.* 95. Hoc 56
vero aliqui ratione juris venandi in specie acriter impugnare conantur, sique eorum opinio vera foret, omnia illa, quae in toto hoc capite asseruimus, sua sponte corruerent, ideoque placet, haecce paulo accuratius tractare. Praecipue autem reperiuntur tales, qui pu- 57
tant: jus venandi solius principis non esse, potissimum ex hac ratione, quod jure divino et naturae potestas in bruta omnibus omnino hominibus sit concessa Genes. 1. *v.* 26. *et* 28. Item *cap.* 8. *vers.* 17. Levit. 17. *v.* 13. §. 12. *inst. de rer. divis. l.* 1. *et* 3. *ff. de a. r. d.* Adeo, ut alicui non solum venari liceat in fundo suo, sed etiam in alieno. *d. l.* 3. §. 1. *l.* 16. *ff. de servit. rust. praed.* Cur vero ferae et volucres etiam 58
in alieno fundo captae fiant capientis, subjiciunt rationem, quia aer communis esse perhibetur, in aere autem aves volent, et bestiae vagentur, adeoque incerto loco consistant, quod magis aere quam terra contineri videantur, neque illas esse partem fundi aut terrae, sed in quocunque loco comprehendantur, quamdiu in libertate naturali reperiuntur, esse communes ac nullius, ac proinde occupanti cedere. *l.* 15. *et seq. ff. de action. empt. l.* 3. §. 14. *l.* 26. *de acquir. vel amitt. possess.*

59 Nihilominus tamen plerisque subditis hodie venationem interdictam esse, notorium est, uti hac de re
60 extat constitutio Friderici 2. *feud.* §. 27. *circa fin.* Imo hodie nulli competit, nisi illi, cui ex speciali gratia, vel per modum feudi concessa, Joseph. a Sesse *decis.* 74. *n.* 5. Crespius de Valdaura *illustr. decis. tom.* 2. *obs.* 93. Solorzano. *de jure Indiar. tom.* 2. *lib.* 2. *n.* 38.

61 Nullo autem hoc jure uiti, antagonistae putant, praecipue (I) propter allegatos sacrae scripturae textus, quos tamen si penitus intuemur, non praeceptive, sed enunciative saltem et permissive, loqui, reperimus. Etenim Deus homini generaliter et collective res terrenas tamquam oeconomo et dispensatori concessit. Grot. *de j. b. et p. l.* 2. *c.* 2. *th.* 2. *n.* 1.

62 (II). Propter dictamen juris naturalis. At vero facilis in contrarium est responsio, quod scil. captura fera-
63 rum promiscua non simpliciter sit juris naturae. Quippe actus ei adversus talis non est, qui involvat turpitudinem moralem, et disconvenientiam cum natura sociali, vel naturae societatis ratione utentium repugnet.
64 Celeber. Grot. *l.* 1. *c.* 1. *th.* 3. *n.* 1. *et th.* 10. *n.* 1. Bene igitur hanc in rem laudatus Grotius *l.* 2. *c.* 8. ulterius ait: valde falluntur Jcti, qui haec ita putant naturalia, ut mutari nequeant; sunt enim naturalia non simpliciter, sed pro certo rerum statu, id est, si aliter cautum non sit. Germaniae autem populi, cum principibus ac regibus bona quaedam essent assignanda, unde dignitatem suam sustinerent, sapienter existimarunt, ab illis rebus esse incipiendum, quae sine damno cujusquam tribui possint, cujusmodi sunt res omnes, quae in dominium nullius pervenerunt. Quo jure usos et aegyptios video. Nam et ibi regum procurator vindicabat res ejus generis. Hactenus Grotius.

65 Hinc vel manibus palpari potest, quod potestas capiendi feras meae dispositioni humanae subjaceat. Et si vel maxime esset juris naturalis, non tamen praeceptivi foret, sed permissivi h. e. facultatis naturalis, quae omnino centuplicem mutationem recipere potest; cum jus naturae tali respectu arbitrio humano permiserit an et quomodo facultate illa concessa uti velit,
66 vel nolit. Censendum proinde est, quod dum singuli homines initio rerum in unum aliquem perfectum coetum, utpote imaginem ejus, omnia jura sua transtulerunt, simul quoque jus venandi cum caeteris re-
67 galibus transtulerint. Jam vero princeps, dum ex adunatio illo jure omnium, particulatim in singulos distincta dominia et separatas possessiones iterum distribuit, jus venandi ad universitatem retulit, ac sibi tamquam repraesentanti universitatem repraesentavit, ut adeo nullius amplius privati dici queat. Conf. excellentiss. dn. Becman. *in parall. polit. cap.* 18. *th.* 4. *p.* 665. *fin. et* 666. *init.*

68 Nec fundamento haec res destituitur, cum enim ad vitandum majus malum, nempe confusionem rerum, multitudinem cruentarum litium, et consequens ejus, internecionem hominum, communio rerum abolita et ordinata proprietas introducta sit, ex eadem quoque ratione, videlicet ad promovenda commoda humana et supprimendum fomitem litium, quae imminere videbantur, omnia ἀδέσποτα hoc est, quae ambiguitate dominii laborant, inter quae et jus venandi est, (cum ferae incertis sedibus vagentur) et ad universitatem relata, ac privatorum cupidini atque altercationi praecisa sunt, ut itaque mens eorum, qui primitus singularia dominia introduxerunt, semper credenda sit talis fuisse, ut quam minimum ab aequitate naturali recesserit. Accedit, quod princeps tamquam promotor publicae salutis de damno vitando, subditi autem de futili lucro captando tantum sint solliciti, quod posterius odiosum, et in spe nimis caduca incertaque consistit, ut nec in bonis esse dici queat *arg. l. pretia rerum.* 63. *ff. ad l. Fulcid.*

Indubium itaque est, si venationes una cum aliis 70
ἀδέσποτοις communes mansissent, quod maxima inde suboritura fuissent mala, quippe venatio (si a quovis exerceatur) et depraedatio duo sunt confinia, studia, et rudimenta bellorum tempore pacis, uti non male scripsit nonnemo historicorum nostri seculi. Vid. excell. dn. Becman. *in praefat. ad dissert. academ.* ex Andr. Gail. *lib.* 2. *obs.* 67. ubi venationem comitem rei militaris et meditationem rerum bellicarum ingeniose appellat. Publice itaque interest ad pacem atque tran- 71
quillitatem colendam, ut jus venandi sit penes principem, praesertim cum absque armorum et tormentorum usu expediri non possit, illud autem peregrinantibus periculosissimum existere queat, prout jam tum conqueritur constit. Elect. Saxon. (quam allegat Carpzov. *in praxi criminal. part.* 2. *qu.* 88. *n.* 43.) his verbis: *Dass auch zu mehrmalen arme unschuldige Wandersleute, welche ihren Weg durch die Wuelder, Heiden und Holtzer nehmen müssen, und auf solchs Wildpraets-Beschaediger stossen, oder ihnen sonst zuhanden kommen, von denen beraubet, und jaemmerlich ermordet worden etc.* Estque huc pertinens edictum poten- 72
tissimi electoris Brandenburg. de anno 1653. ibi: *Nun hönnen wir diesen Frevel und Muthwillen nicht laenger nachsehen noch gestatten, dass uns in unsern Jagten und Regalien von so liederlichen Leuten dergleichen Eingriffe und Thaetlichkeiten zugefüget werden. Dannenhero die hohe Nothdufft erfordert, jemehr und mehr solche Verbrecher sich haeuffen und überhand nehmen, je schaerffere Verordnung wider sie zu machen, wozu dann insonderheit auch dieses beweget, dass dergleichen Delinquenten gemeiniglich auch anderer Excesse und Bubenstücke beschuldiget werden; Inmassen dann zu vermuthen, dass welche sich an ihren Landes-Herren und dessen Hohheiten zu vergreiffen keinen Scheu tragen, dieselbe auch andere privat personen zu beleidigen, und wann sie Gelegenheit dazu haben, allerhand Ubelthaten zu verüben ihnen kein Gewissen machen werden etc.* conf. *edict. seq. de ao.* 1669. *et de ao.* 1672. *d.* 15. *nov. cuio iae ad Spream.*

Et non solum peregrinantibus, verum etiam ipsis 73
enjusvis reip. incolis communio juris venandi, quae discordiae mater *l. ff. de s. p. u.* nociva foret, uti jam antea monuimus, cum tamen omnibus et singulis concordiam commendet tum sana ratio, tum *novell.* 85. *pr.* Ut hinc libertatem venandi defendentes, propriae 74
securitatis munimenta convellunt.

Praeterea indifferens venationis permissio est quod- 75
dam avocamentum ab operibus et laboribus quotidianis, meritoque patrocinium et asylum desidiae audit, 76
unde non potest non ordinatissima respublica ad paneletriam seu totalem ruinam redigi, dum homines 77
sub tali specie ad pessima quaeque scelera invitantur. Conf. Wesenbec. *ad tit. ff. de a. r. d.* Insuper hoc ab- 78
surdum ex adversariorum promiscua Hypothesi (dum illud Geneseos dictum: *subjicite vobis bestias terrae*

allegant) fluit, quod non tantum ferae, sed mansuetae quoque animalia omnia, tamquam communia a quovis occupari possent, unde vinculum societatis facile rumperetur.

79 Ad haec etiamsi princeps nullo alio jure aut titulo venationem cum caeteris regalibus possideret, illum tamen vi immemorialis praescriptionis illud usurpare
80 posse, est in confesso. Quod ipsum et confirmat Noe Meurer *tract. von Förstlicher Obrigkeit und Gerechtigkeit.* Rubr. *von welchen Recht an das Weidewerck etc. in fin.* ibi: *Ist es durch einen langen Gebrauch und Gewonheit, die nicht weniger, den ein ander geschrieben Recht und Gesetz zuhalten, auch der Teutschen und der Unterthanen lang Stillschweigen gutwillig zulassen, und Bewilligung dahin kommen, dass etliche so an sondern Orten alleine das Weiderwerck von Alters hergebracht, dass andern gewehret* etc. Add. *const.*
81 *elect. duc. Saxon. de anno* 1584. quam allegat Seidenstikker *in disput. von denen Wild-Dieben.* §. 10. Estque contra temeratores venationum promulgata, verb. *Und aber in Krafft, des über viel undencklichen Zeiten im gantzen Römischen Reich Teutscher nation, und andern Königreichen und Landern verjahrten und hergebrachten Gebrauchs. etc.*

82 Quantum etiam olim Medi, Persae, ac Parthi venandi studio tribuerint, ex Xenophonte *de Paedia Cyri* Cornel. Nepote *Alcibiade cap. XI.* Justino. *l.* 41.
83 *cap.* 4. constat. Apud Leonicum Chalcocondilam *lib.* 3. memoratur, Bajazetem habuisse 7000. virorum qui accipitres curarent, et aluisse 6000 canum. Cui captivo cum missis canibus et accipitribus hoc exprobraret victor Temires, ille ferociter respondit: *mihi qui sum natus et educatus ab Amurate Orchanis filio, qui ambo reges extitere, congruit canum et accipitrum studium. Non item tibi Scythae, latroni, et latrociniis assueto.* vid. Dn. Pufendorff. *de jure nat. et gent. lib. IV. cap.* 6. §. 6.

84 Idcirco qui in Germania hodie praetendunt jus venandi, specifice illud per titulatam possessionem probare debent, cum princeps, ut saepius monuimus, contra subditos fundatam habeat intentionem, ut proinde ad titulum edendum cuncti compelli possint, indeque si eumdem edere nolint, regalium quasi possessione privari soleat. Uti jam de suis moribus testatur Lucas de Penna *in l.* 2. *c. de fund. limitroph.* Rolend. a Valle
85 *cons.* 89. *n.* 24. *lib.* 2. Et licet consuetudine principes ac status imperii bene meritis concedant ad certum tempus aliquando venationem, vulgo *Ein Gnaden-Jagen auf gewisse Zeit*, vel concedant etiam in feudum, tamen eo jus venandi feras majores concessisse non intelliguntur, sed nihilominus expresse hi concessionarii sibi concessum probare debent. Cum non praesumendum sit, principem venationes majores simul concessisse, arg. *cap. fin. X. de offic. vicar.* Perillustr. dn. de Rhetz. *in instit. jur. publ. lib.* 2. *tit.* 18. §. 6. *et* 7. Andr. Gail. *lib.* 2. *obs.* 66. *n.* 7. Conrad ab Einsiedel *tr. de regalib.*
86 *cap.* 3. *n.* 372. *seq.* Tantum de regalibus minoribus, majora hic quoque forent exponenda, nisi cap. sexto prolixius de iis ageretur, ubi exhibebimus, an concurrente praescriptione, quae immemorialis vocatur, illa acquiri possint.

87 Sequuntur bona fiscalia, de quibus in antecessum notamus, quod quidem inter ipsa et regalia minora exigua vel nulla plane sit differentia, ob identitatem rationis, quae coasistit in ambiguitate dominii, nihilominus ipsa separatim certis de causis proponemus. Est vero in hisce 88
pariter titulus necessario edendus. Quamvis enim illa regula; possessorem non teneri possessionis suae titulum edere, etiam regulariter locum habeat, si lis sit cum fisco *l.* 7. *c. de jure fisci.* Guido Papa *qu.* 366. Peregrin. *de jure fisci lib.* 7. *cap.* 3. *n.* 10. Marius Giurba 89
cons. 67. *n.* 19. Datur enim aeque ac contra privatum ita et contra fiscum non attento titulo manutentio. Posthius *de manutenendo observ.* 14. *n.* 6. Idemque ordo tam in fiscalibus, quam in aliis servandus est. *l.* 1. *c. de conduct. praed. fiscal.* Oliva *de jure fisci cap.* 15. *n.* 2. Christoph. Crespius de Valdaura *observ. illustr. decis.* 93. *tom.* 2. *n.* 3. Vergin. de Boccatiis a Cingulo *de interdict. uti possid. cap.* 5. *n.* 2. *et cap.* 10. *n.* 7. Joh. Paul. Melius *obs. forens.* 45. *n.* 24. Flores Diez de Mena *var. quaest. l.* 1. *qu.* 10. *n.* 66. Robert. Laucellott. *de attentat. cap.* 31. *n.* 101. Barnab. Cornazzan. *decis. rotae lucens.* 49. *n.* 9. Mazzol. *cons.* 91. *n.* 53. Horat. Giovagnon. *cum notis* Octav. Amorini *cons.* 8. *n.* 112. Ludov. Posthius *de manuten. obs.* 42. *n.* 14. Rota *recent. dec. part.* 2. *Gregor. XV. decis.* 105. *n.* 20. Tyramin. *ad l.* 10. *ff. de jure fisci part.* 2. *cap.* 1. *n.* 18. Petr. Francisc. Passerin. *problem. leg.* 7. *n.* 395. Michael Angelus Giazius in Hector. Capyc. Latr. *dec. obs.* 77. *n.* 9. A. Hermosilla *in addit. ad Gloss. ll. partit.* Lopetii *tom.* 1. *Gloss.* 4. *tit.* 3. *n.* 11. Jure enim privati utitur fiscus, ubi- 90
cumque specialiter privilegiatus non reperitur *l.* 37. *ff. de jur. fisci.* Regula tamen haec, quod nempe fiscus utatur jure privatorum, limitatur, quando possessor litigat 91
contra eum de tali re, ratione cujus fisci intentio fundata est de jure communi, tunc enim possessio non titulata non relevat jus fisci *cap. cum personae* 7. *de privil. in* 6*to*, et ob eam rationem dici solet, fiscum ratione illorum bonorum, quae ipsi assignant jura, sine possessione non litigare. Horat. Montan. *de regul.* §. *Flumina navigab. n.* 6. *pag.* 61. Belluga *in specul. rubr.* 14. §. *unde videamus n.* 42.

Inter alia autem jura concedunt fisco *bona vacantia*, 92
Erblose Güter; sicuti enim nolunt dominia rerum esse in incerto *per instit. et l.* 1. *ff. de usucap.* ita nec quemquam sine haerede decedere patiuntur, quippe publice interest, ut certi quid in rebus humanis statuatur, ad evitandam confusionem, et eximde promanantia mala gravissima. Cum igitur bona vacantia ex 93
sui natura ad neminem privatum spectent, ob ambiguitatem dominii ad principem tamquam ad universitatis imaginem jure merito referuntur. Accedit, quod 94
distributa dominia pendeant a dominio generali, si quid igitur dominio particulari carere incipit, non fit occupantis, sed ad universitatem et consequenter ad principem, tamquam eandem repraesentantem, redit. Grotius *de j. b. et p. lib.* 2. *cap.* 4. *th.* 19. *n.* 3. Mi- 95
litat porro pro fisco principis auctoritas juris communis. Vid. *tot. tit. cod. de bonis vacantibus.* Bovadilla *lib.* 2. *polit. cap.* 16. *n.* 132. Lara *de annivers. lib.* 1. *cap.* 22. *n.* 14. Crespius de Valdaura *obs.* 93. *n.* 13. qui multa *de bonis mostrencis.* h. e. vacantibus exhibet. Avendano *de exequ. mandat. cap.* 7. *n* 6.

Bona vacantia autem illa proprie sunt, quando de- 96
functus certo et legitimo possessore destitutus est. Hocque casu in territoriis statuum imperii vacantia 97
relicta ad fiscum statuum imperii pertinent. Perillu- 98

siris dn. de Rhetz. *in instit. jur. publ. lib.* 2. *tit.* 21. §. 2. Et licet *in l.* 1. *c. de bon. vac.* cautum sit, civitates non esse debere capaces bonorum vacantium; hodie tamen civitates imperiales, qua status imperii sunt, ejus juris capaces reputantur, et sic earum fiscus, idem ut fiscus principum, possessorem bonorum vacantium, ad edendum titulum compellere potest.

99 Porro eodem modo ad fiscum spectant ea bona, *quae indignis auferuntur.* arg. *l.* 1. *ff. de jure fisci* Tit. florum. *De his, quae ut indignis auferuntur.* Boeer. *de reg. c.* 3. *n.* 40. Regner. Sixtin. *de regal. cap.* 13. *n.* 34. Matth. de Afflict. *ad cap. un. quae sint regal.* §. *Et quae n.* 2. Haecce talia autem procedunt in

100 civili fisci successione, de qua specialiter agit dn. Praeses *tract. suo de success. ab intest. dissert.* 5.

101 Quid vero in successione fisci feudali obtineat, et an quoque ratione hujus fiscus in tantum intentionem suam habeat fundatam, ut si vassallus moriatur nulloque relicto haerede, fiscus bona illa sibi arrogare, alios autem possessores ad edendum titulum compellere queat, in quaestionem venit? Resp. Si dominus feudi simul jus fisci habeat, nullum est dubium. Si tamen fiscus a domino feudi diversus est, tunc hoc regulariter omnino negandum ob rationes plurimas a dn. Praeside *tract. de success. ab intest. disp.* 5. *cap.* 2. ad-

102 ductas. Fiscus enim tantum succedit in bonis proprie vacantibus i. e. omni domino destitutis, et ad haere-

103 dem nullum devolutis. Feuda autem, etiamsi vassallus neminem reliquerit haeredem, non tamen domino destituta dici possunt, ob dominium plenum quod domino directo competit, ut ideo ad hunc integrum feudum post mortem vassalli redeat. *c. un.* §. *etsi* 1. *feud.*

104 13. Simile de usufructu habet §. *fin. inst. de usufr.* Limitationes tamen aliquas jam tum subjecit dn. Praeses *cit. loc.* quas ibi prolixe et cum summo studio deductas reperire poterit lector. Conf. Henric. a Rosenthal. *de feud. cap.* 11. *concl.* 9. *n.* 21. Ludwell. *in synopsi feud. cap.* 10. *pr.* Richter *de success. ab intest. sect.* 5. *n.* 37. Sonsbeck. *de feud. p.* 9. *n.* 116. Leopoldus Hackelm. *quaest. illustr. d.* 18. *th.* 20. *lit. E.*

105 Jus albinatus seu albinagii (le droit d'aubaine) huc quoque pertinet, quod est jus vindicandi haereditatem alibi natorum seu peregrinorum, et in Russia, Tartaria, universo imperio turcico, Anglia, Italia, maximeque omnium in Gallia strictissime observatur, et quidem tali modo, ut sive testato sive intestato ibi

106 decesserint, eorum bona sibi rex vindicet. Ratio ejus in eo sita, quia praesumuntur morientes e republ. commoda traxisse: satius igitur, ut ista intra eam maneant, quam ut in aliam rempublicam transferantur. Dn. Praeses *de success. ab intestato dissert.* 1. *cap.* 4. §. 30. Henric. Zoes. *in comment. ff. de testam. n.* 12. Francisc. Barry *tr. de success. lib.* 1. *tit.* 7. *n.*

107 21. Bodinus *de republ. lib.* 1 *cap.* 6. Quod vero a possessore talium bonorum, quae sub albinagium ceciderunt, vel maxime edendus sit titulus, ex illis quae sparsim in hoc capite monuimus, in tantum patet, ut sit extra omne dubium.

108 Porro hic locum sibi vindicant *bona damnatorum*, quae fiscus praecipue occupat ob crimen laesae majestatis commissum. *l.* 5. *c. ad l. jul. majest.* ne haeredibus vires relinquantur ulciscendi mortem defuncti, qua de re vid. pluribus perillustris dn. de Rhetz. *in instit. jur. publ. lib.* 2. *tit.* 21. §. 4. qui hisce jungit bona damnatorum haereticorum. Quo majoris mo- 109
menti autem bona damnatorum, eo magis in iis est edendus titulus a possidente, si fiscus hoc exigat, cum ipse hic potissimum, si ulla in re alia, fundatam habeat intentionem.

Non sum quidem nescius, plura fisco adjudicanda 110
venire, fusiusque de hisce talibus disputari posse, sed data opera brevitati studemus. Sufficiat proinde generale conclusum: quotiescumque jura fisco aliqua bona 111
attribuunt, toties possessor illorum bonorum titulum seu causam docere tenetur, ob valde resistentem juris communis praesumptionem. Oliva *de jure fisci cap.* 15. *n.* 2. Crespius de Valdaura *obs.* 93. *tom.* 2. *n.* 3. et quam plurimi allegati praeced. *n.* 5. hujus *capitis tertii.*

Demum quod *bona demanialia* (*Cammer- oder Te-* 112
fel Güter) attinet, illa a principibus nullo modo aut titulo alienari posse constat, cum sint patrimonium populi, cujus fructus destinati sunt ad sustentanda reipl. aut regiae dignitatis onera. Hugo Grotius *de j. b. et p. lib.* 2. *cap.* 6. *th.* 11. Hinc alienationem ho- 113
rum laudatus Grotius pro actu ipso naturae jure nullo tamquam de re aliena reputat *lib.* 2. *cap.* 14. *th.* 2 *n.* 1. *et th.* 12. *n.* 16. Ita ut haec alienatio nec acce- 114
dente juramento principis subsistat; per famosissimum *cap. intellecto* 33. *X. de jurejur.*

Ex hisce concludimus, quia alienatio demanialium 115
est ipso naturae jure nulla, eaque nec dari, neque accipi salva republ. possunt, hinc privatus eorum possessor nullo tempore, utpote cujus per se nulla est efficacia, vel contractu se tueri potest, nec ad titulum edendum cum effectu admittendus est, cum illum nec habere ullo modo queat, sed militet contra ipsum praesumptio juris et de jure; quippe quorum quis incapax plane est, in iis multo minus titulum acquiri posse, cuivis est in propatulo. Secus autem erit, si princeps 116
ob propriam utilitatem velit, ut possessor titulum allegeat, si enim forte principi vere non constet, an bona possessa fuerint demanialia, per allegationem tituli a possessore factam de eo constare poterit. Conf. ea quae dicta *cap.* 1. *disput. nostrae n.* 73. *et seq.* Cum ergo 117
possessio vera et justa demanialium bonorum non detur, et quidem ob semper deficientem titulum, absque possessione autem nulla res praescribi possit. *c. sine possessione de reg. jur. in* 6to. Octav. Cacheran. Ossasch. *dec.* 101. *n.* 4. optime itaque concluditur, demanialia nullo modo acquiri posse. Alvar. Valasc. *de jure emphyt. qu.* 9. *n.* 7. Cabedus *de patronatu regiae coronae cap.* 7. *n.* 20. Castillus *de tertiis debitis cap.* 22. *seq.* Avendan. *de exequ. mandat. lib.* 1. *cap.* 4. Et idem de moribus Galliae testatur Rebuffus *ad constit. Galliae tom.* 3. *in tit. de mater. possessor. art.* 2. *gloss.* 2. *n.* 26.

Est igitur talis possessor in summa mala fide et 118
injustissimus detentor ac praedo rei inalienabilis, quaeque extra omne commercium est ipso naturae jure, ut hinc indignus frueretur commodis possessorum aliorum, qui nempe titulum allegare non tenentur. Proinde 119
regulariter obtinet, ut si vel maxime possessor demanialium edere velit titulum, ex. gr. se emisse a principe, non tamen erit manutenendus nec audiendus. Quaecumque enim probata non relevant, ad probandum non admittuntur. Exinde porro sequitur, si princeps antecessor his non obstantibus de facto bona quae-

dam vel largitionibus, vel per contractum possessori concesserit, successorem illa juste ad coronam revocare posse, sine ulla compensatione, tum ex allegata ratione, quia alienatio illa tamquam de re aliena fuit ipso naturae jure nulla; tum, quia scire debuit et potuit emptor conditionem istorum bonorum, adeoque summae malae fidei possessor est. Unde non improbandum factum Caroli II. regis Angliae, qui omnia demanialia post tempus regicidii a Cromwello alienata, sine ulla compensatione et non requisito titulo revocavit. Idem paucis ab hinc annis a rege Suediae factitatum esse, toti orbi constat. Profusis enim christinae et aliorum Regum largitionibus, nimium quantum modus sustentandae dignitatis regiae erat imminutus. 120

Caeterum de bonis demanialibus conf. dn. Brunn. *consil.* 1. *n.* 70. Nobiliss. dn. Martin. Frider. Seidel. *de sacro daman. jure.* Julius Caponus *discept. forens.* 337. *n.* 30. *seq. tom. IV.* ibique plures allegati. 121

CAPUT IV.

De titulo edendo a possessore feudorum et dignitatum.

SUMMARIA

Mutatio non praesumitur. n. 1.
Ergo probanda, quia est facti. n. 2.
Praedium potius praesumitur allodiale, quam feudale num. 3.
Consequens feudi est praestatio servitiorum. n. 4.
Conjecturae feudales debent esse evidentes. n. 5.
Investiturae renovatio non sufficit ad praesumendam rem feudalem. n. 6.
Haeredes allodiales interim in possessione manent. num. 7.
Vasallus tenetur ostendere titulum. n. 8.
Edicta serenissimi hanc in rem. n. 9. *seq.*
Contumax in edendo titulo privatur feudo. n. 11.
Item mentiens. n. 12.
Una vice citatus non ita punitur. n. 13.
Titulum designans quomodo graveturi n. 14.
Quo casu possessor non teneatur edere titulum? n. 15.
Ratio antedictorum. n. 16.
Fundus in medio terrarum feudalium situs, non praesumitur talis. n. 17.
Jure naturae omnis terra libera. n. 18.
Quoad proprietatem non omnis terra est principis. n. 19. *seq.*
Praesumptio libertatis transfert onus probandi in adversarium. n. 21.
Quando fundus praesumatur feudalis? n. 22.
Quando ejus possessor obligetur edere titulum? n. 23.
Quid obtineat ratione spolii? n. 24.
Feudum praesumitur ex pacto et providentia donec per titulum aliud probetur. n. 25. *seq.*
Qualitas a l. requisita semper rei inesse praesumitur. n. 28. *et seq.*
Si pactum feudo adjectum sit dubium, quaenam interpretatio adhibenda? n. 30.
In omni contractu clausulae ita interpretandae, ne naturae ejus derogent. n. 31.
Vocabulum feudi simpliciter prolatum denotat propriam. n. 32.
Exempla. ibid. et n. 33.
Contraria sententia. n. 34.
Removetur. n. 35. *seq.*
Secundum mores hodiernos feudum magis praesumitur mixtum. n. 37.
Primogenitorum in feudo praetendens probationi gravatur, n. 38.
Qui regulariter a feudi successione excludantur titulum ostendere debent. n. 39.
Quinam sint illi? n. 40.
Contraria aliquorum sententia. n. 41.
Respondetur ad objectiones eod. et seq.
Excluduntur porro banniti. n. 44.
Usurarii manifesti. n. 45.
Damnati de crimine publico. n. 46.
Infames. n. 47.
Foeminae. n. 48.
Rationes adduntur. n. 49. *seq.*
Idem de clericis statuitur. n. 51. *seq.*
Denique spurii, incestuosi, naturales. n. 53.
Cuncti hi prae aliis titulum edere tenentur. n. 54.
Hactenus dicta limitantur et traduntur exceptiones a regula. n. 55. *seq.*
Casus l. 2. c. de fund. limitroph. *n.* 59. *seq.*
Inter feudum et emphyteusin magna est affinitas. num. 62.
In emphyteusi quoque edendus titulus. n. 63.
Quid sit emphyteusis? n. 64.
Quando emphyteusis praesumatur? n. 65.
Quando solutio canonis habeat vim tituli? n. 66.
Praesumptio quae oritur ex superflua solutione canonis. n. 67.
Quando potissimum titulus edendus? n. 68.
Quid in dignitatibus obtineat? n. 69. *seq.*
Quomodo nobilitas probanda? n. 72.
Quando probandi sint die Acht Ahnen? n. 73.
Et quidem in collegiis capitularium. n. 74. *seq.*
Idem ratione ludorum equestrium. n. 76.
Imperator haec tollere potest. n. 77. *seq.*
Alius modus probandi nobilitatem. n. 79.
Dicta extenduntur ad graduatos. n. 80.
Licentiatus juris non est qui pro licentia disputavit. n. 81. *seq.*
Tituli ipsi interdum probant. n. 83. *seq.*

Cum probabile sit, rerum statum origini suae conformem semper adesse, mutatio nulla praesumitur. Dn. Brunnem. *in lin. doctr. moral. cap.* 8. *th.* 16. Itaque vix ulla procedit mutatio, non accedente aliquo facto: illa autem quae facti sunt, non praesumuntur, sed exigunt probationem. Nec possessio opponitur praesumptionem pro possessore, quando primaevus naturae status repugnat. Caesar. Argel. de Paltron *tr. de acquir. possess. pag.* 76. *n.* 26. Rect. Capyc. Latro. *dec.* 23. *n.* 13. Eodem modo in dubio potius res praesumenda est allodialis, quam feudalis; arg. *c. si de feudo* §. *inter filium* 2. *feud.* 26. Dn. Praeses *in exam. feud cap.* 2. *quaest.* 7. Cum de jure quolibet praedium a simplo 1 2 3

usque ad coelum praesumatur liberum ac allodium. Kirchov *vol.* 3. *consil.* 24. *n.* 1. Constitutio feudi enim est facti. Et quaelibet res libera praesumitur,
4 donec servata probetur. Quando autem res aliqua feudalis praetenditur, necessarium quoque consequens est, illam quodammodo esse servientem, cum feudorum communis natura sit praestatio servitiorum a vassallo. Conf. *l.* 6. *ibique Glossa in verb. prohibetur. c. de servit. et aqua.* Matth. de Afflict. *Decis. neapol.* 276. *n.* 6. *et* 7. Joseph. Mascard. *de probat. concl.* 79. Conrad. Rittershus. *lib.* 1. *cap.* 2. *quaest. fin.* Anton. *disp.*
5 15. *th.* 7. Hartm. Pist. *lib.* 1. *qu.* 46. *n.* 5. Hinc conjecturae, quibus res feudalis probari debet, ut sint evidentes necessum est; ex. gr. Si bona illa in designatione feudorum provincialium continentur, vel servitia feudalia hucusque semper praestita sint. Conf. dn.
6 Praeses *exam. feud. cap.* 2. *qu.* 8. Ideoque solam investiturae renovationem ad praesumendam rem feudalem non sufficere statuit Carpzov. *p.* 1. *const.* 27. *def.* 7. Haec enim renovatio etiam in bonis emphyteuticis fieri consuevit, teste dn. Praeside in privatis discursib. *ad cit. loc.*

7 Quamobrem donec res per titulum aliquem probata sit feudalis, filiae aliique haeredes allodiales in possessione manent 2. *feud.* 26. §. 1. *decis. saxon. proviss.* 37. Et sic ab universitate ingolstadiensi pronunciatum esse exhibet Laurent. Kirchov. *vol.* 1. *consil.* 39. *n.* 1. conf. Ludwell. *synops. feudal. pag.* 287. ibique allegatus *Borcholt.*

8 Cum itaque res aliqua feudalis esse non possit sine superioris aut domini directi consensu, vassallus domino requirenti ostendere tenetur titulum possessionis, cum quod illam ab ipso habeat, si extra controversiam. Francisc. Merlin. Pignatelli *controv. forens. cap,* 13. *n.* 15. Fulv. Pacian. *de probat. lib.* 1. *cap.* 62. *n.* 27. Anton. Padill. *in l. altius de servit. et aqua n.* 3. Alvar. Valascus *de jure emphyt. qu.* 8. *n.* 20.

9 Quam ob causam edictis ad praesentem materiam pertinentibus sereniss. ac potentiss. Elect. Brandenb. citavit vassallus *anno.* 1683. *d.* 10. *maji damit aber unser Lehens Cantzeley desto gewisser sey, ob allen denen Fallen, davon vorher Verordnung geschehen, recht nachgelebet werde, so wollen wir, dass alle und jede, welche Lehen-Güter inne haben oder besitzen, dennoch aber damit würcklich nicht belehnet seyn, den Titel ihrer Possession oder detention* (nam in his casibus ob praesumptiones resistentes, possessio sine titulo non est possessio, sed potius iniqua detentio appellanda. Vassalli marchici enim, ut et plerique alii in Germania, simul sunt subditi, uti ex eorum juramento fidelitatis patet, hinc si nullum habeant titulum, praesumuntur esse in mala fide) *es sey jure retentionis, immissionis, hypothecae, retroventionis, emptionis, dotalitii, permutationis, cessionis, dationis in solutum, addictionis, oder auf eine andere Weise in-*
10 *nerhalb* 6. *Monat gebührend darzuthun.* Hoc edictum tamen insecuta quaedam dilatio, cui accessit demuo adhuc aliud sequentis tenoris: *Als lassen Seine Churfurstl. Durchl. alle und jede, welche Lehen-Güter ex quocumque titulo in Besitz haben, hiemit nochmals erinnern und vermahnen, dass Sie innerhalb* 6. *Wochen, welche Ihnen aus Uberfluss, und aus blossen Gnaden annoch hierdurch ertheilet werden, ihren titulum, und dass Sie den Lehen Rechten gebührend Genüge gethan, docir en. Potstam den* 19. *jan.* 1685. Conf. edictum *de eod. anno die* 25. *mart.* Et ultimum ob aliquorum contumaciam, qui saepius quam ter citati emanserunt, (is autem contumax est, qui ter citatus emanet *l. contumacia* 53. *ff. de re judic.*) de die 14. julii *Potstami* 1687. ubi: *Und dahero es das Ansehen gewinnen will, als wann mandero Gnade missbrauchen, und nur immerhin Verzögerung suchen wolte, etc.*

Si itaque vassalli in contumacia perstiterint, feudo 11
juste privari poterunt. Roland. a Valle *consil.* 89. *n.* 11. Matth. de Afflictis *in cap.* 1. §. *illud n.* 28. *in tit. de prohib. feud.* Uti ille, qui conventus rei vindi- 12
catione, et convictus fuit de mendacio circa titulum possessionis, perinde punitur, ac si de mendacio circa possessionem rei controversiae fuisset convictus. Bald. *ad l.* 11. *c. de petit. haered. n.* 12. Jason. §. *action. inst. de action.* 98. Hocque argumentum deducit. Ludolph. Schrader. *tract. feud. p.* 9. *cap.* 6. *n.* 21. Bertrand. *consil.* 219. *n.* 2. *lib.* 4. Verum Sichard. *ad l.* 2. *c. de furt.* asserit, vassallum negantem se esse talem, furi similem fore, arg. *l.* 68. §. *fin. ff. ad l. falcid.* Conf. Gothofred. *in not. ad hanc l.* Poena tamen ille, 13
quod vassallus contumax feudo sit privandus, quibusdam nimis dura videtur, praecipue si vassalli non saepius, quam una vice citati, cum non expresse a jure imposita reperiatur. Haec autem arbitrio ac clementiae principis relinquenda, nam si forte ejus contemptus concurrat, adhuc gravius erunt puniendi. Ideoque licet 14
possessor in hoc gravetur, ut titulum edere teneatur, non tamen ex hoc solo fundamento semper sequitur, ut non designans titulum cadat jure suo; sed satis videtur gravatus, si ob contumaciam, omnia ejus bona praesumantur feudalia. Carol. Ruin. *consil.* 108. *n.* 2. Peregrin. *de jure fisci lib.* 7. *tit.* 3. *n.* 19. Jacob a s. Georg. *in investit. col.* 6.

Dicta autem non obtinent, si quis rem ut allodialem 15
hucusque possederit, dominus vero vel superior eam feudalem praetendat, tunc enim possessor non tenetur titulum possessionis edere. Carpzov. *p.* 1. *const.* 27. *def.* 9. quem titulum tamen docere deberet, si antea constaret, rem hanc aliquando fuisse feudalem, uti ad id nec obligatus est possessor, si sibi asserat proprietatem et plenum dominium. arg. *l.* 4. *c. de edendo et l.* 4. §. 1. *ff. eod.* Jason. *in praelud. feud. n.* 80. Roman. *consil.* 163. *coll. ult.* Crespi de Valdaura *observ.* 95. *qu.* 2. *n.* 36. *tom.* 2. Ratio autem diversitatis haec est, quia ille, qui 16
se vassallum praetendit, illud tamquam rem facti, uti supra dictum, ob praesumptionem resistentem probare tenetur; ille autem, qui se absolute fundat in dominio, et primaevo rerum statu, manuteneri debet. Johann. Paul. Melius *observ. forens.* 48. *n.* 24. Flores Dietz. de Mena *variar. quaest. lib.* 1. *qu.* 10. *n.* 66. Lancellot. *de attentat. cap.* 31. *n.* 201. Barnab. Cornazzan. *decis. rotae lucens.* 49. *n.* 6. Hermosilla *in addit. ad gloss. ll. partit.* Lopetii *tom.* 1. *gloss.* 4. *tit.* 3. *n.* 11. Turamin. *in l.* 10. *ff. de jure fisci part.* 2. *cap.* 1. *n.* 18. Horat. Giovagnon. *consil.* 8. *n.* 112. Franc. Milan. *decis.* 3. *n.* 138. Roland. a Valle *cons.* 89. *n.* 21. Decius *consil.* 61. *col.* 1. *et* 2.

Et licet mons fundus sit intra territorium prin- 17
cipis, vel in medio terrarum feudalium, non tamen ob id censetur esse feudalis, etiamsi possessor nesciret ostendere titulum, quo fundum acquisivit. Hostien-

18 sis in *cap.* 30. *x. de jurejur.* Quoniam jure primaevo et naturae omnes homines, omnisque terra libera fuit,
19 nisi in quantum illis violentia illata est. Et ideo licet quoad jurisdictionem omnis terra praesumatur illius principis, intra cujus territorium sita est, attamen
20 res secus se habet, quoad proprietatem. Et hanc opinionem confirmat Abbas panormitanus *ad d. c.* 30.
21 *x. de jurejur.* Natta *consil.* 313. Satius autem adhuc est, si praeterea pro possessore militet praesumptio specialis libertatis, quae nascitur ex ipsa libertatis possessione cujus natura est, ut transferat onus probandi in adverserium. Mascard. *de prob. concl.* 1036.
22 Quod si tamen major pars terrarum sit feudalis, tunc praesumitur, aliis adhuc circumstantiis concurrentibus, caeteras etiam terras feudales esse. Corneus *consil.* 247.
23 Caeterum quae diximus de vassallo (idem obtinet in emphyteuta, de quo suo loco pluribus agendum erit) obligato ostendere titulum domino requirenti, ita demum intelliguntur esse vera, quando agitur contra vassallos et emphyteutas novos. Sed secus ubi ageretur contra haeredes, nam ipsi se excusare possunt, dicendo, quod non habeant investituras, quia feudum jam tum fuit suorum majorum, seque et suos antecessores illud tenuisse per tot annorum seriem, quae ad praescriptionem contra dominum feudi, praecipue si ille princeps non sit, sufficere possit, seque praestitisse servitia, ex illorum autem praestatione oriri praesumptam investituram. Afflict. *in cap.* 1. *de pro-*
24 *hibit. feud. alienat. n.* 33. Si vero vassallus plane spoliatus sit, titulum coloratum ostendere sufficit, ad tuendam vel recuperandam feudi possessionem, quam intervertit spolians: quia enim in summariis non necessaria est plena probatio, hinc de ejus validitate in ordinario judicio controvertitur. Marius Giurba *dec.* 89. *n.* 17. Tusch. *concl.* 108. *lit. t.*
25 Verum enim vero, quando dubitatur ac disputatur, quale sit feudum, praesumitur pro feudo ex pacto et providentia, cum hoc naturae feudorum sit conveniens. Feudum autem haereditarium esse nequeat, non accedente aliquo pacto. Wurmser. *class.* 3. *sect.* 5. *n.* 107.
26 Imo ut tale sit, necessum est, in ipsa concessione omnium haeredum fieri mentionem. Si enim feudum simpliciter vel recipienti et filiis ejus concessum, tale non erit. Ludolph. Schrader. *tract. feud. part.* 2.
27 *cap.* 3. *n.* 20. Illo enim casu quando quis acquisivit feudum simpliciter pro se et haeredibus suis, praecipue si aliae concurrant circumstantiae, feudum ita acquisitum non haereditarium, sed ex pacto et providentia tamdiu praesumitur, donec per sufficientem titulum aliud sit probatum, Joh. Anton. Bellonius *consil.* 45. *n.* 80. Parisius *consil.* 23. *n.* 185. Francisc. Penna. *decis.* 839. *n.* 14. Thom. Ferrat. *cautel.* 37. quia verbum, *haeres*, in feudis filios tantum denotat. *c.* 1. §. *et si clientulus* 1. *feud.* 13. Schrader. *cit. loc.* ubi cum multis allegatis Dd. sententiam nostram corroborat.
28 Dicta autem fluunt ex regula illa generali, quod qualitas a lege requisita rei inesse semper praesumatur, pacta vero contraria facti sint, et sic probanda. *c. quia* §. *hoc autem ibi: nisi specialiter dictum* 1. *f.* 1. Joh. Thom. de Marin. *de gen. et qual. feud. tom.* 1. *n.* 84. Joseph. Mascard. *de probat. vol.* 2. *concl.* 767. *n.* 11. Schrader. *p.* 2. *c.* 3. *n.* 103. Vultejus *lib.* 1.
29 *c.* 8. *n.* 52. Rosenthal. *cap.* 2. *concl.* 34. Sicuti alias

in praesumptionum materia similis regula habetur; quod qualitas, quae naturaliter inest homini, semper adesse praesumatur. Hancque vocant praesumptionem naturae, videturque a natura ipsa suppeditari. Dn. Becman. *in lin. doctr. moral. cap.* 3. *th.* 16. Hinc 30
si pactum aliquod feudo adjectum dubium sit, ea praeferenda est interpretatio, quae materiae subjectae, seu communi et propriae feudorum naturae consentanea est: cum dubiae contrahentium conventiones ex jure communi interpretationem recipiant, arg. *c. cum dilectus* 8. *x. de consuet. ibique glos.* Jac. de Bellovisu Andr. de Isern. *n.* 14. Schenck. *n.* 6. *ad c. investitura* §. *fin.* 2. *feud.* 2. Jacob. de S. Georg. *tract. feud.* §. *qui quidem investiti etc. n.* 66. adeo, ut quamvis alias omnes actus et dispositiones ita interpretandae sint ut nullum verbum vel syllaba superfluum contineant. arg. *l.* 4. *ff. de usur. et l.* 109. *pr. ff. de legat.* 1. tamen potius admittendum sit, ut verba sive clausulae in investitura positae supervacuae sint, quam ut per ea feudum improprium reddatur. In omnibus 31
enim contractibus et negotiis id servatur, ut verba potius superflua censeantur, quam ut per ea naturae contractus vel illius negotii derogetur, Bald. *ad rubric. c. de contrah. empt. n.* 9. Schrader. *cit. loc. cap.* 3. *n.* 107. Ex eodem principio regulae nostrae dd. 32
vocabulum feudi in statutis, contractibus, privilegiis, ultimis voluntatibus, vel quibusvis aliis dispositionibus simpliciter prolatum, ad feudum proprium restringunt. Ludolph. Schrad. *tract. feud. p.* 2. *c.* 4. *n.* 65. v. gr. Si statuto alicubi cautum vel consuetudine receptum, ut in feudis primogenitus tantum succedat, statutum hoc vel consuetudinem istam ad propria tantum, non etiam impropria feuda pertinere volunt. Schrad. *cit. loc. n.* 67. Idem quoque putat, si quis 33
plura habens feuda, filium suum testamento gravarit, ut ex singulis feudis certam quantitatem alicui praestet, ex propriis non impropriis eam solvere compellendum esse. Conf. Ludwell. *tract. feud. c.* 1. *pag.* 30. *et* 31.

Nihilominus aliqui feudum haereditarium, si simpliciter feudum sine mentione filiorum vel haeredum 34
concessum fuerit, praesumere malunt. Andr. Gail. *l* 2. *obs.* 154. *n.* 9. Quia creditur, unumquemque sibi et haeredibus suis voluisse prospicere. *l.* 9. *ff. de probat. l.* 19. *c. de contrah. stip. c. duo fratres* 2. *feud.* 18. Verum haec ratio tanti momenti non est, ut proban- 35
dae huic opinioni sufficere videatur. Nam jure feudali quidem quisque sibi, et haeredibus quoque suis prospexisse praesumitur; ast vocabulum haeredis non ad quosvis extraneos, sed de primi acquirentis liberis tantum accipiendum esse, iisque masculis regulariter, nisi forte in investitura aliud dictum vel cautum fuerit. *c. duo fratres* 2. *f.* 18. Vultejus *cap.* 8. *n.* 33. ubi aliud huc pertinens removet dubium, quorsum lectorem remitto.

Quamobrem haeres, qui feudum haereditarium es e 36
venditat, illud probare tenetur, per titulum aliquem, quo nempe praesumptionem ipsi resistentem elidat. Roland. a Valle *cons.* 37. *n.* 27. Joh. Anton. Bellonius *consil.* 45. *n.* 80. Parisius *consil.* 23. *n.* 185. Francisc. Penna *dec.* 839. *n.* 14. Struvius *in syntagm. feud. cap.* 16. *th.* 13. *n.* 3. Anton. *disp.* 15. *th.* 7. Conf. *cap.* 7. *disp. n.* 32. Sed si hodiernos, praecipue 37
Marchiae, mores consideremus, feudum magis mixtum

praesumendum, cum in omnibus ferme investituris reperiatur clausula: *Leibes und Lehens-Erben*. Dn. Praeses *exam. feud. cap.* 4. *qu.* 52.

38 Similiter sciendum est, quod aliquando comitatus vel aliud quodvis feudum competat soli primogenito. (Uti in Anglia filius natu maximus terrarum unicus haeres est, teste Thom. Wood. *in notitia Angliae in editione oxoniensi pag.* 121.) Et hoc casu ille, qui se primogenitum praetendit, hoc solum probare debet, non etiam, quod in feudis, quae praetendit, non possit succedere, nisi primogenitus; alibi vero, cum regulariter contrarium obtineat, et omnes filii aequaliter admittantur ad feudorum successionem, tam de jure communi, quam de jure feudorum, allegans exceptionem ab hac regula, debet eam probare. Matth. de Afflict. *ad cap.* 1. §. *praeterea de prohib. feud. alienat.*

39 Omnino autem notandum, non ab omnibus regulariter feudum posse possideri. Ergo illi, qui regulariter feudis excluduntur, prae omnibus reliquis titulum suum ostendere tenentur, quod ex speciali beneficio ad successionem admissi. Excludantur autem a feudis (I.) Haeretici, cum quibus contrahere vel quicquam commercii habere prohibitum est. *l.* 4. §. 1. *c. de haeret. et manich.* (II.) Apostatae, *l.* 4. *c. de apostat.* (III.) Deportati, quibus omnia adimuntur, adeo ut nec earum rerum haeredem habere possint, quas post poenam irrogatam acquisiverunt. *l.* 2. *c. de bonis proscriptor.* Solet quidem objici (*a*) Et servo interdum feudum dari; verum facilis est responsio: servo enim non qua servo, sed vel intuitu domini, vel qua libero proxime futuro feudum conceditur. (*b*) Quod contractus, per quos feudum constitui soleat, plerique juris gentium sint; resp. licet alias deportati contractus istos celebrare possint *l.* 17. *ff. de poenis in fin.* naturam tamen feudi adversari, quae est, ut feudi ususfructus ad vassallum ipsum, ejusque haeredes pertineat: deportato autem fiscum omnia auferre, etiam post deportationem acquisita *d. l.* 2. *c. de bon. proscript.* (*c*) Quod feuda plerumque militiae causa conferantur, peregrini vero milites esse possint. Sed negatur, omnes peregrinos milites esse posse, cum deportati quidem peregrini sint, sed milites tamen ob infamiam esse nequeant. *l.* 2. §. 2. *et* 3. *ff. de his qui not. infam.* Imo longe alia ratio est peregrinorum, qui ob delictum resp. expulsi, et omnibus juribus privati. Deinde etiamsi milites esse possent, tamen ad feuda non erunt admittendi, ob rationes *pr aeced. n.* 40. adductas.

44 (IV) Excluduntur banniti imperii, qui deterioris conditionis quam deportati esse videntur, per ea, quae exhi-
45 bet Andr. Gail. *de pace publ. l.* 2. *c.* 6. *n.* 9. (V) Usurarii manifesti, qui cum animas devorent, et facultates exhaurient, merito e legitimo expelluntur consortio. *c.* 1. *de usuris in* 6to. *l. improbum foenus* 20. *c. ex. quib.*
46 *caus. infam.* (VI) Damnati de crimine aliquo publico, puta laesae majestatis. *l. ult. c. ad l. jul. majest.* Joh. Blanch. *cap.* 5. *n.* 11. *et* 12. Rosenthal. *c.* 3. *concl.* 23.
47 (VII) Infames. Quod tamen nonnulli ita procedere volunt, si feudum dignitatem annexam habeat. Schrader. *p.* 4. *c.* 3. *n.* 7. Sed verius videtur, ne ad alia quidem feuda infames admittendos fore, cum nec milites esse possint. *l.* 2. §. 2. *et* 3. *ff. de his qui notat. infam. et l.* 4. §. 7. *ff. de re milit.* nec judices arg. *l.* 12. §. 1. *ff. de judic.* vassallus autem judex esse debet in causis feudalibus, quae inter dominos et convassallos dijudicandae sunt. *c. si inter de controvers. feud.* 2. *feud.* 16. *c. ea eo* 2. *feud.* 20. Hunnius *cap.* 8. *in fin.* Ludwell. *in synopsi jur. feud. c.* 6. *p.* 128.

Excluduntur (VIII) a successione feudali foeminae c. 48
quia §. 3. *de his qui feud. dar.* 1. *feud.* 1. *c. sequitur* §. *filiae* 1. *feud.* 8. *c. si quis, quemadm. feud. ad fil. pertin.* 1. *feud.* 24. et passim in jure feudali. Ratio esse videtur, tum quod feuda a militia originem 49
habeant, ad quam mulieres idoneas non esse, expeditum est: tum quod honestati convenire non videatur, ut mulieres virorum coetui se immisceant *l.* 1. §. 5. *ff. de postulando*, tum quod neque consilio propter imbecillitatem sexus dominum juvare, nec consilia ipsius ob garrulitatem innatam facile tacere possint. Nec obstat, 50
quod mulieres nonnullae strenuae in bello, et prudentes in consiliis reip. dandis extiterint: contra vero viri quidam et ad belli labores inepti, et in consiliis lubrici veteri reperti fuerint. Nam haec raro contingere certum est; jura autem non de iis quae raro, sed quae frequenter et plerumque fiunt, constitui solent. *l.* 3 *et seq. ff. d. legibus.* Hartm. Pistor. *part.* 2. *qu.* 34. *n.* 1. Hunn. *c.* 10. *p.* 217. Valent. Forster. *lib.* 4. *de success. c.* 23. *n.* 48. Ludwell. *synops. feud. c.* 9. *p.* 185. ubi plurimas ampliationes et limitationes videre licet.

(IX) Excludantur clerici, quia milites saeculi esse non 51
debent, adeoque servitia praestare nequeunt. *c. miles in fin.* 2. *feud.* 21. *etc.* cum Deo militans saecularibus negotiis se implicare non debet *c. placuit* 21. *qu.* 3. Quod nonnulli ita demum admittunt, si per substitutum servire noluerint. Si vero debita servitia per substitutum praestare parati sint, in feudis eos succedere arbitrantur. Quam opinionem communiter tam in Germania quam Gallia receptam testatur ex Joh. Fabr. *ad tit. inst. de legit. patron. tut.* Hannet. *lib.* 2. *c.* 3. Quos refert Ludwell. *cit. loc.*

(X) Denique spurii, incestuosi, et naturales, *c. si* 53
de feudo naturales 2. *feud.* 26. Imo et legitimati per subsequens matrimonium ex novissimo sereniss. elect. brandenb. edicto *de an.* 1687. *m. decembr.* ubi: taliter legitimati ab omni successione feudali excluduntur. Ut ea propter si ad feudi possessionem pervenire velint, specialissima dispensatione opus habeant.

Hos omnes hactenus prolixius adducere placuit, non 54
quasi hi soli titulum possessionis docere teneantur, nam omnes feudum possidentes, principi requirenti, titulum exhibere necesssum habent. Cum omnino justum sit, illi, a quo titulum meum, vel causam possessionis habere debeo, eumdem ostendere. Verum monuere voluimus, quod illis praecipue prae cunctis aliis, non attenta ordinaria juris dispositione, etiam obstet vehemens praesumptio, ipsos forte contra principis scientiam in feuda irrepsisse, vel illa ad minimum contra superioris voluntatem detinere. Hinc ut ex titulo elucescat, an forte a superiore, vel alio quodam modo obstantia impedimenta sint sublata, evidentissime de jure suo docere debent.

Illa autem quae hactenus dicta sunt, solummodo 55
procedunt, quando dominus a vassallo petit editionem tituli. Serius autem est e controverso, quando vassallus a vassallo, vel unus dominus feudi ab alio aeque principali hoc petit. Namque nec dominus vassallo, neque unus vassallus alteri, neque unus dominus feudi alteri possessionis suae titulum dicere

56 tenetur. Tum, quia illa ratio, quare vassallus domino petenti titulum possessionis suae edere tenetur, eo casu cessat. Jam autem certum est, quod cessante ratione alicujus dispositionis et ipsa dispositio cesset
57 arg. *l.* 32. *ff. de pact.* Tum, quia magna ratio diversitatis militat inter eum casum, quando dominus a vassallo probationem tituli desiderat, et inter reliquos antea adductos. Notissimi autem juris est, quod a diversis sive seperatis non fiat illatio. Quod usque adeo verum est, ut dispositum de vassallo ad dominum feudi non extendatur eo casu, quando inter illos ratio diversitatis dari potest. vid Matth. de Affliet. *dec.* 265. *n.* 27. Ludolph. Schrader *tract. feud. part.* 10. *sect.* 17. *n.*
58 21. Conf. Caesar. Carena. *resol.* 57. *n.* 5.

59 Casibus autem illis, quando ad principis petitionem possessor tenetur edere titulum, superaddimus illum, qui continetur in *l.* 2. *c. de fundis limitroph.* quae verbis conceptis ita se habet: *quicumque castellorum loca quocumque titulo possident, cedant ac deserant: quia his tantum fas est possidere, quibus adscripta sunt, et de*
60 *quibus judicavit antiquitas etc.* Haec lex notabilis ideo est, cum fundamentum sit praescriptionis. Nam possessor castri in regni limitibus titulum edere tenebatur, uti etiam vult *Glossa.* Castellani enim milites agros castellis deputatos soli possidere debebant, non privati, aut alii milites. Hinc *Bartolus* et *Lucas de Penna* ad hanc legem annotarunt, si possessor non possit praesentare titulum, possessione illum privandum esse, nisi vetustas temporis illum excusaret, quia haec habet vim tituli *cap. super quibusdam* §. *praeterea X. de v. s.* Peregrinus plura de hac lege habet in *tract. de jure*
61 *fisci, tit. de iis qui habent jura fisci n.* 61. Porro dd. ex hac lege colligunt, neminem castellum in finibus imperii extruere posse citra consensum principis, nec talia castella limitanea, ab iis quibus initio a principe concessa, alienari libere posse, Conf. dn. Brunn. et Sebastian. Naevus *ad hanc legem* 2. *c. de fund. limitroph.* Caesar. Carena *integra resolutione* 53.

62 Progredimur jam ad emphyteusin, ad illam enim quod attinet, inter eam et feudum tanta est familiaritas et conjunctio, ut inter ea non multum discriminis esse placuerit. Joh. Yannez Parlador. *Quotid. differen. sesquicent. diff.* 71. *n.* 1. ita ut si quis dicat, se fundum concedere in feudum Titio pro annua pensione, non erit feudum sed emphyteusis. Alvar. Valasc. *de jure*
63 *emphyteut. quaest.* 49. Et in hoc quoque conveniunt, ut titulus pariter ac in feudo, ita etiam in emphyteusi debeat edi. Emphyteusis enim pariter consensum concedentis requirit, qui quia in facto consistit, et justum quoque sit illi titulum edere, a quo illum ipsum habeo,
64 erit probandus. Est namq; emphyteusis contractus consensualis de utili rei immobilis dominio transferendo, sub lege melioralionis et certae pensionis annuae, in recognitionem dominii directi solvendae §. 3. *inst. locati conducti et tit. c. de jure emphyt.*

65 Quando autem emphyteusis praesumatur, pluribus declarant. Flores Diez. de Mena *variar. quaest. lib.* 3. *qu.* 23. *n.* 26. Decius *consil.* 284. *n.* 3 Alvar. Valascus *de jure emphyteut. part.* 1. *qu.* 7. *n.* 23. Guil. Redoanus *in tr. de rebus ecclesiae non alienand. rubr.* 3.
66 *ras.* 8. Borguin. Cavalcus, *dec.* 45. *n.* 46. *part.* 1. Attamen si quis tempore a jure requisito solvit canonem pro aliquo fundo, haec solutio habet vim tituli modo cetera sint paria. Jason. *in l.* 2. *c. de jure emphit. n.* 153. cujus opinionem ab aliis communiter approbari testis est Bolbus *de praescript. part.* 3. *quaest* 10. Alvar. Valasc. *de jure emphyteut. cit. loc. et qu.* 8. *n.* 18. Neque minus notabile est, quod idem refert Jason. *in* 67
d. l. 2. *n.* 173. quando non appareat, pro qua re emphyteuta solvat censum, praesumendum esse, praedia omnia quae ab illo possideatur, emphyteutica esse, nisi per contrarium titulum emphyteuta doceat, praedia esse sua propria vel alterius domini; quod latius videri poterit apud Valascum *cit. loc. qu.* 8. *n.* 18. Haecce tamen non simpliciter affirmanda, sed ex circumstantiis dijudicanda erunt.

Titulus autem prae reliquis casibus edendus, si bo- 68
na ecclesiastica in emphyteusin concessa, de qua re *seq. cap.* 5. agetur. Conf. pluribus circa hanc et feudorum materiam Yannez. Parlador. *observ. forens.* 97. *n.* 6.

Qui singularem quoque dignitatem praetendit, illam 69
probare debet, cum factum aliquod requiratur, ut titulus seu dignitas aliqua in hunc vel illum transferri possit. Principio rerum enim omnes mortales fuere aequales, per *l.* 32. *ff. de divers. reg. jur.* Hinc vetus illud pariter ac vulgatum Germanorum dicterium: *Da Adam pflügete und Eva spann, wer war da ein Edelmann.* Unde indubitata juris conclusio est, quod si quis se profiteatur comitem, baronem aut nobilem, item comitem palatinum, illi incumbat onus probandi, cum sit illa qualitas accidentalis praeter naturam, qui se vel alium dicit esse talem. *l.* 1. *de probat.* Finckelthaus. *observ.* 70. Similem ferme casum habemus in *l.* 9. *c. de his qui accusare non poss.* De comiti- 70
bus palatinis agit Decius *consil.* 288. *n.* 8. Parisius *cons.* 2. *n.* 8. Rol. a Valle *cons.* 89. *n.* 24. *vol.* 1. Si tamen hi actus plures publice exercuerint, pro illis praesumendum esse putat Bald. *in l.* 7. *c. de probat.*

Nobilis autem, etiamsi existat in quasi possessione 71
nobilitatis, antequam illam probavit, non erit manutenendus in allegata quasi possessione nobilitatis. Ferdinand. Vasquius *controvers. illust. cap.* 87. item *cap.* 18. *et* 19. dicitque idem, quod hoc per totam fere obtineat Hispaniam, nisi de sententia, aut evidenti notorietate constet. Roland. a Valle *consil.* 89. *n.* 35. ibique allegatus Joannes Lupus Rovitus *cons.* 58. Julius Caponus *discept. forens.* 47. *tom.* 1. Posth. *de manutenendo. ob.* 45. *n.* 14. *et* 19 Joseph. a Sesse *de inhibit arragon. c.* 50. §. 10. *n.* 63. Quomodo autem no- 72
bilitas, quam lingua sua *fidelguiam* appellat Joseph. a Sesse *cit. loc.* probanda sit, exhibet idem, et putat, quod talis nobilis alleget et probet, se habere unum *casale* aut fortalitium, a quo provenit sua nobilitas, et censet, quod illud fortalitium seu *casale* sit loco tituli. At hoc ex moribus regni arragonici statuit. Nam in imperio nostro nobilitas per alia media probari poterit.

Hinc moribus Germanorum est receptum, ut octo 73
generationes nobilium ex utroque latere sine defectu nobilitatis probentur, si quis antiquae nobilitatis privilegia obtinere cupiat, *dass einer seine acht Ahnen zum wenigsten beweisen konne*, Besold. *thesaur. pract voc. Ahnen.* Quae consuetudo Germaniae in Ecclesia- 74
sticis collegiis capitularium, praesertim superioribus, *bey denen hohen Stiffien*, (similiter etiam *bey Aufnehmung zu dem Ritter-Orden S. Johannis*) stri-

ete observatur, teste Matthaeo Stephani *tr. de nobil. c.* 75 5. *n.* 68. Et quidem in tantum, ut nec principes aut comites admittantur: *Sondern Sie müssen vollbürtige Ritters-Leute seyn, welche ihre Ahnen und Helm be-* 76 *weisen konnen.* Pariter ad ludos equestres (*zum Turnieren*) ab Henrico I. institutos, non admittuntur, nisi nobilitatem suam ex quatuor avis paternis et maternis probare possint. Matth. Stephani *d. c.* 5. *n.* 69.

77 Potest tamen imperator vi supremae potestatis omnia 78 haec impedimenta tollere. Pruckmann. *in tract. de regalib. c.* 4. *membr.* 1. *effect.* 4. Et ea propter in privilegiis nobilitatis sequentia communiter apponuntur verba: *Dass Se. Kaeyserl. Majest. n. n. zum recht Edelgebohrnen Wappens-Lehens-und Turniers-Genossen erhoben, allermassen und gestalt als ob Er von vier Ahnen, Vater und Mutter geschlechtes, recht Edelgebohrnen Lehens-Turnier-Genossen und Rittermaessigen Leuten gebohren waere etc.* reliqua formalia vid. apud Besold. *cit. loc.*

79 Non autem mihi displicet illorum opinio, qui existimant, ideo, quia nobili praesumptio resistit, illum debere nobilitatem per tres testes probare, unus qui elidat praesumptionem juris resistentem, duo reliqui autem, qui probent, uti Joseph. a Sesse *de inhibit. c.* 30. §. 10. idem asserendum putat in omni casu, in quo resistit jus commune, Gursias Mastrillius *de nobilitate Glossa* 25. *n.* 1. Hector Capycius Latro *decis.* 77.

80 Dicta itidem obtinent in illo, qui se doctorem vel licentiatum, aut aliter graduatum praetendit. vid. illud asserentes, et quando possit puniri, se falso talem nominans Bononius de Curte in *tract. de nobil. pag.* 6. *pr.* Flores Diez. de Mena *variar. quaest. lib.* 3. *qu.* 23. Fabius Turettus *consil.* 9. *n.* 86. *lib.* 1.

Observandum hue quoque venit, titulum licentiati 81 juris non competere iis, qui examen subierunt, et pro licentia, ut vocant, disputarunt; quamvis enim felicissimo progressu id egerint, alia tamen probatio adhuc erit necessaria, ut quis se licentiatum probet. Cum non juste titulus, licentiati tribuatur illis, qui non 82 in ordinem illum publice transcripti, vel uti hic locorum fieri consuevit, auctoritate publica declarati sunt. Conf. dn. Gerch. Feltmann. *tr. de titulis honorum. l.* 1. *c.* 34 § 9. Sprenger. *de modern. imp. roman. c.* 3. *art.* 4.

Tituli ipsi quoque interdum aliquid probant, quando 83 nempe principes titulis utuntur desumptis a provinciis et regnis ab ipsis non possessis. Quamvis illud ridere alios principes, qui vere possident, et somnia illa contemnere sine ratione scribat Petr. Gregor. quem allegat dn. Feltmann. *cit. loc. cap.* 20. §. 1. Ejusmodi 84 enim titulis ostendunt, ex qua gente et familia orti, atque ita propter defectum familiae, quae antea provinciam tenebat, eam vel jure feudi antiqui, aut fidei commissi sibi competere facile probare possunt. Dn. Feltmann. plures effectus *seq.* §. adducit postquam antea plurima enarravit exempla. conf. Paul. Vest. *comment. ad instit. proem.* ubi de titulis Justiniani, et prolixe Ferdinand. Vasquius *l.* 2. *controvers. illust. c* 18. *et seq.* Julius Caponus *discept. forens.* 47. *tom.* 1.

CAPUT V.

De titulo edendo in beneficiis ecclesiasticis.

SUMMARIA

Actus beneficii non interpretandi in praejudicium concedentis. n. 1.
Unde fundans se in collato beneficio titulum edere tenetur. n. 2.
Huc referuntur potissimum beneficia ecclesiastica. n. 3.
Describitur beneficium ecclesiasticum. n. 4.
Clerici tenentur edere bullas beneficiorum suorum. n. 5.
Ratio. n. 6.
Possessio in beneficialibus acquiri non potest sine titulo. n. 7.
Contraria sententia. n. 8.
Beneficiarius non dicitur dominus, sed tantum administrator. n. 9.
Beneficiatus titulum non habens dicitur intrusus. n. 10.
Episcopo agenti contra clericum incumbit onus probandi. n. 11.
In beneficio sufficit titulus coloratus. n. 12 *seq.*
Titulus edendus statim in principio litis. n. 14.
Titulum non authenticum allegans, beneficio non statim privandus. n. 15.
Fieri solet titulorum petitio per edictum generale. n. 16. *seq.*
Possessori beneficiorum resistit jus. n. 19.
Qui tenet res ecclesiae titulum edat. n. 20.
Idem si quis bona ecclesiastica in emphyteusin concessa possideat? n. 21.
Emphyteusis ecclesiastica et secularis quomodo differant? n. 22.
Controversia occasione §. emphyteusin etc. n. 23. *seq.*
Bona ecclesiastica in perpetuam emphyteusin dari possunt. n. 25. *seq.*
Quid si quis duo beneficia incompatibilia possideat? n. 28.
Quando praesumatur unio? n. 29.
Laicus spolio ad decimas agens titulum edat. n. 30. *seq.*
Quid obtineat in remedio can. redintegranda? n. 32.
Limitantur. n. 33.
Concluditur caput. n. 34.
Allegantur plures dd. qui huc pertinentia prolixius exhibent. n. 35.

Cum actus beneficii ea sit natura, ut non credendus 1 sit quisquam ad suum incommodum se voluisse obligare. Hugo Grot. *de j. b. et p. l.* 2. *c.* 16. *th.* 27. *n.* 1. Hinc eo magis semper pro concedente militat praesumptio, quod non facile beneficia aliis conferre consueverit, quo nimium praegraveri queat. Unde porro 2 inferre licet, quod si quis se fundet in collato beneficio, titulum possessionis suae ut edat, aequitati esse summopere consentaneum. In numerum autem hic po- 3 tissimum veniunt beneficia ecclesiastica, quae quemadmodum proprie accipiantur, explicat Johann. Yan-

nez Parlador. *quotid. differentiar. sesquicent. diff.* 9. *n.* 12. Caccialupus *de pension. quaest.* 12. ubi, an pensio ecclesiastica sub eo nomine contineatur, abunde exponit. Add. Federic. Petrucc. Senens. *consil. quaest.* 136. *n.* 5. *quaest.* 135. *n.* 1. Est vero beneficium ecclesiasticum, jus percipiendorum fructuum, ex bonis ecclesiae dicatis, ratione ministerii ecclesiastici, auctoritate ecclesiae constitutum. Du. Brunnemann. *in praelection. ad reg. jur. can. decretal. lib.* 6. *reg.* 1. Desselius *in erotem. jur. can. de praebend. et dignit. qu.* 13.

5 Quod vero beneficiati etiam clerici teneantur edere bullas seu titulos beneficiorum suorum, Glossa et dd. docent vi textus *in cap. ordinarii.* 3. *de offic. ordinar. in* 6*to.* Geminianus *in d. cap. n.* 1. Francus *ad idem cap. n.* 30. Johannes de Anania *ad cap. licet Heli de Simon. n.* 27. Felin. *n.* 7. Johann. de Selua *tr. de benefic. part.* 3. *qu.* 25. Martin. de Azpilcueta doctor Navarrus *consil.* 4. *de offic. ordinar.* Covarruv. *in regul. possessor p.* 2. §. 10. *n.* 9. Du. Brunnemann. *cit. loc.* Verallus *part.* 3. *decis.* 116. Johann. Aloys. Riccius *collect.* 884. Cenedus *ad sextum decretal. collect.* 18. Joseph. Mascard. *de probat. concl.* 1378. *n.* 18. Flaminius Parisius *tom.* 2. *de resignat. benef. lib.* 11. *qu.* 14. Melch. Lotter. *tr. de benef. lib.* 2. *qu.* 46. *n.* 57. *et lib.* 3. *quaest.* 24. *n.* 10. Pacianus *de probat. lib.* 1. *cap.* 61. *n.* 36. Francisc. Merlin. Pignatelli *controv. for. tom.* 1. *c.* 13. Perez de Lara *l.* 2. *c.* 10. *in fin.*

6 Quia beneficium ecclesiasticum non potest acquiri nisi legitime conferatur; nam alias vitiosus esset introitus, qui omnem possessionem vitiosam reddit, et diceretur de pastore, eum non juste et canonice per ostium ut pastorem, sed per fenestram, ut furem et praedonem ingressum fuisse. *cap. si quis deinceps* 16. *qu.* 7. Du. Brunn. *cit. loc.* Joh. de Selua *de benef. part.* 3. *qu.* 25. Lambertinus *de jure patronatus p.* 3. *l.* 2. *qu.* 3. Conzalez. *in reg.* 8. *cancellar. Glos.* 8. *n.* 8. Brunorus a Sole *quaest. legal.* 38. Lotter. *d. tr. l.* 2.

7 *qu.* 20. *n.* 81. Possessio in beneficialibus igitur acquiri non potest sine titulo, nec acquisita retineri. Et si fuerit acquisita non prodest, quia est saltem quaedam detentio. Lancellott. *de attentat. c.* 31. *n.* 202.

8 Non quidem desunt magni nominis Jcti, quibus opinio haec displicet, statuentes, quod etiam in beneficialibus detur manutentio sine titulo, cum alioqui contra jura tam civilia, quam pontificia cuique liceret ejusmodi possessorem molestare. Ludov. Posthius *tract. manutenend. obs.* 42. *n.* 24. Prior tamen opinio suis quoque suffulta est rationibus. Certo enim constat,

9 beneficiatum non dici dominum beneficii, sed illum administratoris loco et instar procuratoris haberi. Quemadmodum autem procurator ante omnia mandatum

10 producere tenetur. *L.* 13. *ff. depositi.* Sic beneficiatus quoque tenetur titulum ostendere, cum alias sine titulo intrusus dicatur. *c.* 1. *de eo qui mitt. in poss. in*

11 6*to.* Licet cuivis titulum suum dicere non habeat necessum, attamen si desiderans editionem tituli sit superior, haud dubio ad ostendendum illum compelli poterit. Secus tamen est, si episcopus se constituit adversarium clerici, agendo contra ipsum coram superiore tunc enim clericus non poterit cogi ad probandam causam possessionis, sed episcopo agenti onus probandi incumbet *Cap. conquerente.* 7. *de restit. spoliat.* Melch. Lotter *tr. de benefic lib.* 2. *quaest.* 46. *n.* 43. Illa autem, quae de probatione dicta, non 12 intelligenda erunt de sufficienti et solemni, cum satis sit possessionem justificari per titulum coloratum. Sic per solam supplicationis signaturam justificari 13 posse tituli probationem asserit Menoch. *de recuper. poss. remed.* 1. *n.* 465.

Sunt vero exhibendi tituli beneficiales statim in 14 principio litis, ne dispendiosa sit beneficiorum diutina vacatio: *cap. quam sit* 6. *de elect. in* 6*to.* Et sic in ipso litis exordio debet communicare pars i. e. in medium afferre, producere, exhibere et edere suos titulos, i. e. collationem sibi factam, praesentationem, institutionem vel aliam quamlibet provisionem. Canonistae *ad cit. loc.* Quod si beneficiatus allegaverit quidem titulum, sed non authenticum, beneficio tamen 15 non est privandus, interim vero compelli poterit ad justificationem. Conf. Tusch. *concl.* 306 *lit. t.* Flores Diez de Mena *lib.* 2. *var. quaest. n.* 61.

Solet autem fieri titulorum petitio per edictum ge- 16 nerale, quando praelati ecclesiarum gubernationem aggrediuntur. Lotter. *de benefic. lib.* 3. *quaest.* 24. *n.* 15. Et tunc etiam illi possessores comparere tene- 17 buntur, qui titulum legitimum et habilem quidem semel habuerunt; qui tamen postea redactus fuit ad non titulum, ex. gr. si depositus fuerit a beneficio, cujus depositionis ea est vis, ut post illam possessionem continuans dicatur intrusus. Melch. Lotter. *tr. de benefic. l.* 2. *qu.* 20. *n.* 8. Ferrerius *consil.* 12. Ne ullo modo detur vitiosus ingressus in ecclesia Dei. 18 Melch. Phoebus *decis. lusitan.* 70. *n.* 2. Flores Diez de Mena *var. quaest. lib.* 3. *qu.* 23. *n.* 34. Atque pos- 19 sessori beneficiorum praeterea jus commune resistit, in omni autem casu, quo jus possessioni contrariatur, titulus ostendendus est. Alvar. Valascus *de jure emphyt. qu.* 8. *n.* 6. Fulvius Pacianus *de probat. lib.* 1. *cap.* 62. *n.* 26. Ubi hujus conclusionis exemplum esse dicit, quando laici praecipue possident decimas vel aliud quid spirituale. Confer. Polydor. Ripa *in l. naturaliter.* §. *nihil commune* 1. *n.* 81. *ff. de acquir. poss.* Hercul. Marescott. *variar. resolut. lib.* 1. *c.* 59. *n.* 15.

Imo generaliter etiam apud evangelicos verum est, 20 quod tenens rem aliquam, quae ad ecclesiam pertinet, possit compelli ad ostendendum titulum, cum de juribus ecclesiae semper per inquisitionem procedi queat. Baldus *in l. civile.* 5. *c. de furt. n.* 3. Sichard. *ad l.* 2. *c. eod.* qui illud extendit ad pupilles et orphanos, cum et eorum causa pari modo sit favorabilis.

Si quoque bona ecclesiastica in emphyteusin con- 21 cessa, praecipue titulus est edendus, cum haec regulariter in emphyteusin concedi non possint, nisi quando ex antiquo ita consuetum est, idque in ecclesiae cedat utilitatem. *Extravag. Pauli veneti in tit. de reb. eccles. non alien. inter commun.* incipit *ambitiosae.* Cujus interpretationem ex professo tractat Covarruv. *lib.* 2. *var. res. cap.* 16. Sciendum autem, emphyteu- 22 sin ecclesiasticam et secularem itidem in eo differre, quod bona privatorum possint pro lubitu domini in emphyteusin concedi, aut in perpetuum, aut ad tempus, ut liquet ex *l.* 1. *c. de jur. emphyt.* quia eiusmodi rerum in re sua quilibet est moderator et arbiter *l.* 21. *c. mandati.* At bona ecclesiastica non possunt concedi in emphyteusin, nisi ad trium personarum vitam neque ad extraneos haeredes transit emphyteusis ecclesiastica, uti habetur in §. *emphyteusin, auth. de non*

23 *alienar. reb. eccles. collat.* 2. Verum tamen, an ille textus sit correctus per textum in §. *licentiam auth. de alienat. et emphyt. collat.* 9. (quo statuitur, ecclesiae bona in perpetuam emphyteusin dari posse) ma-
24 gna est inter juris interpretes disceptatio. Siquidem dict. §. *emphyteusin* correctum esse per illum §. *licentiam* testatur Yannez: Parlador. *differ.* 71. §. 1. *n.* 3. et ibi allegatus Gregor. Lopez. *in l.* 28. *tit.* 8. *par.* 5 *verb. ode sus herederos.* Et eam esse communem opinionem inquit ibid. Alii vero contrariam sentiunt, scil. §. *emphyteusin* non esse correctum, sed §. *licentiam* accipiendum esse, quando in concessione emphyteusis adhibita fuit solemnitas necessaria ad alienationem ecclesiasticarum rerum; textum autem in dicto §. *emphyteusin* accipiendum fore, quando emphyteusis concessa fuit omissa juris solemnitate, uti illud multis a Parladorio *cit. loc.* allegatis dd. placuit. Et hanc sententiam constat esse communem ex Covarruvia *lib.* 2. *var. resol. cap.* 17. *n.* 5.

25 Ex hisce dictis ita sequitur, bona ecclesiastica, si juris servetur solemnitas, in perpetuam emphyteusin dari posse; ad quam solemnitatem probandam accuratissima tituli probatio est necessaria; si vero juris omittatur solemnitas, in tres dumtaxat personas concedi posse. (Qualis autem solemnitas sit necessaria in alienatione rerum ecclesiasticarum, late exhibet Covar-
26 ruvias *cit. loc. cap.* 17. *n.* 1.) Hanccce opinionem autem ideo amplectendam statuunt apud Parladorium citati, quia juris correctionem impedit, et quia consuetudine
27 introducta ac approbata est. Duabus vero opinionibus inter se collidentibus sequenda est illa, pro qua consuetudo calculum addit. Plura vid. apud Flores Diez de Mena *var. quaest. lib.* 1. *quaest.* 2. *n.* 3.

28 Notamus porro, quod si quis duo beneficia incompatibilia possideat, ob praesumptionem valde resistentem tenetur edere dispensationem aliquam et titulum suum. *cap.* 3. *de offic. ordin. in* 6to. Concil. Trident. *sess.* 7. *de reform. cap.* 5. Seraphin. Olivar. Razzal. *decis.* 611. *n.* 2. ne alias via aperiatur occupandi beneficia auctoritate vel consensu eorum, ad quos spectat collatio. Insuper quaelibet ecclesia debet habere suum rectorem, ideo qui detinet plura beneficia tamquam unita, tenetur probare titulum unionis. *cap. ex insinuatione.* 3. *x. de procurat.* Tusch. *concl.* 310.
29 *lit. t.* Unio autem, quando praesumatur, et quod sit res maximi praejudicii, quia alienationem involvit, vid. Flores Diez de Mena *var. quaest. lib.* 3. *quaest.* 23. *n.* 49. Alphonsus Ojeda *in tract. integr. de beneficiis in compatabilibus part.* 2. *cap.* 3. *n.* 13. *seq.* Aemilius Verallus *decis.* 344. *part.* 3. Puteus *decis.* 209. *lib.* 2.

Laicus quoque agens de spolio ad decimas recupe- 30
randas non obtinet, licet docest de spoliatione, et quod decimas possederit, quia requiritur titulus ob saepius allegatam juris canonici resistentiam. Seraphin. Olivar. Razzal. *dec.* 3. *n.* 2. Idem in beneficia- 31
to, qui praetendit decimas in aliena Parochia *c* 2. *c. de spoliat. in* 6to. Si quoque agatur ad restitutionem 32
beneficii auxilio *can. redintegranda.* 3. *qu.* 1. pariter non restituitur quis, nisi titulum exhibeat ad minimum coloratum. Menoch. *de recuper. poss. remed.* 15. *quaest.* 36. Capyzius *decis.* 6. Castrens. *cons.* 253. *col.* 2. Seraphin. Olivar. Razzal. *dec.* 301. *n.* 2. Polydor. Ripa *in l. naturaliter.* §. 1. *ff. de aequ. poss. n.* 82. Hercul. Marescott. *var. resolut. lib.* 1. *cap.* 59. *n.* 17. Limitantur tamen haec, si possessio fuerit ablata lite 33
pendente, quia tunc, licet resistat juris communis praesumptio, restituendus tamen etiam non edocto titulo, haecque in aliis casibus pariter procedant, et quidem ob laesam judicis reverentiam, in cujus contemptum spoliatio censetur facta Covarruv. *pract. quaest. cap.* 23. Menoch. *de recuperr. possess. remed.* 15. *n.* 264. Joseph. a Sesse *de inhibit. justit. arragon. cap.* 5. §. 10. *n.* 88. Conf. Flores Diez de Mena *var. quaest. lib.* 3. *quaest.* 23. *n.* 34.

Plura quidem in hoc capite adducere potuissem, 34
sed cum a multis sequenti num. eum in finem allegandis dd. haecce talia jam tum ad nauseam usque tractata sint, imo aliqua ex hisce in foris nostris nullius ferme sint usus, nisi ad illa beneficia canonicatuum applicentur, hinc brevitati studui, et utilio-a tantum adduxisse sufficiat. Conf. Camillus Borellus 35
Jctus Olivetanus *consil.* 14. *n.* 13. Lappus *allegatione* 89. Mohedan. *decis.* 241. Squillante *de obligat. episcop. part.* 1. *cap.* 3. *n.* 32. Caesar de Grassis *decis.* 16. *et* 34. *et* 287. Aegidius Bellamera *decis.* 593. *et* 644. Julius Caponus Jctus neapolit. *discept. forens.* 1. *tom.* 1. Octav. Cacherau. Osach: *decis. pedemont.* 172. Riminald. Junior. *cons.* 9. *n.* 107. Caesar. Carena *resol.* 102. *n.* 3. Et denique Joseph. Mascard. *de probat. qui post conclusionem* 1379. compendiose et optime duabus tabulis, seu schematismis delineavit, an et quando beneficiatus suum teneatur edere titulum.

CAPUT VI.

De excusatione ab edendo titulo.

SUMMARIA

Connexio cum praecedentibus. n. 1.
Exceptio fundata in c. super quibusdam. n. 2.
Praescriptio non raro vocatur exceptio. n. 3.
Hinc nonnulli praescriptionem et exceptionem confundant. n. 4.
Regina praescriptionum est immemorialis. n. 5.
Eae magni momenti. n. 6.
Quaenam acquirantur immemoriali praescriptione? num. 7.
Idemque valet, quod pactum seu contractus. n. 8.
Habetur loco tituli legitime acquisiti. n. 9.
Imo aequiparatur veritati. n. 10.
Supplet omnem defectum, et est universale emplastrum. n. 11.
Excludit praesumptionem sinistram. n. 12.
Nec unquam exclusa censetur, quando reliquae praescriptionum species excluduntur. n. 13.
Et hoc ex communi dd. opinione. n. 14.
Nihilominus haec vis immemorialis praescriptionis aliquatenus limitanda est. ib.
An contra principem allegari possit praescriptio immemorialis? n. 15.

Patientia et scientia principis a subditis probanda. num. 16.
Possessio in incorporalibus ex. gr. regalibus non acquiritur sine scientia et patientia principis. n. 17.
Quod aliqui negant. n. 18.
Illi ipsi tamen negationem suam limitant. n. 19.
Scientia principis vix potest probari. n. 20.
Princeps enim nunquam abest. n. 21.
Nec unquam. n. 22.
Ergo jus ipsum semper pro ipso loquitur. n. 23.
Hinc patientia superioris non praesumitur, adeoque nec titulus. n. 24.
An principi noceat taciturnitas ministrorum? n. 25.
Ministri tenentur ad exactissimam diligentiam. n. 26.
Hinc eorum taciturnitas principi non obest. n. 27.
Quatenus princeps ex facto ministri obligetur. n. 28.
Nunquam ministris expresso mandato licentia negligendi jura principis datur. n. 29.
Nec tacitum mandatum hic fingi potest. n. 30.
Principis causa semper in favorabiliorem partem interpretanda. n. 31.
Concessio regalium censetur precario facta. n. 32.
Precarium semper revocari potest. n. 33. *seq.*
Quando potissimum praesumatur? n. 35.
Datur etiam precarium tacitum. n. 36.
Precarium quomodo hoc casu revocari possit? n. 37.
Res potius precaria, quam donata censetur. n. 38.
Hoc maxime locum invenit in principum gratiis et concessionibus. n. 39.
Praedicta cum regalia non debeant cuivis concedi. num. 40.
Quae non sunt cessibilia per privilegium, nec sunt praescriptibilia. n. 41.
In regalium praescriptione semper principis consensus requiritur. n. 42.
Unde statim ac ille definit, interrumpitur quasi possessio. n. 43.
Dominus habet probabilem causam ignorandi factum sui procuratoris. n. 44.
Ministrorum patientia non est patientia principis. num. 45.
Ex justa ignorantia princeps in integrum restituendus. n. 46.
Quamquam princeps hoc casu restitutione non egeat. num. 47.
Ignorantia invincibilis non peccat. n. 48.
Confirmantur haec omnia per actus principum. n. 49.
Jus interpellat pro principe. n. 50.
Praescriptio ob incuriam dominorum introducta. n. 51.
Ratio. n. 52.
Ipsa jura civilia immemoriali praescriptioni non patrocinantur. n 53.
Hodierna consuetudo. n. 54.
Idem in Gallia obtinet. n. 55.
Et in Hispania. n. 56.
Multo magis hactenus dicta obtinent in praescribendis regalibus majoribus. n. 57.
A principe enim separari nequeunt. n. 58.
Nec ab ipsa majestate differunt. n. 59.
Proinde princeps jura majestatis subditis concedens, princeps non est. n. 60.
Et regalia majora nullo tempore praescribi possunt. num. 61.
Obtinent haec in regno Franciae. n. 62.
Si tamen princeps quaedam concedat de juribus suis, quo sensu hoc capiendum? n. 63. *seq.*
Distinctio dd. inter ipsum jus et exercitium juris. n. 65.
Princeps modum administrandi tantum ita limitat. num. 66.
Simile a sole desumptum. n. 67.
Res inalienabilis non potest praescribi. n. 68. *seq.*
Temporis immemorialis vis corruit, si de titulo ab initio vitioso et nullo appareat. n. 70.
Vasquii contraria sententia. n. 71.
Quae refutatur. n. 72.
Siquidem titulus nullus et vitiosus, malam fidem inducit. n. 73.
Antiquitas tantum praebet titulum praesumptum, qui per malam fidem elicitur. n. 74.
Adversariorum instantia. n. 75.
Ad quam respondetur. n. 76.
Praesumptiones vincuntur per evidentissimas probationes. n. 77.
Sic probatio malae fidei tollit praesumptionem bonae fidei. n. 78. *seq.*
Qui non habet justum titulum, bonam fidem probare nequit. n. 80.
Rationes. a n. 81. *usque ad n.* 87.
Impugnatur haec sententia. n. 88. *seq.*
An subditi contra principem praescribere possint, ut non amplius sint subditi? n. 91.
Controversia inter duces luneburgenses ratione civitatis brunsuicensis. n. 92. *seq.*
An subditi praescribere possint jura magistratus? num. 94.
Ratiocinium Lacedaemoniorum. n. 95.
Belgarum protestatio contra Philippum III. n. 96.
Casus argentoratensis civitatis ratione Homagii imperatori praestandi. n. 97.
Subditi ob malam fidem nunquam praescriptione immemoriali tuti erunt. a n. 98. *usque ad n.* 102.
Successoribus feudalibus non praejudicat praescriptio contra antecessorem. n. 103.
Unde nec successoribus majoratus et fidei-commissorum. n. 104.
Et hoc ex communiori sententia etiam in praescriptione immemoriali obtinet. n. 105.
Conclusio. n. 106. *seq.*

Non unum hactenus adduximus casum, ubi possessor, si manuteneri vellit, titulum possessionis suae probare debet; ultimo loco nunc erit agendum, quomodo et quando possessor ab hac necessitate immunis sit. Recordamur autem, nos jam in praecedentibus capitibus aliqua huc pertinentia exposuisse, omissa tamen hucusque solemni illa exceptione, quae fundata est in *cap. super quibusdam. §. praeterea. X. de verb. signif.* Exceptionem merito hac de causa appellamus, quia vocabulum praescriptionis non raro in jure exceptionis nomine audit. *l.* 30. *§. omnis. c. de jure dotium. l. qui cum* 9. *ff. de transact.* Interdum dilatoriam significat exceptionem *l. pen. et ult. c. de except.* Nonnunquam et peremptoriam *l.* 8. *c. de except.* Hinc et nonnulli dd. praescriptionem unam eamdemque esse voluerunt, cum et in *rubr. ff. orum et cod. h. tit.* conjungantur. 1 2 3 4

Regina autem praescriptionum merito salutatur *immemorialis* illa, cujus scilicet initii memoria non 5

6 amplius extat in contrarium. Haec namque tanti ponderis alique momenti communiter habetur, ut in acquisitione regalium aliorumque jurium, quae titulum requirunt, habeat vim et robur privilegii expresse a principe ex certa scientia concessi per *d. cap. super quibusdam* 26. *X. de v. s.* Ascen. Tamburinus *de jure abbat. dist.* 7. *qu.* 5. *n.* 9. *part.* 1. Martin. Monter. a Cueva *decis.* 25. *n.* 43. Bellonius *conf.* 55 *n.* 5. Sosrez. *in commun. opin. lit. p. n.* 223. Bocerus *de re-*
7 *galib. cap.* 2. Conrad. Einsiedel. *de regalib.* Et tanto tempore acquiruntur ea, quae alioqui sui natura acquisitioni exempta. Du. Brunnemann. *cons.* 162. *n.* 412. Item vigorem habet constituti seu concessionis, perillustriss. dn. de Rhetz. *in instit. jur. publ. lib.* 2. *tit.* 25. *n.* 5. Du. Praeses *in exam. feud. cap.* 13.
8 *quaest. ult.* Idemque valet, quod pactum seu contractus. Aymon. Cravetta *consil.* 10. *n.* 11. Johan. Chry-
9 sost. de Vargas Machuca *decis.* 32. *n.* 124. Item est loco tituli legitime acquisiti. Felin. *in cap. acceden tes de praescript. in 6to. col.* 2. Innocentius *in cap.* 2. *de restit. in integr.* Aymon. Cravetta *de antiq. temp. part.* 4. §. *absolutis n.* 9. Vivius *commun. opinion. lib.* 1. *opinion.* 212. Ludovicus Molina *de primogen. lib.* 2. *cap.* 6. *n.* 52. Johann. Matienzo *in l.* 1. *gloss.* 19. *n.* 4. *tit.* 10. *lib.* 5. Avendano *de exequ. mandat.*
10 *cap.* 4. *n.* 20. Burgos. de Paz. *consil.* 33. *n.* 26. Imo aequiparatur veritati. Sylvanus *consil.* 39. *n.* 9. Borcholt. *ad cap. un. quae sint regal n.* 17. Julius Caponus *discept. forens.* 139. *n.* 34. *tom.* 3.

11 Porro facit verum omne id, quod est possibile; nec non omnem defectum supplet, illudque, quod alias nullum irritum et invalidum est, firmat, corroborat, validumque reddit, ut merito universale emplastrum dici queat. Baldus *de praescript. part.* 1. *quaest.* 6. *n.* 8. Ferdinandus Vasquius *lib.* 2. *controvers. illustr.*
12 *cap.* 81. *n.* 17. Omnemque insuper sinistram excludit praesumptionem. Vincent. de Franchis *decis.* 153.
13 *n.* 1. *seq. part.* 1. Heigius *quaest. jur.* 15. *n.* 50. Et denique nunquam per legem vel statutum, licet utatur verbis generalissimis, submota aut exclusa censetur, quando reliquae praescriptionum species removentur, aut excluduntur. Conf. Francisc. de Caldas Pereyra *comment. analyt. verb. sua facilitate n.* 76. Felin. *in rubricam n.* 18. *et cap. fin. de praescript. col.* 6. Balbus *de praescript. part.* 3. *quaest.* 6. *n.* 61. Capycius *dec.* 20. *n.* 4. Emanuel Suarez. *thesaur. re cept. sent. lit. p. n.* 223. Francisc. Merlin, Pignatelli *controv. forens. cap.* 44. *n.* 3. *et cap.* 13. *n.* 15. Johan. Baptista Laderch. *consil.* 86. *n.* 6. Thomas Grillus Salernitanus *allegat.* 19. *n.* 1. Francisc. Asaldinus *consil.* 1. *n.* 52. Hieronym. Magot. *decis. flor.* 37. *n* 7. Paul. Aemil. Verallus *decis. rotae rom.* 304. *n.* 1. *part.* 3. Anton. de Ballis *tract. variis lib.* 5. *de prag. reg. fol.* 224. *n.* 4. Francisc. Kinschott. *resp.* 38. *n.* 3. Johann. Chrysost. de Vargas Machuca *decis.* 32. *n.* 124. Hector. Capyc. Latro *decis.* 191. *n.* 49. cum observ. Michael. Angel. Gizzii. Franciscus de Amaya *ad l.* 10. *cod. tit.* 16. *n.* 16. Johan. del Castillo *de tertiis. cap.* 26. *n.* 66. *et* 67. Johan. Solorzano *de jur. Indiar. lib.* 3. *cap.* 3. *n.* 76. Helfric. Ulric. Hunnius *tract. de jurisdict. part.* 1. *cap.* 2. *quaest.* 4. Muscorn. *de jurisdict. n.* 192. *seq.* Francisc. de Clapperiis et Longovalli *de jurisdict. concl.* 4. *n.* 5. Scipio Gentilis *de jurisdict. l.* 3. *cap.* 12. *fol.* 431. Frider. Pruckmann. *tr. de regalib. membr.* 2. *cap.* 7. *n.* 112. Vincent. Brilla *in Nomoth. Parthenop. tit.* 31. *n.* 9. *seq.* Joh. Dominic. Pansurus *in select. controv. forens.* 17. *p.* 164. Caesar Carena *resol.* 8. *n.* 8. *et resol.* 68. *n.* 9.

Haecce magnorum doctorum effata, quae omnia ni- 14
tuntur auctoritate *cap. super quibusdam. X. de v. s.* nos quidem impugnare non sustinemus, sed quemlibet suo patimur abundare sensu; imo si haecce dicta cum grano salis accipiantur, ipsis assentimur; aliquatenus tamen praescriptionem immemorialem intra limites coercendam esse, luce meridiana clarius elucescere autumamus.

Praecipue vero cardo rei in eo vertitur: an contra 15
principem in tantum sola praescriptionis immemorialis allegatio prosit, ut liberet a necessitate edendi titulum possessionis? Quod non simpliciter affirmandum esse, haud pauci existimant, cum nunquam ferme probari possit immemorialis praescriptio, uti notat Octav. Osasch. *dec.* 101. *n.* 4. *seq.* A subditis e- 16
nim scientia et patientia principis necessario simul probanda erit, quod necessarium erit in omnibus juribus incorporalibus, hocque sequenti ratiocinio probamus: nulla praescriptio currit sine possessione vel quasi *l. sine possessione* 25. (ubi Glossa) *ff. de usucap. cap. sine possessione de reg. jur. in 6to.* Dynus et Felin. *in cap. vigilanti n.* 6. *de praescript.* Posses- 17
sio vel quasi in incorporalibus et consequenter regalibus sine scientia et patientia principis non adest; ergo scientia et patientia principis in horum praescriptione probanda. Conf. pluribus *l. quoties via* 20. *ff. de servit. l. ratio* 3. §. *si iter* 2. *ff. de action. empt. l.* 3. §. *ult. ff. quod vi aut clam. l.* 4. *et* 5. *ff. eod.* Bertach. *de gabellis part.* 1. *quaest.* 1. *col.* 6. *et* 7. Aegid. Bellamera *consil.* 10. Villalobos *in suis commun. opin. verb. praescript. n.* 221. Et quamvis aliqui 18
sint, qui negent, scientiam adversarii in praescriptione rerum incorporalium necessariam esse, quia praesumitur meliori modo, quo potest acquisita. Belluga *in speculo rubr. in empor. tit.* 6. *qu.* 4. *n.* 21. Cancer. *var. resol. lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 161. Fontanella *de part. nupt. tom. l. claus.* 4. *gloss.* 17. *n.* 36. Illi ipsi tamen 19
hoc limitant, si cum principe agatur. Christoph. Cresp. de Valdaura *observ. illustr. decis.* 93. *n.* 73. *tom.* 2.

Haec autem patientia principis vix poterit probari, 20
cum semper pro ipso tamquam perfectissimo mortalium militet praesumptio, nisi expresse consenserit. Princeps enim nusquam abest, sed majestate sua in- 21
tegram rempublicam replet et illustrat, qui humano modo perfectissimus et summus est in his terris, qui non esset, si ullibi splendoris sui radii deficerent. Jam ex eadem ratione et fundamento sequitur, quod nunquam, seu nullo tempore ullibi abesse censendus sit. Summitatis namque et perfectionis natura ratione 22
durationis quoque infinitatem non interruptam involvit. Quamvis quidem duratio non ingrediatur naturam ipsius rei, est tamen necessarium et individuum ejusdem consequens.

Exinde porro sua sponte fluit: si princeps semper 23
et ubique in republica praesens est, ergo quoque jus ipsius, tamquam sanctissimum, summum, perfectissimum et infinitum nullo loco vel tempore circumscribi, nedum praescribi aut intercipi potest, sed semper secundum omnimodam perfectionem et summita-

tem viget et vivit; semper praesens est, semper pro se loquitur, nec unquam exspirat vel obdormiscit. Praecipue, si res talis debeat praescribi, quam prin-
24 ceps non cuivis concedere solet. Hinc titulum ex scientia et patientia superioris non praesumi, neque a subditis opponi debere, monet Mascardus *de probat. concl.* 649. *n.* 93. ibique allegati dd.

25 Decidenda autem hic venit quaestio: num principi in casu praescriptionis in tantum noceat taciturnitas ministrorum, ut ex hac ejus scientia et patientia sit probata, qui alias contradicendo praescriptionem in-
26 terrumpere potuissent? Ministrum vero principis ad exactissimam diligentiam teneri, probat exemplo mandatariorum dn. Praeses *in speciali dissert. de obligat. principis ex facto ministri. cap.* 4. *n.* 3. Mylerus ab
27 Ehrenbuch. *in hyparchol. cap.* 19. *num.* 4. Hinc quoque secundum praxin judiciorum taciturnitas in praescriptione principi ignoranti non obest. Andr. Gail. *lib.* 2. *obs.* 19. *in fin.* Rosenthal. *de feudis cap.* 9. *membr.* 2.
28 *consil.* 93. Berlich. *part.* 2. *concl.* 10. Et dn. Praeses *cap.* 2. *et* 3. *tot. cit. dissert.* jam tum probavit, principem ex facto ministri non obligari, nisi quatenus hic vel mandato expresso, vel praesumpto circa negotia commissa occupatur, quo deficiente cessat obligationis nexus.

29 Quod si hoc ad ministros officium non facientes vel jura principum negligentes applicemus, extra dubium erit, nunquam talii expresso mandato instrui solere ministros, ut ipsis negligendi, et ita jura principum diminuendi licentia detur, utpote quos princeps arctissima jurisjurandi religione constrinxit, ut non tantum ipsi nihil admittant, sed nec omittant, ex quo damnum in principem redundare possit; promittunt enim, se velle quovis modo *Schaden und Nachtheil verhindern*. Tacitum quoque mandatum hoc casu
30 nemiquam fingi poterit, cum nemo suum jactare praesumatur *lib.* 18. *ff. de aliment. legat.* multo minus
31 princeps. Principis quoque causa semper in favorabiliorem partem interpretanda. Vid. dissentientes Johan. Guttierez *pract. quaest. lib.* 1. *quaest.* 85. *n.* 1. Caspar. Klock. *vol.* 1. *consil.* 29. *n.* 444. Cothman. *vol.* 3. *resp.* 47. *n.* 48. Marius Antonin. Macerat. *lib.* 1. *resol.* 103. *n.* 11. Octav. Cacheran. Osasch. *dec.* 101. *n.* 18.

32 Imo si princeps forte concessit venationem aliaque regalia, hoc tantum precario ipsum fecisse, putat Joh.
33 Baptist. Larrea *allegat. fisc.* 119. *n.* 20. Precarium vero semper revocari potest, non obstante praescriptione immemoriali *l.* 1. *ff. de precario* vid. apud Larream allegati *Martin. ab Azpilcueta, doctor Navarrus*, et *Achilles de Grassis, Valascus, Ludov. Go-*
34 *mez.* et alii. Laudatus *Larrea* exemplum suppeditat in jurisdictione ordinaria et electione judicum ordinariorum, quos *Alcaldes* lingua hispanica vocant. conf.
35 Caballicus *in milleloquio* 419. *part.* 6. *n.* 75. Principaliter autem rem precario possideri, si princeps in
36 justa ignorantia versetur. Larrea *allegat.* 15. *n.* 24. Nam etiam dari precarium tacitum, ex *l.* 8. §. *quod*
37 *a Titio* 1. *l.* 4. §. 4. *ff. de precario* patet. Et hoc precarium poterit vocari titulus resolubilis. Aymon. Cravetta *de antiq. temp. part.* 4. *sect. incip. materia ista n.* 107. Mascard. *de probat. concl.* 188. *n.* 2.
38 Petrus Rebuffus *consil.* 191. Imo praesumitur potius aliquid in precarium concessum, quam donatum, et perpetuo in aliquem translatum *l.* 17. *ff. ubi communia praedior.* Cardin. Mantica *de tacit. et ambig. convent. lib.* 2. *tit.* 2. *n.* 11. Mascard. *concl* 1203. *n.* 5. Peregrin. *consil.* 49. *n.* 12. *vol.* 1. Quod vel maxime 39
locum habet in principum gratiis et concessionibus, uti Bartolus sentit *in l.* 24. *ff. de captiv. n.* 4. Menoch. *consil.* 307. *n.* 61. Natta *consil.* 511. *n.* 4. Palacius Rubios *in recept. rubr. de donat. inter vir. et uxor. n.* 7. Aegidius Bossius *in tract. de regaliis n.* 34. Francisc. Marcus *dec.* 19. Rodericus Xuarez. *allegat.* 12. *n.* 52. Garsias Mastrillus *de magistrat. lib.* 1. *cap.* 27. *n.* 8. Hieronym. Gonzalez. *ad reg.* 8. *cancellariae, gloss.* 5. §. 6. *n.* 3.

Praecipue cum regalia non facile soleant nec debeant 40
alienari. Choppin. *de demanio lib.* 2. *tit.* 1. Francisc. Kinschott. *resp.* 38. *n.* 3. Cum autem haec non faci- 41
le sint cessibilia per privilegium, nec facile erunt praescriptibilia, juxta communem regulam: incessibilia per privilegium, neque praescriptione quaesibilia esse, Oldradus *consil.* 172. Decius *consil.* 534. Kinschott. *cit. loc. n.* 11. Hinc denique concludimus, omni 42
tempore in regalium praescriptione scientiam et consensum ipsius principis requiri, per hunc enim solum quis constituitur in quasi possessione *l.* 15. *ff. de servitut.* Unde statim ac quis desinit pati, interrum- 43
pitur quasi possessio, imo et per quemcumque actum quis jure suo uti prohibetur. Bartol. *in l.* 5. *ff. de usucap.* adeo ut etiam de novo praescribere non liceat propter malam fidem supervenientem. Kinschott. *resp.* 38. *n.* 78. Dominus autem habet probabilem causam 44
ignorandi factum sui procuratoris. *c. cum ad sedem* ibique Glossa *de restit. spoliat. l.* 11. *ff. de usucap.* Et ministri, dum aliquid patiuntur atque sciunt, hoc 45
princeps non statim patitur vel scit.

His omnibus autem cessantibus, admissaque contra 46
ignorantem principem praescriptione, certum tamen est, ex capite justae ignorantiae etiam principis jus in integrum restitui deberi: justa enim ignorantia sufficiens est causa restitutionis, etiam post completam praescriptionem, cujus tempus regulariter non nisi a tempore currit scientiae. Bartolus *in l.* 1. §. *quis ff. de itinere actuque priv.* per receptam com- 47
munem opinionem. Quamquam princeps in hoc casu restitutione non egeat, cum penes eum eminenter praetoria resideat potestas, et quae ab aliis jure specialii petenda sunt, principi competunt jure ordinario. Francisc. Kinschott. *resp.* 38. *n.* 77.

Accedit illud juris naturae praeceptum, ignorantiam 48
invincibilem non peccare. Quod sane prae omnibus 49
aliis in principe locum invenit, uti suo loco erit dicendum. Illi enim uti per plurimos actus constat, hoc axiomate optime usi. Praeterea quoque, uti in jure 50
nostro saepius dici solet, diem interpellare pro homine, ita quoque in causa praescriptionis dici poterit, quod jus ejus interpellet pro principe; et ut possessiones regalium non plane in incerto constituantur, subditi in propriam utilitatem, ut nempe de possessione sua certi aliquando reddantur, apud principem de causae suae qualitate deferre debeant. Praescriptio 51
enim propter incuriam dominorum res suas plane negligentium introducta. *l. fin. cod. de annal. except. cap. vigilanti de praescript. l. fin. c. de edicto d. Hadrian. toll.* Par enim est, ut tanto tempore negligentis negli- 52
gentiae suae ac desidiae poenas luant. Quis autem

principem, mundi quasi sarcinam gerentem, alicujus negligentiae accusare sustinebit.

53 Ne autem videamur nova plane ex Africa somniare, sciendum est, ipsa jura civilia plerorumque regnorum immemorieli praescriptioni nequaquam patrocinari, sed potius supradictae sententiae lucem foenerari, hucque refert Julius Caponus *discept. forens.* 47. *n.* 7. *seq.* famosam *l. comperit.* 6. *c. de praescript.* 30. *vel* 40. *annor.* ubi dicitur; nec cujuscumque temporis prae-
54 scriptionem oppositam admittendam esse. De hodierna autem consuetudine testantem allegamus Joh. Jacob. Wissenbachium *disp. ad ff.* 20. nullam contra principem valere praescriptionem, unde vulgatum illud Belgarum ortum est pronunciatum: *dat teghens den Herre gen prescriptie envalt* i. e. nullam adversus
55 principem valere praescriptionem. In Gallia quoque idem obtinet, teste Raguello *in l.* 27. *c. de ss. eccles.* et multa allegantur praejudicia a Bodino *lib.* 6. *de republica pag. m.* 1000. qui simul mentionem facit constitutionum hispanicarum, polonicarum et hungaricarum huc pertinentium. Imo Atheniensium Romanorumque principes, Themistocles et Cato major, res reipubl. secularibus curriculis possessas a praescriptione privatorum vindicarunt, cum dicerent; *nec mortales contra Deum immortalem, nec privatos contra rempublicam praescribere posse.* Princeps enim qui rempublicam repraesentat, imaginem Dei gerit. Vid. Plutarchus *in Themistocle et Catone censor.*

56 Idem in Hispania, per legem ab Alphonso ante aliquot secula conditam, introductum esse testatur Franeise. de Amaya *ad lib.* 10. *cod. tit.* 16. *n.* 16. ac locum verbaque ipsa legis allegat *seq. n.* 21. quae cum ob affinitatem aliquam cum latina lingua facile intelligi possint, alleganda duxi, ac ita sonant: *pero la jurisdicion civili o criminal que les reyes an por mayoria y poderio real que es de le facer y cumplir, donde los otros senores jueces la menguaren, declaramos que esta no se puede ganar ni praescribir por el dicho tiempo (conviene asabere immemorial) ni por otro alguno etc.* Callist. Ramirez. *de lege regia* §. 24. *n.* 18. Johan. del Castillo *de tertiis cap.* 26. *n.* 66. *seq.* Johan. Solorzano *de jure Indiarum lib.* 3. *cap.* 3. *n.* 76. *seq.* Exemplis pluribus e longinquo petitis supersedeo, cum Joh. Bodinus *cit. loc.* plurima talia adducat; nolo itaque rem actam agere, cum exempla nota ac propinquiora prostent, quae hactenus dicta ex asse comprobant atque evincunt.

57 Multo magis autem haecce talia obtinent, si de praescribendis regalibus majoribus agatur, horum enim subditos plane incapaces esse, expeditum est. Perillustr.
58 dn. de Rhetz *in inst. jur. publ. l.* 2. *tit.* 25. §. 5. Ossibus enim principis ita inhaerent, ut ab ipso neutiquam
59 separari queant. Siquidem regalia majora non differunt a juribus majestatis, imo sunt ipsissima majestas, (ut supra *cap.* 3. jam tum monuimus) quae in puncto consistit, una, indivisibilis ac indelebilis est, atque penes
60 solum principem residet. Adeo ut princeps civibus suis majestatis jura relinquens speciem et nomen tantum principis gerat, revera autem administrator tantum sit, subditi vero subditi non existant, uti famosum in priscis Arragonibus exemplum, qui in inaugurationibus ita reges suos alloquebantur: *Wir die wir eben so viel als Ihr gelten, erwehlen Euch vor unsern König und Herrn, mit dem Beding. dass Ihr sollet unsere Landrechte und Freyheiten handhaben und beschützen, sonsten nicht.* vid. *Mackel in Voyage d' Espagne cap.* 33. *fol.* 290. Aut enim talis princeps non est princeps, aut subditi non sunt subditi.

Proinde extra omnem dubitationis aleam positum 61
est, quod jura majestatis seu regalia majora (quae uti saepius dictum una eademque sunt) salvo rerum statu nullo tempore nec immemoriali (tempus enim ex seapte natura vim nullam effectricem habet Grotius *de j. b. et p. lib.* 2. *cap.* 4. *th.* 1.) praescribi vel acquiri possint a subditis contra principem. Vid. Burgun. Cevallan. *dec. XI. n.* 52. *part.* 3. Casp. Klock. *vol.* 1. *consil.* 10. *n.* 632. Regner. Sixtin. *tr. de regal. c.* 4. *n.* 33. Cabedo *de patron reg. coron. cap.* 7. *n.* 20. Johan. del Castillo *de tertiis debitis c.* 22. *seq.* Lezarte *de decima vend. cap.* 29. *n.* 8. Alvar. Valasc. *de jure emphyt. qu.* 8. *n.* 26. *et qu.* 9. *n.* 7. Avendano *de exequend. mandat. lib.* 1. *cap.* 4. Hocque in Regno Franciae obtinere esse 62
rit Rebuffus *ad constit. regn. Galliae tom.* 3. *tit. de mater. possessor. artic.* 2. *glos.* 2. *n.* 26. Menoch. *de remed. possessor. remed.* 3. *n.* 155. cum enim jus plane resistat, praescriptio non datur *c.* 1. *de praesc. in* 6to. Et quamvis tamen largiremur, quodammodo a principe 63
regalia majora concedi posse, hoc tamen non de ipso jure, sed de emolumentis et redditibus eorum, vel de communione alicujus exercitii tantum intelligendum. Perillustr. dn. de Rhetz *in instit. jur. publ. lib.* 2. *tit.* 25. §. 5. hoc vero ipsius juribus ne minimum detrahit, penes ipsum enim semper resident in habitu, licet alteri sint concessa quoad exercitium; ergo concessio illa sic intelligitur, ut nullatenus ex ipsa jus concedentis violetur. Et quando forte princeps concedit regalia, non 64
videtur concessisse, ut possessor eadem exerceat cum perfecta superioritate et plenitudine potestatis, sed semper dicitur reservata auctoritas concedentis, et inde per modum dependentiae talium jurium exercitium communicatur.

Hinc doctorum mos est distinctio, inter ipsum jus, 65
et exercitium juris. dn. Praeses *in exam. feud. c.* 9. *qu.* 23. Grammat. *decis.* 30. *n.* 3. Decius *consil.* 85. *col.* 3. Melchior Phebus *decis. lusitan.* 28. *n.* 8. *et* 18. Julius Caponus *discept. forens.* 337. *n.* 7. *tom.* 4. Majestas proinde jus est, exercitium vero ejus est modus administrandi, qui non ingreditur ipsam majestatis naturam. Usque princeps, dum in participatio- 66
nem et exercitium jurium suorum viros quosdam insignes in republica admittit, modum administrandi tantum limitat, de quo salvo jure suo remittere potest, quantum vult. Elegans simile habemus in sole: sol est 67
origo et fons omnis lucis, attamen in participationem ejus stellas admittit, nec posset sol esse, nisi id faceret, nihilominus sol. citra omne dubium summa et unica lux est. Idem in principe. Instas; quicquid horum sit, si tamen princeps in participationem suorum jurium admittat subditos, ipsum non solum imperare. Resp. solum omnino imperare; sicuti enim quando sol stellas in participationem lucis suae admittit, nihil tamen eapropter eminentiae lucis solaris decedit, (unde etiam est, quod stellae non tam clare luceant). Pari modo licet princeps suos subditos in communionem jurium suorum admittat, illi tamen unice a principe et per principem participant, summaque majestas est et manet radicaliter in solo principe.

Huc quoque pertinens tangenda est quaestio, an 68

contra illum qui rem aliquam alienare nequit, curat praescriptio? Resp. neg. exemplum habemus in episcopo, cui bona episcopatui quaesita alienare non est permissum. *c. nullo 5. X. de reb. eccl. non alien. extrav. com. umbit. un. de reb. eccl. non alien.* Uti etiam omnes episcopi tenentur jurare, se ejusmodi bona alienare nolle. Redoanus *de reb. eccl. non alien.*
69 *qu.* 3. *n.* 51. Illi itaque cui facultas alienandi interdicta, etiam denegata facultas patiendi vel permittendi, ut aliter res et jura ecclesiae praescribat: Pelaez a Meres *tr. de maj. hisp. p.* 4. *qu.* 21. *n.* 1. Cephal. *l.* 1. *cons.* 296. *n.* 12. Acosta *de privil. creditor. reg.* 1. *ampl* 3. *n.* 106. Subest enim in omni praescriptione alienatio tacita, cum alienare videatur, qui patitur praescribi *per l. alienationis.* 28. *ff. de v. s.* et eapropter alienationis prohibitio continet etiam prohibitionem praescriptionis. Redoanus *de spoliis eccles. quaest.* 14. *n.* 37. Petr. Rebuffus *in compend. de rer. eccles. alien. n.* 1. Pelaez a Meres *cit. quaest.* 21. *n.* 2.

70 Non omni quoque contentione inter dd. vacat, utrum temporis immemorialis praescriptio corruat, si de titulo ab initio nullo atque vitioso appareat, qualem etiam advocati allegare debent ad conservandam salvam conscientiam, et ut impediant, ne partes litem ulterius persequi necessum habeant. Johan. Baptista Larrea *allegat. fiscal.* 119. *n.* 20. Ludov. Molina *de Hispan.*
71 *primogen. cap.* 6. *n.* 75. Georg. Cabedo *decis.* 15. *n.* 6. *part.* 2. Ferdinandus Vasquius quidem *controv. illustr. lib.* 2. *cap.* 81. *n.* 11. cum aliis quos allegat, censet, praescriptionem temporis immemorialis non cessare, aut vires suas amittere, etiamsi de titulo invalido et illegitimo constet.

72 Sed contrarium inspecto jure canon. verius existimant illi, quos enumerat Joseph. Mascard. *de probat. vol.* 3. *concl.* 371. *n.* 38. quibus accedunt Fachinaeus *lib.* 8. *controv. jur. cap.* 33. Hoenonius *disput.* 6. *controv.* 2. Stephan. Gratian. *discept. forens. p.* 3. *c.* 441. *n.* 17. Menoch. *remed.* 3. *retin. possess. n.* 639. Surdus *vol.* 1. *consil.* 28. *n.* 76. Acosta *de privileg.*
73 *creditor. reg.* 1. *ampl.* 3. *n.* 111. Siquidem titulus vitiosus et invalidus malam fidem inducit, de qua si constet, nulla praescriptio allegari potest, etiamsi quis per tempus immemoriale, imo per multa annorum millia rem possederit, per clarum textum juris canonici, *cap. fin. de praescript.* hinc dicitur: *Ein Jahr böse, hundert Jahr böse.* vid. dn. Brunnemann. *in praelect. ad reg. jur. can. l.* 6. *decretal. regul.* 2. Franzkius *resol.* 1. *lib.* 2. *n.* 270. Fichard. *vol.* 2. *consil.* 148. *n.* 18. Gilken. *de praescript. part.* 2. *membr.* 2. *cap.* 1. *n.* 6. *et cap.* 3. *n.* 3. Vultejus *vol.* 2. *consil. marpurg.* 30. *n.* 69. *in fin.* haecque sententia in camera imperiali est recepta, ut ita de ejus praxi in imperio romano non dubitandum. Mynsing. *cent. observ.* 6. Andr. Gail. *l.* 2. *obs.* 18. *n.* 7. Rosenthal. *de feud. cap.* 6. *concl.* 77. *n.* 9. Gabriel Romanus *in commun. concl. lib.* 6. *tit. de praescript. concl.* 1. *n.* 5. Franciscus Vivius *commun. opinion. lib.* 2. *n.* 167. Paul. Aemil. Verallus *decis.* 68. *part.* 3. Covarruv. *ad cap. possessor. p.* 2. §. 4. Aug. Barbosa *collect. ad cap. ult. p. de praescript.* Bonguin. Cavalcan. *decis. fori Fivizanens.* 28. *n.* 25. *part.* 1. qui male addit *decis.* 46. *n.* 223. quod advocati sibi quam optime debeant cavere, dum vident titulum injustum adesse, ne illum allegent vel produ-
74 cant. conf. Aegid. Bellamera *consil.* 10. *col.* 10. Ratio autem nostri asserti est, quia antiquitas tantum praebet titulum praesumptum, si vero illa praesumptio elidatur, tum bona fides praesumpta cedit veae malae fidei. Anton. de Fano *de Tigno in part.* 5. *membr.* 4. *n.* 12. Nicolaus Vestasi *in tract. de collect. part.* 4. *cap.* 4. *n.* 24. Martin. Laudensis *consil.* 56. *n.* 8. Hondedaeus *consil.* 82. *n.* 41. *lib.* 1. Paul. Aemil. Verallus *decis.* 304. *part.* 3. et prolixe Julius Caponus *discept. forens.* 47. *tom.* 1. *n.* 4. *seq.* Imo quo- 75
ties ipsi praescribenti constare potest de titulo invalido et minus juridico, bona fides cesset, et mala fides apparet. Octav. Cacheran. Ossasch. *dec.* 10. *n.* 72. Paul. de Castro. *cons.* 72. *n.* 1. Lanarius *consil.* 94. *n.* 4. Francisc. Merlin. Pignatelli *controv. forens. tom.* 1. *cap.* 13. *n.* 23. Cutellus *ad leges Siciliae cap.* 3. *n.* 46. *f l.* 376. Peguera *dec.* 246.

Adversarii quidem urgent, praesumptionem ex 76
praescriptione immemoriali ortam esse juris et de jure, ita ut non admittat in contrarium allatam probationem. Gozadin. *cons.* 3. *num.* 38. Chassaneus *cons.* 34. *num.* 7. Contrarium tamen adhuc magis placet, praecipue, si forte probatio ex documentis antiquis oriunda, omnino elidet praesumptionem ex immemoriali praescriptione ortam. Quapropter Sforza Oddo *in tract. de restit. in integr. part.* 2. *quaest.* 90. *art.* 5. clausulam illam generalem praetoris: *si qua mihi justa causa videbitur, in integrum restituam*, in praescriptione etiam immemoriali obtinere graviter tuetur. In casu enim claro cessant conjecturae, et 77
praesumptiones tolluntur ac vincuntur per evidentissimas probationes contrarias. Sic probatio malae fidei 78
tollit praesumptionem bonae fidei ex antiquitate temporis originem trahentem. Chassaneus *decis.* 1. *n.* 10. *de restit. spoliator.* Praesumptionemque veritati cedere oportet, uti patet ex *canon. veritate* 4. *distinct.* 8. Et in hac materia juri canonico omnino standum, ob 79
animae periculum, in quo versaretur, et illo modo praescriptio immemorialis esset nutrix ac mater iniquitatis, quia invitaret quasi ad peccandum. vid. canonistae *ad cap. ult. x. de praescript.* Et inter illos *Imola, Felinus et Butrigarius.* Conf. Aymon Cravetta *consil* 134. *n.* 19. Covarruv. *in reg. possessor. part.* 2. §. 8. *n.* 5. Fachinaeus *controvers. lib.* 8. *c.* 26. Ludovic. Molina *de primogenit. c.* 6. *n.* 67. Julius Caponius *discept. forens.* 47. *n.* 11.

An autem ille, qui non habet justum titulum, bo- 80
nam fidem probare possit, valde inter se contendunt doctores. Non pauci tamen id negant, inter quos est Sinold. Schütz. *disput. ad instit.* 65. *th.* 13. *num.* 4. Meier *in colleg. argent. de servitut. th.* 55. hocque rationibus luce meridiana clarioribus defendunt. Ne- 81
cessum enim est, ut possessor rem quam possidet, aut ipse occupaverit, aut ab alio acceperit. Si ipse 82
rem occupaverit, et se bona fide possidere asserat, necessum est, ut aut pro derelicto occupaverit aut pro suo. Utroque modo justa possidendi causa seu titulus cum bona fide conjunctus adest. Si vero quis rem a- 83
lienam, nec tamquam rem nullius, nec tamquam rem pro derelicto habitam occupet, certum est, se illam bona fide ita non possidere, ut sit in conditione usucapiendi, sed aut alieno nomine possidere: et sic nunquam usucapere posse; aut mala fide, si animo sibi habendi possideat.

Par modo si ab alio accepit, necessum est, (1) ut 84

putaverit illam esse dominum hujus rei, et potestatem alienandi habere. Sin autem aliud sciverit, bonam fidem nunquam adesse. (2) ut ab illo non domino, quem dominum esse putavit, rem ita traditam acceperit, ut inde concludere possit, alterum habuisse
85 intentionem transferendi dominium. Illud autem aliter fieri posse, quam mentione tituli ad transferendum dominium habilis. Secus enim in usucapiendi conditione minime illum esse constitutum: cum semper in dubio dominium rei suae quis sibi retinuisse praesumatur, et rem suam alteri aut tamquam pignus, aut locatam, commodatam, depositam, vel alio modo
86 tantum transtulisse. Sequitur ergo, ut qui rem a non domino, quem dominum putavit, ea intentione ut dominium transferatur, accepit, aut ex justo titulo traditam accepisse, aut ne quidem bona fide possidere.

87 Ex hisce dictis cuilibet liquido constare poterit, bonam fidem absque allegatione tituli probari non posse, quod tamen magno abigus, uicentes, illam per juramentum interdum probari; in hoc vero errant, cum titulus per juramentum probetur, eoque probato bona fides elucescat: Joseph. Mascard. *de probat. concl.* 1379. *n.* 8. *et seq.*

88 Nec porro desunt, qui hanc opinionem impugnare conantur (1) quidem, quod jura ad praescribendam rem aliquam, et bonam fidem, et titulum, et sic utrumque notanter requirant, quod necessum non fuisset, si unum absque altero esse non posset *pr. instit. de usucap.* Quam debilis autem instantia haec sit, alii judicent (2) putant. *l.* 27. *ff. de usucap.* claris verbis obstare; verum ipsa glossa hanc legem ita explicat, ut nullum plane remaneat dubium. Conf. Francisc. de Clapperiis. *caus.*
89 22. *qu.* 2. *n.* 3. Obstant quidem adhuc, et multis dubiis impugnare conantur hanc sententiam Joh. Yannez. Parlador. *Quotid. different. Sesquicentur. differ. n.* 12. Menchaca *controv. lib.* 2. *cap.* 79. *n.* 15. Verum non
90 movent ob rationes superius jam adductas. Cumque ideo bona fides absque titulo vix possit probari, interdum proficua erit in immemoriali praescriptione ejus allegatio.

91 Illi autem dd. quos principio *capitis* magno numero allegavimus, quique magnum robur praescriptioni immemoriali non immerito attribuunt, hanc etiam tangunt quaestionem: (1.) An subditus se possit tueri hac immemorialis temporis praescriptione, ita ut non amplius subsit suo principi? Quod acriter omnino affirmant. Garsias Mastrillus *decis.* 114. *n.* 20. Oldradus *consil.*
92 172. *n.* 244. Hocque illustrat celebris illa controversia, quae agitabatur olim inter duces luneburgenses, cellenses et guelphobytanos ratione urbis Brunswigae. Allegabat dux Henricus guelphobytensis, duces cellenses nullum in dictam urbem jus habere, et ponebat fundamentum suum in praescriptione, cives brunsuicenses nempe per tempus immemoriale homagium ducibus cellensibus non praestitisse, quem casum allegat Andr. Ockel. *in dissert. de praescript. immemoriali th.* 20. qui videtur causam ducis guelphobytensis agere, quod tamen ita restringendum, si pateat, allegantes praescriptionem non fuisse in mala fide. De qua controversia vid. pluribus Hortleder *Von Ursachen des Teutschen Krieges. l.* 4. *cap.* 6. *et* 10.

94 Vel (2) Quaestio affirmative poterit proponi, an scil. sic possit praescribere subditus, ut ex subdito fiat magistratus? quod simpliciter negamus, cum omnimoda libertas in aeternum praescribi non possit. Abbat. Enenckel. *lib.* 2. *de privil. cap.* 5. *n.* 68. Sutholt. *dissert. de jurisdict.* 4. *n.* 410. Zachar. Victor *de exempl. concl.* 12. nisi tales concurrant circumstantiae, ex quibus principis certus consensus elici possit; utpote si forte cum hisce subditis, tamquam cum libero populo, foedus aut
95 inducias inierit. Huc faciunt, quae ex Isocrate adducit Boeckler. ad Grotium *de j. b. et p. lib.* 2. *cap.* 4. *th.* 4. ubi Lacedaemonios sic producit ratiocinantes: *tractavimus cum Persis de conditionibus, Messenam nos juste tenere, neque rex Persarum, neque Thebani nobis umquam objecerunt. Quodnam autem accuratius de jure judicium invenerimus eo, quod et ipsi hostes agnoverunt, et quod in rebus nostris adversis editum est.*

96 Hinc etiam Belgae caute admodum protestati sunt, cum Philippus III. rex Hispaniarum ratihaberet inducias octimestres belli Belgici; referturque Baudius *de induciis belgic. lib.* 1. Ipsos aegre tulisse, quod rex nomen suum more hactenus recepto subscribere non esset dignatus, quando ad principes scribit juri suo non subjectos, sed superbum illum titulum substituisset: *jo el re*, ego rex, quasi retinens antiqui juris, et exprobens liberis civibus crimen perduellionis. In Hispania enim singulare est, quod subscriptiones ad principes exteros subjecto nomine regis fiant; ad subditos vero non additur nomen regis, sed tantum scribitur: *jo el re*; aut *jo la rayna*: ego rex; aut: ego regina. vid. excellentiss. dn. Becmann. *in notit. dignit. dissert.* 1. *cap.* 3. *n.* 5. Non concurrentibus itaque requisitis circumstantiis, subditi se principis potestate eximere non possunt. Exemplum 97
est in argentoratensi quodnam republica. Haec enim ab invictissimo imperatore nostro Leopoldo praestationem homagii sibi remitti petebat literis *d.* 17. *sept. anno* 1660. datis *Es ist nicht umb unser allerunterthaenigster Gehorsam, standhafftige Fidelitaet unde eyfrige Treu gegen Ew. Röm. Maj. unserm allergnaedigsten Kayser unde Herrn und dem heil. Reich; sondern um die blosse Leistung des Homagial-Eydes, dessen remission, neben unserer offenbaren Verbündlichkeit salva obedientiae, subjectionis et fidelitatis substantia, eum juramentum obligationem non extensive, sed intensive saltem augeat, sich wohl comportiren und vertragen kan, zu thun, weil die Homagial-Obligation nicht in juramento, sondern in der recognition der Subditorum gegen ihrer ordentlichen Obrigkeit haupt saechlich beruhet.* Hinc nec praescriptioni in homagio locus est, cum fundamentum subjectionis perpetuo salvum sit: ex quo jus exigendi homagium sua sponte sequitur. Quam rationem itidem respublica argentoratensis emensa est in negotio ante dicto: *Das weil in der Obern, nicht aber der Subditorum und Untern Willen, Belieben und Gefallen der Huldigungs-Eyd entweder zu befordern, oder aber, wann sie davon durch den obligenden überschweren Regiments-Last, des Ortes Ferne, Distantz und Entlegenheit, oder auch andere dergleichen Impedimenta davon abgehalten würden, auf eine geringe oder auch gar lange und vieljaehrige geraume Zeit zu suspendiren und einzustellen, solche intermissio und Unterlassung, utpote in re meraе facultatis, ungeachtet auch gar tempus immemoriale mit unterlauffen, und die Homagial-Pflicht über Menschen Gedaechtiness nicht geleistet worden waere, nach der Rechtes-Gelehrten Meynung neque consuetudinem neque praescriptionem einführet, oder den Unterhanen ein solches*

Recht, Exemtion und Freyheit giebet unde beyleget, dass sie sich in futurum, und auch für kunfftige zutragende Faelle unter dergleichen Vorwand, von dem Homagio aushalfftern, abstreiffen, oder losswücken können: So viel desto weniger, dass die praescriptio der obedience, mit welcher die Unterthanen ihrer Obrigkeit nexu indissolubili verknüpffet, dem juri publico Superioritatis diametraliter zuwider scheinet, und einfolglich unter einem colore oder Schein-Rechtens bestehen noch behauptet werden kan. Hasque literas exhibet excell. dn. Becmann. *in polit. paral. cap.* 19. *th.* 7.

98 Concludimus proinde cum Reinkingio *de regim. secular. et ecclesiast. lib.* 1. *class.* 2. *cap.* 9. Subditos in ejusmodi casibus nunquam de praescriptione immemoriali tutos esse posse, cum mala fides, a qua praescriptio talis incepit, cum inobedientia conjuncta in aeternum non patiatur, ut praescriptio currat. Et licet posteri per se non semper sint in mala fide, eorum antecessores tamen ad minimum in mala fide fuerunt. Et uti fur in continuo furto versari praesumitur, quamdiu detinet rem alienam, ita quoque possessores malae fidei, quamdiu rem alienam detinent, malam fidem simul continuant, et ad posteros transmittunt, ut hinc posteris possessio majorum injusta non prodesse debeat, nec praescriptio currat; cum ea facta, quae laedunt pietatem et honestatem, suntque contra bonos mores, ne quidem a nobis facta esse, nec fieri posse censeantur. *l. filius.* 15. *ff. de condit. instit.*

101 Haecque cuncta in favorem principis omnino statuenda sunt, cum et ipsi canonistae in favorem papae et totius cleri asserant; laicum, si vellet praescribere decimas spirituales, illud facere non posse, cum harum praescriptio sit prohibita. Addi possent plura hujus generis, quibus ut immoremur, nec temporis nec instituti nostri ratio permittit Conf. Hercules Marescottus *variar. resolut. lib.* 1. *c.* 11. *n.* 38. Johann. Aloysius. Riccius *collect. decis.* 1909. Melchior. Lotter. *de re benefic. tom.* 1. *l.* 2. *qu.* 45. *n.* 24. Rota Caputaquens. Abbat. *decis.* 96. *n.* 6.

103 Coronidis loco quoad materiam feudalem subjicimus; successoribus feudalibus non praejudicare praescriptionem contra antecessorem, cujus haeredes non sunt, ne ex ejus persona aut negligentia damnum sentiant, ex qua commodum non habent. Caesal. Manenti *consil.* 51. *n.* 11. Rosenthal. *de feudis. cap.* 7. *n.* 3. Harm. Pistor. *p.* 2. *q.* 8. *n.* 41. *et* 73. Unde nec contra successores majoratus et fideicommissorum praescriptio locum habere potest, etiamsi penitus sit completa, cum veniant ex sua persona. Joseph. Urceol. *tract. de transact. qu.* 79. *n.* 16. Paulus Christianaeus *vol.* 1. *dec.* 301. *n.* 58. *et p.* 6. *dec.* 71. *n.* 13. Joh. Bapt. Ciarlinius *in controv. for. l.* 2. *c.* 219. *n.* 87. *seq.* Pelaez. a Meres. *tract. de major. p.* 4. *qu.* 71. *n.* 8. Fusar. *de substit. q.* 528. *n.* 5. 104

Et hoc ex communiori sententia, etiam in immemoriali praescriptione obtinet, quod successoribus non noceat. Rosenthal. *de feud. c.* 9. *concl.* 84. *n.* 5. Joh. Baptist. Ciarlinius *contr. for.* 2. *c.* 219. *n.* 90. *seq.* Fontanella *de pact. nupt. tom.* 1. *claus.* 4. *Glos.* 12. *n.* 67. Proque hac sententia in curia romana judicatum fuisse testatur Peregrin. *de fideicomm. art.* 41. *n.* 17. 105

Caeterum quae hucusque contra praescriptionem immemorialem attulimus, eo pertinent, quod, si illa in se, et ex generalibus justitiae regulis consideretur et examinetur, titulo et bona fide deficiente, parum praesidii tribuat; unde non dubito, ejusmodi praescriptionem legibus reip. inhiberi seu penitus tolli posse; praesertim, si appareat, sub hoc tutamine involari jura principum, qui plerumque ob ministrorum negligentiam damnum amittendae rei suae contra jus fasque sustinent. Attamen cum hucusque in imperio tanta auctoritas immemoriali praescriptioni tributa, quae si non jure, certe consuetudine, quae vim legis habere creditur, invaluit: nec hucusque expressis principum sanctionibus huic modo acquirendi derogatum; pro ea in judiciis eatenus pronunciandum erit, quod titulum praesumptum in tacita concessione principis consistentem, tribuat, et ita possessorem tamdiu securum praestet, quamdiu de titulo contrario, vel vitioso immemorialis praescriptionis principio, non constiterit. Atque haec in praesenti de utili et in foris quotidie occurrenti materia dixisse sufficiant. 106

Fateor quidem, me multa, quae addi potuissent, omisisse; sed cum illa in aliis dissertationibus academicis ventilata sint, sciens rem actam agere nolui, eaque praecipue tetigi, quae hactenus neglecta ex parte videbantur, et quidem ex rarioribus auctoribus, quos splendidissima bibliotheca electoralis, quae Berolini floret, copiosissime possidet, et mihi benigne suppeditavit. Caeterum Deo immortali. 107

SIT LAUS ET GLORIA.

Stanford Law Library
3 6105 062 384 016